Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española

Volumen V

Retos en el siglo XXI

Directores:

Antonio Pérez Miras
Germán M. Teruel Lozano
Edoardo C. Raffiotta
Maria Pia Iadicicco

Coordinadora:

Silvia Romboli

Derecho Público

eucons

BOE Boletín Oficial del Estado

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Eucons es un proyecto Jean Monnet, financiado por el programa Erasmus+ de la Comisión Europea, que nace con el objeto de promover el debate académico sobre las bases constitucionales de la construcción europea. Apuesta por el reconocimiento de una "cultura constitucional común europea", a través de la cual poder afrontar los desafíos de nuestras democracias y del proceso de integración supranacional.

Este diálogo se sustenta en tres pilares: 1) rigor y excelencia académica, para lo cual se cuenta con un comité científico internacional que a poya a l a organización y orienta el diseño de las actividades que se realizan; 2) carácter intergeneracional, buscando el diálogo entre las distintas generaciones de universitarios y promoviendo la participación de los más jóvenes junto a consagrados académicos; 3) dimensión europea, tanto por los temas que aborda como por los participantes e integrantes de esta red de investigadores.

Este proyecto está coordinado por Germán M. Teruel Lozano, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Murcia; Antonio Pérez Miras, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Granada; y por Edoardo C. Raffi otta, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Bolonia. Y colaboran la Universidad de Murcia, como responsable del proyecto, la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, la Escuela de Doctorado de Derecho de la Universidad de Bolonia y el Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales.

Precisamente este último, el Seminario Ítaloespañol, fue el origen de este proyecto. El mismo se creó como un grupo de estudio en 2011 por iniciativa de jóvenes investigadores españoles e italianos, en el ámbito de colaboración entre la Universidad de Bolonia y el Real Colegio de España en Bolonia. Esta red de investigadores ha venido promoviendo la celebración de un congreso bienal desde entonces, con 4 ediciones hasta el momento: Bolonia (2012), Madrid (2014), Catania (2016) y Murcia (2018). Las cuales han dado lugar a distintas obras colectivas que han afrontado diferentes temas de actualidad constitucional: la tutela de los derechos de la persona; la integración europea o cuestiones en relación con la soberanía y la representación en la era de la globalización. El último de ellos ha sido los desafíos del constitucionalismo contemporáneo con ocasión del 70 y 40 aniversario de las Constituciones italiana y española.

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

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

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

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

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

María José Ciáurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

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

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

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

Eugeni Gay Montalvo, Abogado.

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

Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

Doctora Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado.

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

Fernando Martín Díz, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

Doctor Nuno Piçarra, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

Miguel Recuerda Girela, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

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

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

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

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ANTONIO PÉREZ MIRAS
GERMÁN M. TERUEL LOZANO
EDOARDO C. RAFFIOTTA
MARIA PIA IADICICCO
(Directores)

SILVIA ROMBOLI
(Coordinadora)

VOLUMEN V

Retos en el siglo XXI

DERECHO PÚBLICO COLECCIÓN 9

eucons

Co-funded by the Erasmus+ Programme of the European Union

CM FUNDACIÓN CAJAMURCIA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2020

Primera edición: febrero de 2020

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.

The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Con el patrocinio del Programa Erasmus+ de la Unión Europea y de la Fundación CajaMurcia.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO AEBOE: 090-20-030-0 (edición en papel).
090-20-031-6 (edición en línea, pdf).
090-20-032-1 (edición en línea, epub).
NIPO CEPC: 091-20-012-5 (edición en papel).
091-20-013-0 (edición en línea, pdf).
091-20-014-6 (edición en línea, epub).
ISBN: 978-84-340-2602-5
Depósito legal: M-37543-2019

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

ÍNDICE

PRÓLOGO 11
NOTA DE LOS DIRECTORES 15
NOTA DEI CURATORI 19

VOLUMEN V: RETOS EN EL SIGLO XXI

PARTE 1. EL ESTADO SOCIAL Y LA ECONOMÍA

5.1.1 Las características del constitucionalismo neoliberal. *Miguel J. Arjona Sánchez* 25
5.1.2 L'aufheben del socialismo nello Stato sociale: problemi storici della scienza giuridica e nuove prospettive nel frame costituzionale repubblicano. *Alessandro Tedde* 41
5.1.3 Los derechos sociales en el paradigma personalista de la Constitución italiana: notas breves. *Giuseppe Laneve* 59
5.1.4 El principio de eficiencia en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. *Fernando Pérez Domínguez* 71
5.1.5 La mutación del Derecho constitucional presupuestario. *Rafael J. Sanz Gómez* 93
5.1.6 El «veto presupuestario» del art. 134.6 de la Constitución española como origen de un conflicto entre órganos constitucionales del Estado. *José Carlos Nieto Jiménez* 109
5.1.7 L'indisponibilità del tributo negli ordinamenti italiano e spagnolo: fondamento e contenuti, comparazioni e dimensione europea. *Antonio Guidara* 125
5.1.8. Nuevos actores en la gobernanza económica europea: Los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Daniela Dobre* 147
5.1.9 Ministro dell'economia, forma di governo e Unione europea. *Luca Bartolucci* 165
5.1.10 Eurobonds for Germany and Italy: a win-win solution. *Damiano Censi* 183

Páginas

5.1.11 Prospettive per una Unione «sociale» europea: i vincoli di bilancio e la garanzia dei diritti sociali in Italia. *Giuseppe Eduardo Polizzi* 191
5.1.12 Il principio di equilibrio finanziario e i vincoli di bilancio: l'impatto delle politiche fiscali europee sui diritti sociali. *Antonio Tipaldi* 205
5.1.13 La extrafiscalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. *José Miguel Martín Rodríguez* 221
5.1.14 Constitucionalismo indígena latinoamericano y derechos sociales. *M.ª Concepción Pérez Villalobos* 233
5.1.15 Precisiones necesarias para comprender el proceso constituyente iniciado en Cuba con el Proyecto de Constitución de 22 de julio de 2018. *Antonio-Filiu Franco Pérez* 253

PARTE 2. LA ERA DE LA TECNOLOGÍA Y EL CAMBIO CLIMÁTICO

5.2.1 Il costituzionalismo nella società tecnologica. *Tommaso Edoardo Frosini* 273
5.2.2 La democrazia liberale alla prova della rivoluzione tecnologica: una sfida tra dati e date. *Marco Schirripa* 291
5.2.3 L'amministrazione e la sfida dei *Big data. Giovanna De Minico* ... 301
5.2.4. El derecho constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones. *Joaquín Sarrión Esteve* 321
5.2.5 Derechos humanos e inteligencia artificial. *Ana Gascón Marcén* .. 335
5.2.6 Dificultades específicas del e-government en el seno de Estados descentralizados. Los casos español e italiano. *Alfonso Sánchez García* 351
5.2.7 Retos del Derecho constitucional a la luz del cambio climático. *Borja Sánchez Barroso* 367

PARTE 3. LA SEGURIDAD Y LA LEGALIDAD SANCIONADORA

5.3.1 El concepto constitucional de seguridad en permanente redefinición. *Enrique Guillén López* 387
5.3.2 Algunas consideraciones acerca de las referencias a la dignidad en el Derecho penal. *Clara Moya Guillem* 405
5.3.3 ¿El Derecho Penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, sociales y laborales? Un cuestionamiento desde el análisis del delito de discriminación laboral. *Ignacio Valentín Mayoral Narros, David Pavón Herradón* 421
5.3.4 Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador a la luz de la Constitución española: franja de convergencia y divergencia. *Ignacio Valentín Mayoral Narros, María José Molina García* 437

Páginas

5.3.5 Sanzioni amministrative e CEDU: l'esperienza italiana. *Paolo Provenzano* 453

PARTE 4. EL FENÓMENO RELIGIOSO

5.4.1 La laicità positiva: la cooperazione Stato-chiese nella declinazione di un «diritto dei valori». *Antonio Fuccillo* 471
5.4.2. La funzione nomopoietica dell'art. 20 della Costituzione italiana. *Ludovica Decimo* 485
5.4.3 El tratamiento jurídico del uso de prendas de vestir con connotaciones religiosas en las competiciones deportivas. *Elena García-Antón Palacios* 505
5.4.4 Europa militante: le «politiche» della Corte EDU sul rapporto tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso. *Andrea Gatti* 515
5.4.5 Uguaglianza *versus* Personal law: la multietnicità e i suoi rischi. Spunti a partire da Corte EDU, *Molla Sali c. Grecia. Costanza Nardocci*..... 531
5.4.6 Il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo tra Carte e Corti. *Angela Valletta* 549
5.4.7 El pastelero Phillips no vende tartas para bodas gay. ¿Le ampara la Primera Enmienda? V*íctor J. Vázquez Alonso* 565

PRÓLOGO

Esta extensa e importante obra recoge las aportaciones científicas de ciento cincuenta y seis participantes en el IV Congreso Internacional ítalo-español celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia del 28 al 30 de noviembre de 2018 y a cuyas sesiones también asistieron más de cien estudiantes. El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que me honro en dirigir, ha prestado su apoyo y colaboración institucional, junto con el Boletín Oficial del Estado, a la coedición de esta obra. Ya en su cuarta edición y bajo el título, en esta ocasión, de *Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo*, este Seminario ítalo-español da continuidad a un proyecto singular, iniciado por Antonio Pérez Miras y Germán M. Teruel Lozano, cuando apenas estaban finalizando sus estudios de doctorado en el Real Colegio de España en Bolonia, y Edoardo Raffiotta, profesor de esa Universidad italiana, donde se celebró el 3 y 4 de mayo de 2012 el primer seminario. A aquella experiencia le han seguido las ediciones de Madrid en 2014, Catania en 2016 y la ya mencionada de Murcia en 2018, con un carácter bienal y una alternancia geográfica que son señas de identidad de este Seminario Internacional.

La experiencia del seminario celebrado en Bolonia en 2012 no pudo ser más satisfactoria. Con una metodología conocida pero poco aplicada en el ámbito universitario español, investigadoras e investigadores séniores y noveles interactúan dentro de ámbitos temáticos definidos en cada edición del Seminario a los que se unen otras aportaciones que se incorporan a la publicación que ha recogido los resultados de cada seminario. Tuve la oportunidad de participar en la primera edición de 2012 y he seguido participando, de una u otra forma, en las ediciones siguientes, lo que me ha permitido comprobar no solo la evolución del proyecto sino también la de sus propios artífices. Tanto Ger-

mán M. Teruel Lozano como Antonio Pérez Miras desarrollan sendas carreras docentes e investigadoras (en las Universidades de Murcia y Granada respectivamente) y atesoran ya méritos relevantes a los que, con seguridad, se les unirán otros en el futuro. Su capacidad para organizar con éxito cuatro ediciones del seminario internacional ítalo-español, en el que han participado cientos de ponentes, comunicantes y moderadores y, también, otros cientos de estudiantes, así como haber coordinado la correspondiente publicación de cada uno de ellos avalan el alto nivel de gestión de la investigación que poseen ambos investigadores.

*****

Que la democracia requiere continua atención y tutela no es una afirmación nueva, pero conviene insistir en que ningún logro democrático permanece sin su defensa constante. Quizá, por ello, los organizadores de este IV seminario internacional Ítaloespañol han querido referirse en el título del mismo a las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo, en clara alusión al pasado, presente y futuro del constitucionalismo democrático. Desde hace algo más de una década, la democracia constitucional ha sido puesta a prueba, una vez más; la crisis económica ha producido un innegable desgaste en las instituciones; la ciudadanía ha perdido confianza en el sistema y éste se ha visto incapaz de dar respuesta a retos que no eran esperables y que han castigado severamente a amplios sectores de población. Las medidas adoptadas por los Estados han sido desiguales, tanto en su aplicación como en sus resultados. Quizá no podía ser de otra manera, con una multiplicidad de sociedades diversas con intereses frecuentemente contrapuestos. Aun en este contexto, ciertamente convulso, una cosa sí puede afirmarse: solo el sistema constitucional democrático puede aportar soluciones basadas en la libertad, la justicia y la igualdad. Ante circunstancias adversas debe profundizarse en vías de solución, en cambios que renueven el sistema, pero nunca debe renunciarse a un modo de convivencia democrático que es el único que puede aportar vías de solución y de mejora. Las dificultades no deben llevarnos a una crítica fácil e inicua del constitucionalismo, en torno al cual se han construido sociedades democráticas basadas en el respeto a la ley y a los derechos de las personas, sino a un fortalecimiento de nuestra conciencia democrática y de nuestra adhesión al sistema constitucional.

A lo largo de los numerosísimos capítulos contenidos en los cinco volúmenes que integran esta obra se analizan gran parte, sino todos, los grandes retos del constitucionalismo actual; un constitucionalismo que se debate entre sus fundamentos dogmáticos y los cambios que ineludiblemente deberán abor-

darse para acomodarlo a las nuevas demandas de una sociedad globalizada y enfrentada a desafíos innegables. En su IV edición, este seminario internacional tenía dos referencias inexcusables para cualquier constitucionalista, ya que en 2018 se celebró el 40 aniversario de la Constitución española, casi en coincidencia con el 70 aniversario de la Constitución italiana de 1947. No podía un seminario italo-español olvidar tan importantes efemérides en España e Italia, donde el constitucionalismo democrático ha sabido abrirse paso a pesar de algunas oscuras páginas de su historia. Por ello, los primeros artículos de esta obra están dedicados a tratar estos periodos constitucionales y algunos de los aspectos sobre los que se ha reflexionado en relación a posibles reformas constitucionales. Junto a éstos, se incluyen los trabajos relativos a la dimensión constitucional de Europa, que plantea a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de afrontar nuevos retos si no quieren perder lo mucho que se ha conseguido con la integración supranacional. La salida del Reino Unido de la Unión Europea está siendo uno de los asuntos más controvertidos en este proceso. El tiempo dirá cuál de las dos partes pierde o gana más con esta separación, aún pendiente, pero la historia constatará la dificultad, en el plano jurídico y en el político, de abordarla, a pesar de la claridad del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, cuya aplicación ha dado lugar a que la Unión haya demostrado, una vez más, su fortaleza y la vigencia de sus principios inspiradores.

A estos trabajos iniciales le siguen otros muchos de igual interés, como los más de treinta artículos dedicados a los derechos fundamentales, en los que podemos encontrar un conjunto muy relevante de aportaciones sobre temas centrales en el constitucionalismo de este siglo. Algo parecido cabe decir sobre el volumen tercero, que recoge las contribuciones referidas a las instituciones políticas y a la democracia, con trabajos sobre democracia parlamentaria, representación y participación política, sistema electoral y partidos políticos y grupos. Se completa el análisis global del constitucionalismo con casi una veintena de aportaciones sobre el sistema de fuentes, la organización territorial y la justicia constitucional, en los que se pone de manifiesto la necesidad de seguir reflexionando sobre asuntos clásicos pero a la luz de nuevos desafíos.

Un último volumen de esta vasta obra, bajo el título «Retos del siglo XXI», recoge cuatro grandes ámbitos de reflexión: el Estado social y la economía; la era de la tecnología y el cambio climático; la seguridad y la legalidad sancionadora; y el fenómeno religioso. Respecto a cada uno de ellos se puede encontrar un conjunto de trabajos que apuntan hacia las transformaciones necesarias en un constitucionalismo que debe adaptarse a las necesidades de una sociedad

en evolución pero que debe seguir siendo la referencia obligada para la organización del poder político y para la garantía de la libertad.

*****

No cabe sino concluir felicitando a todos los que participan en esta obra por sus aportaciones y, muy especialmente, a los directores de la misma, los profesores Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta, Maria Pia Iadicicco y Antonio Pérez Miras, y a los distintos coordinadores de los volúmenes, los profesores Silvia Romboli, Carmen Montesinos Padilla, Aday Jiménez Alemán y Fernando Pérez Domínguez, por la labor realizada, esperando que continúen con esta estimable iniciativa en años venideros.

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ
Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Catedrática de Derecho constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

NOTA DE LOS DIRECTORES

Las efemérides son una buena ocasión para hacer balance, tratar de captar la realidad cotidiana y alzar la vista crítica al retrovisor de los años que nos han traído irremediablemente al presente, y que nos coloca ante las incertidumbres del futuro. Así, y como no podría ser de otro modo, el Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales ha querido contribuir en 2018 a la conmemoración del 70º aniversario de la Constitución italiana y del 40º de la Constitución española, enmarcando por vez primera nuestros encuentros bienales en el marco del proyecto Jean Monnet Eucons.

Europa, en realidad el mundo entero, vive un momento complejo. En particular los ritmos de la globalización económica, los avances tecnológicos, los profundos cambios sociales y las convulsiones político-institucionales por las que están pasando las democracias occidentales hacen más que necesario que nos preguntemos por las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo. Por ello, fieles a nuestro compromiso, nos congratulamos de presentar los estudios «Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta de Constitución española», reunidos en cinco volúmenes, que afrontan el análisis de los distintos desafíos que acucian al constitucionalismo contemporáneo.

El Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales, que nació en Bolonia en el 2011 casi como una aventura, fruto de la colaboración entre colegiales del Real Colegio de España en Bolonia y de jóvenes profesores del *Alma Mater*, se ha tornado hoy en un proyecto maduro que ha ido creciendo junto a las carreras académicas de sus promotores y de las sobresalientes incorporaciones a su grupo de trabajo. Ahora, la concesión por la Comisión Europea del Proyecto Jean Monnet Eucons ha dado un importante impulso a la iniciativa que adquiere plenitud al proyectarse más allá del espacio ítalo-español para

ponerse al servicio de la construcción de una cultura constitucional europea común, en un momento en el que resulta imperioso facilitar espacios de encuentro para los juristas europeos, que hagan de Europa una realidad constitucional más cohesionada.

Precisamente con ese espíritu haeberliano, el Seminario ha venido promoviendo congresos bienales que han reunido a centenares de constitucionalistas principalmente de ambos países: Bolonia (2012), Madrid (2014), Catania (2016) y, el último de ellos, ya con dimensión europea, en Murcia (2018). Del 28 al 30 de noviembre de 2018 se congregaron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia 115 jóvenes investigadores, 55 profesores entre ponentes, moderadores y contraponentes, y más de 100 estudiantes para participar en el IV Congreso Internacional «Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo». Un año después estamos en condiciones de publicar los resultados de aquella investigación, reuniendo en esta obra los trabajos de constitucionalistas italianos y españoles de todas las generaciones, desde los más jóvenes que todavía cursan sus estudios de postgrado a egregios maestros, junto a algunos colegas europeos. Con estos volúmenes se ejemplifican así los valores de nuestro proyecto: diálogo intergeneracional, excelencia académica y construcción europea.

Este volumen V cierra la obra colectiva recogiendo las contribuciones dirigidas al análisis de los retos a los que tendrá que enfrentarse el constitucionalismo contemporáneo en el siglo XXI. El libro se compone de 4 bloques en razón de los temas estudiados por los distintos Autores. En el primero de ellos se incluyen las investigaciones que tratan temáticas relacionadas, de un lado, con la Constitución económica y, de otro, con la compleja problemática de la protección de los derechos sociales. El segundo bloque está dedicado a los nuevos desafíos del Derecho constitucional respecto del creciente desarrollo tecnológico y de las preocupantes mutaciones climáticas. En el tercer bloque se recogen las contribuciones que abordan dos temas de gran actualidad y que acercan los estudios del Derecho constitucional a otras disciplinas jurídicas como la penal y la administrativa: los temas de la seguridad y de la legalidad sancionadora. El cuarto y último bloque temático incluye los trabajos que se centran en nuevas y más actuales dimensiones de la protección de algunos derechos fundamentales «clásicos» como el derecho a la libertad religiosa e ideológica y el derecho a la libertad de expresión, facetas que se han manifestado como consecuencia de las recientes sociedades cada vez más multiculturales y multirreligiosas.

Con estos temas, y los abordados en los restantes volúmenes, analizamos la situación en la que se encuentran los Estados constitucionales en Europa,

hacemos balance de la evolución que se ha vivido desde el final de la II Guerra Mundial y de las respuestas que se han sucedido a los cambios en estas décadas, al tiempo que nos preparamos doctrinalmente para los retos que están por venir en el nuevo contexto global. El constitucionalismo sigue en expansión pero necesita de nuevos planteamientos para afrontar los actuales desafíos, especialmente acuciantes pasada una década en crisis, que no sólo ha impactado en la economía sino que también ha tenido profundos efectos sobre nuestros sistemas políticos. Observamos de esta forma la panorámica, espacial y temporal, del *ius commune* constitucional.

Así las cosas, comprometidos con los principios antes enunciados, hemos querido festejar la coincidencia de los dos aniversarios constitucionales abordando todas estas cuestiones mediante un debate intergeneracional que enriquezca la doctrina jurídica. Pero, si esta ingente obra ve la luz, es gracias, primero, a los que desinteresada y anónimamente nos han ayudado en cuidar todos los detalles, y en especial, al apoyo editorial del BOE, en coedición con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y a la financiación facilitada por el Proyecto Jean Monnet y por la Fundación Cajamurcia, a los que mostramos nuestra infinita gratitud. Un agradecimiento que no debe escudarse en las instituciones en sí sino que debe permear hasta las personas que desde aquellas nos han guiado hasta este puerto. Y nos van a permitir que nos detengamos en una de las personas que más ha colaborado con esta iniciativa desde sus comienzos, que creyó en el proyecto y nos ha hecho crecer como universitarios: la Profesora Yolanda Gómez, hoy Directora del CEPC y que con justicia prologa los cinco volúmenes sobre la doble efeméride constitucional de nuestras penínsulas europeas.

Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano

Edoardo C. Raffiotta, Maria Pia Iadicicco
Directores

Silvia Romboli
Coordinadora

NOTA DEI CURATORI

Le ricorrenze sono una buona opportunità per fare il punto della situazione, per cercare di comprendere la realtà quotidiana, per sollecitare il pensiero critico attraverso un'indagine retrospettiva degli avvenimenti accaduti in anni passati e che ci hanno condotto fino al presente, ponendoci davanti al futuro con non poche incertezze. Proprio per questo, nel 2018, il Seminario Italospagnolo di studi costituzionali ha voluto contribuire alla commemorazione del 70° anniversario della Costituzione italiana e del 40° della Costituzione spagnola, inserendo altresì e per la prima volta il suo incontro biennale nell'ambito del progetto Jean Monnet Eucons.

L'Europa, come in realtà il mondo intero, attraversa un momento complesso. In particolare, i ritmi della globalizzazione economica, i progressi tecnologici, i profondi cambiamenti sociali e i disordini politico-istituzionali che stanno investendo le democrazie occidentali rendono quanto mai necessario domandarsi quali siano le prospettive del costituzionalismo contemporaneo. Per questo, facendo fede all'impegno assunto, siamo lieti di presentare gli studi «Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta de Constitución española», raccolti in cinque volumi, i quali analizzano approfonditamente alcune tra le diverse e più rilevanti sfide che deve affrontare il costituzionalismo contemporaneo.

Il Seminario Italospagnolo di studi costituzionali, nato a Bologna nel 2011 quasi come un'avventura, frutto della collaborazione tra membri della scuola del Reale Collegio di Spagna a Bologna e giovani professori dell'*Alma Mater*, si è convertito oggi in un progetto maturo che è cresciuto parallelamente alle carriere accademiche dei suoi promotori e grazie alla crescita del suo gruppo di lavoro, che ha incorporato nuovi ed eccellenti membri. Recente-

mente, la concessione da parte della Commissione Europea del Progetto Jean Monnet Eucons, ha dato un importante impulso all'iniziativa che acquisisce così pienezza proiettandosi oltre lo spazio italo-spagnolo e dedicandosi alla costruzione di una cultura costituzionale europea comune, in un momento in cui appare indispensabile fornire spazi di incontro per i giuristi europei, con lo scopo di rendere l'Europa una realtà costituzionale più solida.

Proprio con tale spirito haberliano, il Seminario ha promosso congressi biennali che hanno riunito centinaia di studiosi, prevalentemente ma non esclusivamente costituzionalisti, dei due Paesi citati, dapprima a Bologna (2012), poi a Madrid (2014), poi a Catania (2016) e, da ultimo, con una già più ampia dimensione europea, a Murcia (2018). Dal 28 al 30 novembre 2018, 115 giovani ricercatori, 55 professori, relatori, moderatori e *discussants* e oltre 100 studenti si sono riuniti nel IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo». Dopo un anno siamo in grado di pubblicare i risultati di quella poderosa ricerca, raccogliendo in questa opera i contributi di costituzionalisti italiani e spagnoli di tutte le generazioni, dai più giovani, ancora in formazione nei corsi post-lauream, agli illustri Maestri e colleghi europei. Questi volumi vogliono essere quindi una testimonianza dei valori sottesi al nostro progetto: dialogo intergenerazionale, eccellenza accademica e costruzione europea.

Il presente volume (V) chiude il lavoro collettivo raccogliendo i contributi diretti all'analisi delle sfide che il costituzionalismo contemporaneo dovrà affrontare nel 21° secolo. Il libro è composto da 4 parti rispetto agli argomenti studiati dai diversi autori. La prima si dedica alle ricerche che affrontano questioni legate, da un lato, alla Costituzione economica e, dall'altro, al complesso problema della protezione dei diritti sociali. La seconda parte è dedicato alle nuove sfide del Diritto costituzionale sollecitate dallo sviluppo tecnologico e alle scottanti questioni legate ai mutamenti climatici. La terza parte include i contributi che affrontano due questioni molto attuali e che avvicinano gli studi di Diritto costituzionale ad altre specifiche discipline giuspubblicistiche, come quella penale e amministrativa: le questioni della sicurezza e legalità penale. La quarta e ultima parte comprende lavori incentrati su aspetti nuovi e attuali della protezione di alcuni diritti fondamentali «classici» come il diritto alla libertà religiosa e di coscienza e il diritto alla libertà di espressione, aspetti che si sono manifestati come conseguenza delle recenti società sempre più multiculturali e multireligiose.

In quest'ottica i temi affrontati in questo come nei restanti volumi, consentono di analizzare la condizione complessiva degli Stati costituzionali in Europa, facendo il punto sulle evoluzioni compiutesi dalla fine della seconda

guerra mondiale e sulle risposte e letture fornite in questi decenni, chiamando, al contempo, la dottrina a guardare le sfide del futuro nel nuovo contesto globale. Il costituzionalismo continua ad espandersi, ma ha bisogno di nuovi strumenti per affrontare le attuali sfide, ancor più difficili da affrontare dopo un decennio di crisi economico-finanziaria, che ha avuto un forte impatto non solo sull'economia ma ha inciso anche profondamente sui nostri sistemi politici. In questo modo ci poniamo in una prospettiva, spaziale e temporale, che è quella dello *ius commune* costituzionale.

E pertanto, alla luce dei valori poc'anzi menzionati, abbiamo voluto celebrare la coincidenza dei due anniversari costituzionali affrontando tutte queste questioni attraverso un dibattito intergenerazionale che spera di arricchire la dottrina giuridica. Se questo imponente lavoro vede oggi la luce, è grazie, innanzitutto, a coloro che ci hanno aiutato volontariamente e talvolta in forma anonima a curare tutti i dettagli e grazie al contributo editoriale del BOE, in collaborazione con il *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* e ai finanziamenti forniti dal Progetto Jean Monnet e dalla *Fundación Cajamurcia*, ai quali vogliamo indirizzare la nostra infinita gratitudine. Il nostro ringraziamento desideriamo che giunga non soltanto alle Istituzioni appena menzionate, ma anche ad ogni persona che ci ha accompagnato fino a questo porto. Tra queste vogliamo rivolgere un particolare ringraziamento ad una delle persone che ha maggiormente contribuito alla realizzazione di questa iniziativa sin dalla sua nascita, che ha creduto nel nostro progetto e che ci ha accompagnato nella nostra crescita come studiosi: la professoressa Yolanda Gómez, attualmente Direttrice del CEPC, la quale ha gentilmente redatto il Prologo ai cinque volumi sul doppio evento costituzionale delle nostre penisole europee.

Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano

Edoardo C. Raffiotta, Maria Pia Iadicicco
Curatori

Silvia Romboli
Coordinatrice

PARTE I

EL ESTADO SOCIAL Y LA ECONOMÍA

LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONSTITUCIONALISMO NEOLIBERAL

MIGUEL J. ARJONA SÁNCHEZ
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los rasgos del constitucionalismo neoliberal. 2.1 Sus objetivos. 2.2 La negación del conflicto. 2.3 La actuación desde diferentes espacios constitucionales. 3. La reforma del constitucionalismo meridional europeo. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el «no nos representan» al «no hay alternativa», lo cierto es que la capacidad del Estado Constitucional para dirimir los conflictos políticos de una forma jurídicamente ordenada ha sido puesta en entredicho durante los últimos años. Quizás este fenómeno haya sido especialmente preocupante en Europa, el espacio jurídico del que el constitucionalismo parecía poder sentirse más razonablemente satisfecho, tanto por el amplio espectro social integrado en sus consensos, como por el interesante equilibrio logrado entre los dos principios sobre los que ha pendulado el debate y la lucha política desde la caída del Antiguo Régimen, la libertad y la igualdad, tantas veces presentados como enfrentados, y conciliados tras la II Guerra Mundial a través de los Estados Sociales y democráticos de Derecho (e. g. Art. 1 de la Constitución Española).

Ejemplos de esta patología funcional, no faltan. Desde la sustitución de gobiernos democráticamente elegidos por los ciudadanos, por otros protagonizados por los llamados «tecnócratas» [1]; a las reformas constitucionales exprés y a la carta, dirigidas a satisfacer a fuerzas (y a veces órganos) sin la suficiente legitimidad democrática para reclamar dichas enmiendas [2]; pasando por el recurso constante, por parte de legisladores y gobernantes, a recurrir a la estrechez de margen de decisión con el que cuentan, debido a los corsés internacionales o los denominados mercados [3]; lo cierto es que la apelación acerca de la calidad de nuestras democracias está servida, y nos interroga sobre la evolución del denominado constitucionalismo de posguerra en los últimos tiempos.

Lo primero que parece poder afirmarse sobre estos fenómenos es que no son fruto de la casualidad, sino que responden a una pérdida paulatina del protagonismo del Estado, a favor del mercado (véase Hirschl, 2004, 105). Una evolución que comienza en 1971, fecha del denominado *Nixon shock*, cuando el Presidente estadounidense anunció el fin del intercambio de la divisa norteamericana en oro y por lo tanto, el fin del respaldo en el dorado metal. A partir de esta fecha trascendental para el monetarismo, se iniciaría una contrarreforma en las ideas, argumentos y comportamientos, de todo un modelo de Estado constitucional, operador en la vida económica y prestador de servicios, que lo había caracterizado tras la II Guerra Mundial (Avelãs Nunes, 2007, 9).

Pese a su trascendencia, debemos partir de un reconocimiento, el que la transformación propiciada por Nixon, no ha sido lo suficientemente considerada en muchos ámbitos académicos, como ocurre singularmente en el constitucionalismo. El cambio en el sentido del movimiento de capitales que desencadenó (y que ha sido magistralmente explicado por el profesor Varoufakis en su Minotauro Global (Vaurofakis, 2011, 9) quebraría los consensos constitucionales fraguados sobre el keynesianismo y el *New Deal*, fórmulas bajo las que se había llegado a entender el capitalismo, haciendo resurgir de entre sus cenizas, a una suerte de *revival* más vehemente del liberalismo, y que precedido del prefijo «neo», sería reconocido bajo la denominación paraguas de neoliberalismo. Pese a la propia polémica del término, con la que no siempre se sentirían cómodas, se englobarían a partir de entonces, varias escuelas de pensamiento que, como la Escuela Austríaca de Economía, la Escuela de Chicago o el ordoliberalismo, tendrían como nexo su celo por limitar la acción del Estado

[1] Un buen ejemplo el del gobierno italiano presidido por el tecnócrata Mario Monti que sustituyó al Presidente del Consejo. Sr. Berlusconi.

[2] Como ocurrió en el caso de la reforma del artículo 135 de la Constitución española.

[3] Donde la cuestión de la prima de riesgo en los países periféricos del euro constituya el mayor paroxismo.

en todos los ámbitos de la vida. El fin no sería otro sino el de conseguir las más altas cuotas de libertad para el mercado, visto este como el espacio idóneo en el que el ser humano es capaz de desarrollar sus inmanentes capacidades de iniciativa y creatividad, constreñidas por la intervención pública (véase Harvey, 2007, 2)[4]. La consideración de que estas ideas procedentes del mundo económico no sólo germinaron en el amplio mundo del Derecho, sino muy especialmente en el constitucionalismo, transformando los Estados sociales y democráticos de Derecho, son las que han abrigado la idea de redactar este trabajo.

2. LOS RASGOS DEL CONSTITUCIONALISMO NEOLIBERAL

2.1 **La definición neoliberal**

Por neoliberalismo se entendería «una teoría de las prácticas político-económicas que propone que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano, consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y las libertades empresariales del individuo, dentro de un marco institucional caracterizado por los derechos de propiedad privada, la fortaleza de mercados libres y la libertad de comercio», en el que «el papel del Estado es crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de dichas prácticas» (Harvey, 2007, 1). Sin embargo, y pese al indudable éxito del término, éste ha sido objetado en favor del uso del clásico término de «liberalismo» a secas, e incluso se ha negado la existencia de algo que pudiera denominarse teoría neoliberal (Venugopal, 2015; Dunn, 2016); y ello pese a que tal «ideario» haya sido reconocido, por organismos tan poco «sospechosos» como el Fondo Monetario Internacional (Ostry, Loungani, Furcery, 2016). Por otra parte, éste no ha sido el único término utilizado para su denominación; otros conceptos, como el de neoconservadurismo o extremismo mercantil también han sido usados, ya fuera como sinónimos, ya fuera para señalar a alguna de sus variedades; una inflación conceptual, que ha sido explicada por el fuerte impacto que el neoliberalismo ha provocado en la estructura del poder en el mundo contemporáneo (Wang, 2003, 44).

Sin embargo, la particularidad del neoliberalismo, lo que lo hace especialmente intrigante para el constitucionalismo, no es que haya reconfigurado las

[4] De tal modo que el rol del Estado se vería limitado al de generar y preservar el marco institucional apropiado para ello.

relaciones de poder, y en particular la gobernanza pública, inspirándose en aquellas doctrinas económicas que priorizan las soluciones *mercatorias* frente a las estatales, sino su reivindicación como una nueva forma de relación entre el gobierno y el conocimiento, cuyos problemas no son contemplados desde parámetros políticos o ideológicos que se alimentan de fuentes doctrinales, sino como dificultades que requieren de soluciones técnicas (Ong, 2006, 3) aparentemente apolíticas, que por lo tanto serán ofertadas por expertos, que deberán protegerse de los conflictos político-ideológicos (véase Rose, Miller, 1992). Los nuevos aires liberalizadores conllevarán un proceso de «destrucción creativa», que revisará los marcos institucionales que dirigían la vida del Estado constitucional, incluso respecto de «las formas tradicionales de soberanía estatal», instituyendo todo un conjunto de transformaciones que afectarán a todos los ámbitos de la vida en sociedad: «divisiones del trabajo, relaciones sociales, medidas para el bienestar, *mix* tecnológicos, formas de vida y pensamiento, actividades reproductivas, apegos a la tierra y hábitos del corazón» (Harvey, 2007, 2).

2.2 **Sus objetivos**

Tras el *Nixon shock*, los nuevos deficitarios Estados Unidos de América, que hasta entonces habían dirigido sus excedentes comerciales y financieros en su sentido natural (la exportación de capital hacia los países deficitarios para generar demanda) patrocinarían un giro radical en el sentido de su movimiento (Varoufakis, 2011). Pese a que Nixon hubiera aclamado que «todos somos keynesianos, ahora» (Harvey, 2007, 13) se abriría paso una nueva orientación (dirigida a que el país de las barras y las estrellas fuera capaz de atraer los excedentes de capitales extranjeros a su economía) necesitada, para hacerse efectiva, de una profunda agenda de reformas sociales y jurídicas alrededor del mundo, que reclamaba algún tipo de cobertura ideológica. Con este propósito, sería rescatado del diván de los recuerdos el viejo liberalismo, que vestido con ropajes mucho más radicales, se afanaría por proporcionar la munición necesaria, para legitimar la atribución de nuevas competencias a un capital, que debía desatarse de cualquier control público. Dado que no cabía esperar una colaboración voluntaria de los Estados para poner en marcha la nueva estrategia, el capital debía escapar de la titularidad estatal (a través de las privatizaciones) y liberalizar sus movimientos (la tan cacareada libertad de movimientos del capital) y así seguir alimentando «las máquinas» de la economía estadounidense. Dicha revolución ideológica, que en lo político sería denominada como conservadora, generaría un nuevo orden social, caracterizado como

la antítesis de las señas de identidad de lo que hasta entonces había sido el *Welfare State* (Varoufakis, 2011).

Estos cambios ideológicos se traducirían en una nueva estrategia constitucional más amistosa con el poder y las fuerzas del mercado, dirigida a que este tomara un rol más preponderante en la sociedad (Avelãs Nunes, 2007, 9). Su objetivo último, consecuente con los nuevos intereses, sería el de promover el poder del capital a través de la extensión y profundización de los valores del mercado (Gill, 2002, 47). Para ello se hacía necesario levantar una nueva alianza entre las élites nacionales y transnacionales (tan diferente de aquella formada por la pequeña burguesía mercantil y las clases populares de las revoluciones francesa y americana) que abogaría por la constitucionalización de las libertades económicas, y de todas aquellas reglas que permitieran el libre movimiento del capital transnacional, la propiedad, los derechos comerciales, e incluso el establecimiento de unos nuevos jueces independientes, cuya función sería la de chequear las «arbitrarias» acciones estatales (Hirschl, 2004, 94). Pese a la divergencia de intereses, esta coalición sería posible, porque las fuerzas domésticas verían en esta constitucionalización de los derechos del capital, un medio con el que promover la desregulación económica y los privilegios de la propiedad; mientras que por su parte, los altos tribunales nacionales verían en la reforma, la oportunidad de promover su influencia política y su perfil internacional en un mundo que al mismo tiempo – y en parte como consecuencia de estas decisiones - se estaba globalizando (véase Hirschl, 2004, 105). El resultado de esta particular alianza sería altamente provechoso para el capital corporativo y los grandes inversores, ya que el nuevo orden social transfigurado por el nuevo constitucionalismo acabaría configurando unos nuevos privilegios (incluso derechos cuasi-representativos) a favor de una figura emergente, la del inversor, que vería reforzados sus derechos de propiedad, e incluso –en opinión de algunos expertos– se transformaría en «un sujeto político soberano» capaz de enmendar legislaciones y transformar consensos (Gill, 1998 23).

Tres tipos de objetivos serían puestos en marcha, expandir el alcance de las operaciones financieras a nuevos mercados, minimizar la incertidumbre de las inversiones ante las diferentes jurisdicciones y facilitar la obtención de las ganancias presentes y futuras (Gill, Bakker 2006, 43). El primer conjunto de actuaciones iría dirigido a la aprobación de aquellas normas constitucionales que disciplinaran la acción gubernamental al mercado, y permitieran la entrada y salida del capital móvil, lo que se conseguiría desde distintos medios (Gill, Bakker, 2006, 43). El segundo grupo perseguiría la creación y ampliación de nuevos mercados, a través de la extensión de los derechos de propiedad privada, la mercantilización y privatización de los bienes colectivos y la am-

pliación de los derechos de propiedad intelectual, todos ellos elementos centrales para este nuevo constitucionalismo, que desplegaría para su reforzamiento toda una estrategia facilitadora (Gill, Bakker, 2006, 43, Gill, 1998, 28). Mientras que el tercer y más polémico conjunto sería aquel por el que una gama de instituciones estatales e internacionales afrontarían la gestión de las «deslegitimidades» generadas por estas reformas, con el objeto de hacer al nuevo orden social políticamente sostenible (Gill, Bakker, 2006, 43).

La conjunción de estas tres estrategias generará un nuevo marco jurídico-constitucional, mediante el que los nuevos aires neoliberales intentarán construir un «dominio protegido» para asegurar la libertad individual, contra aquello que se considerará como una injerencia del Estado y una manifestación de la «tiranía de la mayoría» (Gill, 2002, 52). La libertad será así entendida generalmente de forma negativa, es decir, protegida frente a la arbitrariedad de «los otros», incluidas muchas de las intervenciones del Estado, no sólo en la economía sino en todos los ámbitos de la vida humana en general, que serán considerados como «intromisiones» en las actividades privadas de los individuos. Estas últimas serán consideradas las bases proveedoras de la innovación social y el progreso de la civilización (Gill, 2002, 55), por lo que deberán ser protegidas frente al verdadero obstáculo para su desarrollo, el Estado, cuyo papel, por consiguiente, deberá restringirse al de guardián del nuevo orden social, es decir, de mero custodio de las libertades del individuo en el mercado. Partiendo de esta nueva perspectiva, el constitucionalismo neoliberal se afanará en tratar de evitar lo que la jurisprudencia estadounidense denominará como «takings», y procurará dotar al poder privado de mecanismos jurídicos que le proteja de cualquier incautación, nacionalización o socialización de sus propiedades, incluso si estas provienen de decisiones respaldadas por el poder legislativo (Gill, 2002, 55).

Pero dichas transformaciones no requerirán únicamente de nuevas normas de policía dirigidas a recortar las posibilidades de intromisión del Estado, sino que tendrán una actitud proactiva redireccionando las políticas fiscales, macroeconómicas y comerciales, que hasta entonces habían sido consensuadas como reflejo de las ideas políticas y económicas procedentes del keynesianismo y el *New Deal*.

Respecto del ámbito fiscal, el constitucionalismo neoliberal llevará a cabo una progresiva ruptura de los consensos constitucionales del Estado social, reduciendo el impacto de algunos principios constitucionales como el de la progresividad de los tributos, recogidos en la mayoría de las constituciones europeas (Gill, Bakker, 2006, 48). Bajo la búsqueda de la equidad fiscal y una conveniente apelación a la simplicidad del cumplimiento de las obligaciones tributarias con el Estado, promoverá una vuelta a las estructuras tributarias

más regresivas, lanzando la idea del denominado ''impuesto fijo'', por el que todos los ciudadanos, independientemente de sus ingresos, estarían sujetos a similares tasas impositivas (Gill, Bakker, 2006, 48).

En cuanto a la política monetaria ésta será redireccionada en sus principales objetivos, que dejarán de centrarse en aquellos considerados hasta entonces prioritarios como el pleno empleo, ahora considerado alcanzable mediante el equilibrio del mercado (Avelãs Nunes, 2013a, 17) para centrarse en el control de la inflación (Gill, Bakker, 2006, 49), que será considerará como un tipo de «*taking*», es decir, una incautación inaceptable de la propiedad por parte del Estado (una suerte de expropiación a través de la política monetaria). El *Nixon shock,* que divorciará al dinero del respaldo en oro, originará una suerte de nostalgia por patrón monetario en el dorado metal, que se apoderará de las políticas monetarias, que se obsesionarán por el mantenimiento del valor de la moneda, como el mejor medio para mantener la confianza de los inversionistas y el éxito de las estrategias de liberalización de los sectores financieros, en un esfuerzo por atraer el capital extranjero (Gill, Bakker, 2006, 49).

Por último, la liberalización comercial se llevará a cabo con una supresión o reducción de los aranceles y barreras comerciales, que tanto habían caracterizado al Estado desde el origen del capitalismo.

Esta conjunción de medidas promoverá una agenda globalizadora afín a los nuevos patrones neoliberales (Gill, Bakker, 2006, 49-50) cuyo objetivo final será el de superar aquella constatación de Adam Smith que afirmaba que «la extensión del trabajo se haya limitada por el tamaño de los mercados» (Swann, 1984, 11), generando un mercado autorregulado a escala mundial (Gill, 2002, 55).

2.3 **La negación del conflicto**

Pero quizás uno de los aspectos más inquietantes del constitucionalismo neoliberal, y en el que más se aparte del clásico constitucionalismo liberal, lo constituirá su negación de uno de sus principales componentes, el conflicto político. Si el constitucionalismo nacerá con la pretensión fundamental, de establecer una solución jurídicamente ordenada de los conflictos, no de su negación; el constitucionalismo neoliberal, pretenderá su solución definitiva, alcanzando un estado de cosas en que sea posible la emancipación del individuo, una vez liberado de las fuerzas sociales que constriñen su libertad.

Este será un punto de divergencia fundamental. Si en la génesis del constitucionalismo, su fundamentación será alcanzar un consenso sobre las reglas

básicas de una sociedad, que permita aunar bajo el mismo paraguas a intereses, visiones y propuestas distintas y a veces opuestas que aceptarán la resolución de sus conflictos a través de los métodos determinados en su ordenamiento constitucional, pero sin renunciar a sus legítimos y contradictorios objetivos; el neoliberalismo buscará conseguir un marco jurídico-constitucional que garantice la prevalencia de los principios en los que se basa, bajo la creencia que este se corresponde con el estado natural del ser humano.

Dada dicha pretensión, el neoliberalismo preñará a su constitucionalismo con una voraz agenda de reformas con las que intentará «redefinir la política mediante una serie de mecanismos de anticipación (…) diseñados para tener un estatus cuasi-permanente», definiendo lo que es posible y lo que no lo es, tanto en el presente como en el futuro, impidiendo a futuros gobiernos su derogación (Gill, 2002, 48). Bajo dicha fe, el constitucionalismo neoliberal propugnará que sus paradigmas serán los únicos posibles en un mundo profundamente distinto (*there is not alternative* [5]) y desde ese punto de vista, se colocará mucho más allá de un simple programa de reforma de los consensos constitucionales existentes, propio del pluralismo político y su alternancia, ya que aspirará y pretenderá redefinir la relación entre lo «político» y lo «económico», y así reconstruir los términos a través de los cuales la acción política es posible, en una sociedad capitalista (Gill, 2002, 48). Lejos de limitarse a generar un conjunto de reglas a la sociedad, que permita amplios consensos, sobre la base de que en su marco es posible llevar a cabo distintos proyectos políticos, este constitucionalismo distinguirá perfectamente la política constitucional de la política ordinaria (o de la política normal) (Buchanan, 1997), y se esforzará por crear un nuevo marco institucional-constitucional que separe las instituciones económicas de la influencia política, sobre la base de las pretendidas soluciones técnicas (Ong, 2006, 3). Su objetivo en el fondo será evitar que otros proyectos políticos quepan dentro de ese marco constitucional, a los que encorseta, dificultando así cualquier contrarreforma. En particular, su bestia negra, no será otra que el keynesianismo, tal y como manifestó un Primer Ministro británico refiriéndose al polémico Tratado de Maastricht (Avelãs Nunes, 2013, 52).

Los límites de las reformas constitucionales no constituyen precisamente un capítulo secundario para el constitucionalismo. Reconocida por los tribunales constitucionales (como el español) la competencia del poder constituyente constituido, para revisar por completo los consensos constitucionales posibili-

[5] El *there is not alternative* (no hay alternativa) fue uno de los eslóganes más usados por la Primera Ministra Margaret Thatcher, y fue posteriormente rescatado por otras fuerzas políticas, especialmente conservadoras como la CDU (*Es Gibt Keine Alternative*) en 1994. Hoy puede decirse que forma parte del discurso político oficial en Europa.

tando la reforma de cualquier precepto constitucional (véase Requejo, 1998), los denominados «límites implícitos» han sido formulados precisamente como fronteras inmanentes a la reforma. En efecto, si la característica principal del constitucionalismo reside en encauzar el conflicto mediante su ordenación jurídica, la exclusión de legítimas alternativas políticas nos interroga sobre la naturaleza constitucional del marco así definido. En otras palabras, la constitucionalización del *there is not alternative* mediante un conjunto de normativas que estrangulan, no la alternancia de las fuerzas políticas, sino la alternancia de las posibilidades de actuación política (de las políticas en sí), nos interroga sobre si el resultado de la reforma puede seguir siendo considerado constitucional, más allá de la apariencia formal.

Esta crisis constitucional, apenas oculta bajo una apariencia de actualización a los nuevos tiempos o modernización, separará de su agenda, la política constitucional de la ordinaria, consciente de la importancia del marco jurídico con tal carácter. Bajo la excusa del conocimiento experto, de la despolitización, de la técnica, la nueva agenda buscará alejar las más importantes palancas de la economía (por naturaleza, en manos del Estado) de las vicisitudes políticas propias de los procesos electorales, alejando a los centros de decisión económica de los centros de decisión política (los ejecutivos o los parlamentos) precisamente porque estos están sometidos a las reglas de la democracia (Gill, 2002, 49). Un buen ejemplo, lo constituirá su afán por independizar a los bancos centrales nacionales de los ejecutivos y los parlamentos, y por supuesto, su apuesta por «despolitizar» el dinero (Gill, 2002, 49).

Como todo proyecto con tal aspiración emancipatoria, el neoliberalismo prestará desde el primer momento, una gran atención al constitucionalismo, ya que intentará trasladar a dicho nivel una verdad que entiende indiscutible. Y es que la agenda económica defendida desde el neoliberalismo no observará a la economía como una disciplina destinada a resolver un problema de escasez, sino muy al contrario dirigida a la creación de un conjunto de reglas (de ahí su interés en el poder organizador del Derecho –especialmente del constitucional–) destinadas a liberar las capacidades espontáneas del individuo y su intercambio en el mercado (Gill, 2002, 54). En palabras del premio Nobel Buchanan: «El principio de la coordinación espontánea del mercado es el principio de la economía» (Buchanan, 1991, 28) [6].

Un esfuerzo que, en ocasiones, le llevará incluso a perder algunos otros rasgos definitorios del constitucionalismo como es su afán por la racionalidad, reintroduciendo algunos elementos más propios del Antiguo Régimen que del

[6] Cita extraída de Gill (2002).

racionalismo constitucional, como los números mágicos, que introducidos en las constituciones aparentarán expresar algunos de los objetivos económicos a cumplir, pero que en realidad transformarán el pacto constitucional a hurtadillas. Este será el caso del pacto de estabilidad presupuestaria de la Unión Económica y Monetaria de la Unión Europea con su límite del 3 %. Cifra sobre la que se ha construido toda una arquitectura de obligaciones que ha pasado por encima de una gran parte de los derechos constitucionales de los ciudadanos de ciertos países deficitarios como Grecia, y que, por increíble que parezca, carece de base económica alguna (Dallago, 2015, 55), no se corresponde ni tan siquiera con la experiencia histórica deficitaria de los países europeos (Gurumurthy, 2016) y su elección, se basa únicamente en la psicológica fascinación humana por determinados números (la perfección y armonía del tres) (Marsh, 2009).

2.4 **La actuación desde distintos espacios constitucionales**

Otra de las características de este «constitucionalismo neoliberal» es su opción por actuar desde diferentes espacios regulatorios, escapando (en la mayor parte de las ocasiones) de los debates democráticos que legitimarían su actuación reformadora. Su preferencia por las fuentes informales, en ocasiones abiertamente antidemocráticas, y su querencia por la actuación a través de las organizaciones supranacionales e internacionales, constituye también otra de las inquietantes características de este constitucionalismo, ya que evita el sano debate que es propio de los procesos abiertamente formales de reforma constitucional.

Más específicamente, su apoyo a los intereses del inversor internacional conlleva que este constitucionalismo actúe preferentemente a través de los acuerdos comerciales y de inversiones, que suelen hacerse acompañar con la exigencia de reformas constitucionales de sus protagonistas, dado su peso constitucional. Este fue el caso de México, país que tuvo que reformar su Constitución de cara a su entrada en el NAFTA, para eliminar así determinados derechos sociales no muy de la tradición constitucional de sus vecinos del norte (como las tierras colectivas), las estructuras corporativas protectoras del Estado y el capital interno, así como para establecer la igualdad de derechos entre el capital extranjero –especialmente de sus nuevos socios– y el patrio. (Gill, Bakker, 2006, 43). También fue el caso de las nuevas constituciones de los antiguos miembros del bloque del Este, que fueron diseñadas desde esta nueva perspectiva (Gill, Bakker, 2006, 43; véase Elster, Offe, Preuss, Boenker, Goetting, Rueb, 1998).

Pero también es el caso del mayor ejemplo de supraconstitucionalismo en el mundo, que no es otro que el de la Unión Europea, que especialmente a partir del Tratado de Maastricht reformó las políticas monetarias y fiscales de sus Estados miembros (la liberalización comercial es anterior) y muy especialmente de los que optaron por la Unión Económica y Monetaria. En este sentido hay que resaltar la extraordinaria capacidad mostrada por el euro para propiciar las reformas que hicieran a sus países más permeables a los mercados, hasta transformar a la moneda única, en la justificación última de un nuevo constitucionalismo económico europeo de corte neoliberal. Bajo su reinado y la égida de que no es posible otro camino (y especialmente tras la crisis que se inició en el año 2008) ha recorrido Europa una continua y machacona demanda de «reformas estructurales» basadas en lo que eufemísticamente ha venido en denominarse la agenda de la austeridad, plagada de una imparable modificación de los consensos constitucionales de la posguerra, hasta hace poco considerados como señas de la identidad europea. La flexibilización del mercado laboral, la privatización de los servicios públicos, la moderación salarial, la lucha contra la inflación, la limitación de los déficits públicos, etc. no son ni mucho menos patrimonio exclusivo de la eurozona y ni tan siquiera de la propia Unión Europea; pero, tal y como han explicado los que han venido en llamarse economistas progresistas, la falta de flexibilidad del euro lo ha convertido en cierto modo, en un objeto de prueba sobre las reales posibilidades los nuevos consensos en el viejo continente. Por otra parte, también en su seno se engendraron algunas de las medidas señaladas, y que no pueden tener otro objetivo que el de hacer al nuevo orden social políticamente sostenible (Gill, Bakker, 2006, 43), como las medidas destinadas al rescate de los países de la eurozona en dificultades, implementando unas «imaginativas» estrategias que permitieron burlar a algunas de las prohibiciones de dicho orden monetario.

En otras ocasiones, serán los tratados o las organizaciones internacionales quienes protagonizarán estos nuevos cambios. Este será el caso del GATS o de la Ronda de Uruguay con su liberalización de servicios públicos como la salud y la educación, así como de la agricultura, las finanzas, el turismo, etc. (Gill, Bakker, 2006, 37 y Gill, 2002, 55). Algunos de estos tratados se referirán a normas que, como las normas internacionales de contabilidad, tratarán de facilitar lo que se ha definido como la superioridad del Derecho Privado Internacional (Gill, 1998, 30), y que privilegiarán una nueva elite del poder compuesta por grupos monopolistas y grandes conglomerados, cuya capacidad de intervención política limitando la autonomía de los Estados de los países más débiles (Avelãs Nunes, 2013a, 11) recordará en ciertos aspectos a la antigua democracia censitaria de los orígenes del constitucionalismo.

3. LA REFORMA DEL CONSTITUCIONALISMO MERIDIONAL EUROPEO

Aunque este constitucionalismo neoliberal ha cruzado el mundo, algunos de sus mejores ejemplos son muy cercanos, ya que han tenido lugar en países como Italia o la propia España. En 2013, uno de los principales bancos de inversión del mundo (el J. P. Morgan) hizo públicas sus opiniones acerca de los problemas de la eurozona, especialmente en la periferia de la moneda única, a través de un trabajo denominado *The Euro area adjustment: about halfway there* (Mackie *et al.,* 2013)[7]. En dicha publicación, el importante banco propugnaba una serie de reformas constitucionales que debían llevarse a cabo en los países meridionales europeos, en concreto en Italia, España, Portugal y Grecia. El artículo comenzaba por enjuiciar que los problemas de la periferia continental no eran de naturaleza económica, como se había supuesto al comienzo de la crisis, sino que - en realidad - se debían a problemas políticos, que era necesario resolver a través de una seria reforma constitucional en dichos países (Mackie *et al.,* 2013, 12). El informe responsabilizaba a la «fuerte influencia socialista», de la excesiva protección constitucional de los derechos laborales, que propiciaban –a su juicio– un fuerte clientelismo político, y «el derecho a protestar si se hacen cambios no deseados al estatus quo político», construyendo Estados demasiados débiles y descentralizados (Mackie *et al.,* 2013, 12). El resultado de dichas deficiencias constitucionales –siempre según sus autores– era el limitado éxito en las reformas fiscales y económicas que exigía la propia supervivencia del euro (Mackie *et al.,* 2013, 12). El informe no dudaba en confeccionar una relativamente detallada lista de reformas constitucionales pendientes, que no se limitaban al constitucionalismo económico, sino que entraban de lleno en el terreno de los derechos individuales, la organización territorial del Estado, etc. Este informe constituye una buena muestra del interés del inversor internacional (en este caso un banco de inversión) por erigirse en un nuevo actor constitucional, cuyo interés supera con creces el de la organización de la economía, alcanzando a la organización política del Estado.

Pero lo más inquietante de la publicación, amén de algunas sus manifestaciones relativas a las posibles protestas ciudadanas, y que ha llevado a preguntarse a algún autor, si el banco estaba en realidad llamando a un vaciamiento de la democracia (Steinberg, 2013), sería la comprobación por la vía práctica de su eficacia, ya que, en efecto, gran parte de las reformas propuestas por la institución financiera se hicieron presentes en las agendas constituciona-

[7] Podríamos traducirlo como «El ajuste del euro área, a mitad de camino por hacer».

les de los países concernidos durante los siguientes años, y no únicamente en el terreno constitucional-económico.

En realidad, este ejemplo de la participación de una fuente informal de inspiración neoliberal en el constitucionalismo europeo no es nueva en la vida de los países meridionales europeos. Sin ir más lejos, en España nunca parece haberse despejado del todo, el papel que pudieron tener lugar dos importantes instituciones como el Banco de España, y el Banco Central Europeo en la reforma del artículo 135 de la Constitución (véase Rodríguez Zapatero, 2013, Ekaizer, 2012) [8], mediante un proceso que podría constituir uno de los mejores ejemplos de lo que se ha definido como una verdadera «fragmentación del poder constituyente» (Balaguer Callejón, 2002, 99 y ss). En cuanto al fondo del asunto (véase Sánchez Barrilao, 2013) se agitaban en él, los viejos fantasmas (nunca resueltos del todo) desde la «gran transformación» (Polany, 1944) [9] a favor de trasladar las decisiones económicas de los tribunos al mercado, convirtiendo en realidad, el viejo sueño del inversor internacional de convertir a las deudas soberanas en un valor asegurado, situándolas en una excepcionalidad inexistente en el espacio nacional [10], buena muestra de la constitucionalización de las medidas de defensa contra los cacareados *takings*.

4. CONCLUSIONES

El impacto del constitucionalismo neoliberal en los consensos constitucionales de la posguerra está transformando profundamente al Estado Constitucional y al propio constitucionalismo. Dado que su protagonismo surgió de las necesidades financieras de un hegemón en apuros deficitarios, su principal preocupación ha sido el de liberal al capital de cualquier control estatal, situando al inversor internacional como un nuevo actor constitucional, capaz de imponerse frente a la opinión pública. En este sentido, la vehemencia emancipatoria de la ideología que lo sustenta, le habría llevado a contradecir algunos de los principios sobre los que se ha construido el constitucionalismo, interrogándonos sobre su verdadera naturaleza. Si bien sus contenidos son tan legítimos

[8] Sobre el mismo, el propio Presidente del Gobierno Español ha dado su versión.

[9] En el sentido de Karl Polany y su Gran Transformación. No parece descabellado afirmar que de lo que se trata es de volver a completar aquella «gran transformación». Son muchas las ediciones de este clásico y muchas las disponibles en Internet.

[10] Como hemos ya visto se trata de un asunto ya presente en la obra de Adam Smith. Como es obvio la actividad bancaria (ya sea ésta nacional o internacional) está –como cualquier otra actividad económica – sometida al riesgo, y es precisamente la razón del diferente tipo de interés de los préstamos en relación con los clientes.

como cualesquiera otros, su empeñó por condicionar a los gobernantes, desde su auto-consideración como una ideología natural para el ser humano, le habría llevado a tejer una madeja de regulaciones de contenido constitucional dirigida a defenderlo de lo que denomina las intromisiones del Estado y la dictadura de la mayoría, por un mandato soberano del mercado, ante el que cualquier alternativa resulta imposible de realizar. Sustituyendo así el conflicto político, sus consecuencias inmediatas serían el vaciamiento de la democracia (base del Estado Constitucional) y la reformulación de las políticas tributarias, monetarias y comerciales para el aseguramiento de los privilegios al capital, especialmente en lo referido a los denominados *takings*. Su actuación no estará exenta de una cierta hipocresía, ya que, pese a su cacareada fe en el mercado, en lugar de competir en el mercado político por conseguir los consensos necesarios para sus logros, su actividad irá dirigida a condicionar al Estado desde la acción de actores formales e informales, enmascarando sus pretensiones mediante la consecución de tratados internacionales de contenido constitucional, que en muchas ocasiones se ampararán en los proyectos de integración regional.

Que el constitucionalismo neoliberal comparta con otras ideologías emancipatorias, a las que dice combatir, su propia incapacidad de asumir la existencia del conflicto, nos interroga sobre su verdadera naturaleza constitucional y si no se trata de una mera contrarreforma de los consensos constitucionales. Si unos números mágicos pueden imponerse al núcleo esencial del constitucionalismo, como son los derechos fundamentales, no parece descabellado preguntarse por ello.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Avelãs Nunes, A. J. (2007), «Breve reflexão sobre o chamado estado regulador», *Revista Seqüência*, n.º 54, jul, 9-18.

— (2013), «A 'Europa' está toda errada: é preciso passá-la a limpo», *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n.º 01, 45-77, dez.

— (2013a), «O neoliberalismo, o ataque ao estado social, os perigos do fascismo de mercado'», *Revista Jurídica* 2013 – II.

Balaguer Callejón, F. (2002), «El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente», en Aragón Reyes, M *et al., La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente (I)*, Congreso de los Diputados-Tribunal Constitucional-Universidad Complutense de Madrid-Fundación Ortega y Gasset-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

BUCHANAN, J M. (1997), *Post-Socialist Political Economy: Selected Essays,* Edward Elgar, Cheltenham.

— (1991), *The economics and the ethics of constitutional order*, University of Michigan Press, Michigan.

DALLAGO, B. (2015), «Eurozone. From distress to deeper integration?», en Dallago, B. y McGowan, J., *Crises in Europe in the Transatlantic Context: Economic and Political Appraisals*, Routledge Studies in the Modern World Economy CRC Press, London-New York.

DUNN, B. (2016), «Against Neoliberalism as a Concept», *Capital and Class*, November 23.

EKAIZER, E (2012), *Indecentes, Crónica de un atraco perfecto*, Espasa, Madrid.

ELSTER, J.; Offe, C.; Preuss, U. K.; Boenker, F., Goetting, U.; & Rueb, F. W. (1998), *Institutional design in post-communist societies: Rebuilding the ship at sea*, Cambridge University Press, Cambridge.

GILL, S. (2002), «Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations», *International Studies Review*, Vol. 4, n.º 2, 47-65.

— (1998), «New Constitutionalism, Democratisation, and Global Political Economy», *Pacifica Review*, Vol. 10, n.º 1, 23-38.

— y BAKKER, I. (2006), «New constitutionalism and the social reproduction of caring institutions», *Theoretical Medicine and Bioethics* 27; 35–57.

GURUMURTHY, S. (2016), «For a paradigm shift in fiscal deficit», *The Hindu*, publicado 7 de marzo de 2016.

HARVEY, D. (2007), *A brief history of neoliberalism*, Oxford University Press, Oxford.

HIRSCHL, R. (2004), «The political origins of the new constitutionalism», *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4

MACKIE, D. *et al.* (2013), «The Euro area adjustment: about halfway there», J P Morgan -Europe Economic Research.

MARSH, D. (2009) *The Euro, the politics of the new global currency*, Yale University Press, New Haven.

ONG, A. (2006), *Neoliberalism and exception. Mutations in citizenship and sovereignty*, Duke University Press, Durham and London.

OSTRY, J. D. LOUNGANI, P. FURCERY, D (2016), Neoliberalism Oversold?, *Finance and Development*, June, 38-41.

POLANY, K. (1944), *The Great Transformation*, Farrar & Rinehart, London.

REQUEJO PAGÉS, J. L. (1998), «El poder constituyente constituido: La limitación del soberano», *Cuadernos monográficos de teoría del estado: derecho público e historia constitucional*, n.º 1, 361-380. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=204817&orden=33018&info=link

RODRÍGUEZ ZAPATERO, J. L. (2013), *El Dilema: 600 días de vértigo*, Planeta, Barcelona.

ROSE, N. y MILLER, P. (1992), «Political Power beyond the State: Problematics of Government», *The British Journal of Sociology*, Vol. 43, n.º 2, 173-205. https://www.jstor.org/stable/591464?seq=1#metadata_info_tab_contents

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2013), «La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, n.º 137, mayo-agosto de 2013, 679-712. ttp://scielo.unam.mx/pdf/bmdc/v46n137/v46n137a8.pdf

STEINBERG, S. (2013), «J P Morgan calls for authoritarian regimes in Europe», *World Socialist Web Site*, 17 June 2013. https://www.wsws.org/en/articles/2013/06/17/morg-j17.html

SWANN, D. (1984), *The Economics of the Common Market*, Penguin Books, Harmond-sworth.

VAROUFAKIS, Y. (2011), *The global minotaur*, Zed books, London.

VENOUGOPAL, R. (2015), «Neoliberalism as Concept», *Economy and Society*, n. 44, n. 2.

WAND, H. (2003), *China´s New Order: Society, Politics and Economy in Transition*, Harvard University Press, Cambridge.

L'*AUFHEBEN* DEL SOCIALISMO NELLO STATO SOCIALE: PROBLEMI STORICI DELLA SCIENZA GIURIDICA E NUOVE PROSPETTIVE NEL FRAME COSTITUZIONALE

Alessandro Tedde*
Università degli studi di Sassari

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Trasformazioni costituzionali e conservatorismo metodologico. 3. La Costituzione presa sul serio. 4. Prospettive del costituzionalismo contemporaneo. 5. Conclusioni. 6. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

La Repubblica democratica è «fondata sul lavoro»: con un'affermazione tanto pesantemente ideologica, la Costituzione Italiana, fin dalla sua norma di apertura, dimostra un'acquisita consapevolezza sulla funzione storica della moderna lotta di classe operaia e proletaria come antecedente storico-causale e logico-causale più rilevante dello sviluppo costituzionale.

Nella Costituzione del nuovo Stato del «lavoro», alcuni fondamentali principi ideologici del socialismo sono penetrati e vigono nelle forme di una

* Avvocato e giurista – tedde.alessandro@gmail.com – svolge ricerca indipendente all'interno del network della Fondazione europea di ricerca privata Transform!Europe.

energia propulsiva latente nei «principi fondamentali», un *Grundsatz der Bewegung* che mira al mantenimento dell'impulso rivoluzionario contro le sopravvivenze storiche, in modo che, con uno sforzo continuato, sia concesso di mandare ad effetto il grande scopo della Rivoluzione: la edificazione di una nuova vita statale e sociale. E» questa, una conseguenza dell'aver posto la dottrina della sovranità popolare quale criterio di effettività dell'ordinamento repubblicano del nuovo tipo di Stato, quello sociale, che si rivoluziona continuamente, che cerca una fondazione articolata sulle infinite movenze della vita sociale, che sembra persino promuovere il processo del proprio deperimento.

Sulla base di questi assunti, la Carta del 1948 ha reso diritto positivo quei problemi del tutto nuovi al diritto costituzionale e alla teoria generale del diritto, che la scienza giuridica dominante aveva fino a quel momento ignorato ovvero appena lambito: 1) la permanenza del potere costituente popolare, pur nel contesto dello Stato di diritto, evidenziata dal termine «appartiene», che rivitalizza la teoria roussoviana della *lex* di origine latina, in netta contrapposizione con la teoria liberale che, da Sieyès in poi, aveva imposto la riduzione della sovranità popolare a mero potere di comando, nelle forme di una *lex de imperio*; 2) la diversa esplicazione della funzione orientativa della costituzione rispetto ai processi evolutivi del sistema sociale, non più quale freno al potere costituente come intende la teoria liberale, ma che invece ordina e orienta il processo genetico di un nuovo ordinamento giuridico nel passaggio dal fatto rivoluzionario al potere costituente come due facce di uno stesso fenomeno di creatività reale del diritto e dello stato, a partire appunto dalle motivazioni sociali di mutamenti che sono al tempo stesso di tipo strutturale e sovrastrutturale; 3) la riqualificazione della scienza giuridica in scienza delle forze produttive del diritto, cioè delle forme della lotta di classe nel processo di adeguamento della costituzione giuridica formale a quanto già vigente sul piano della costituzione politica materiale come espressione del blocco storico. Riqualificazione dalla quale consegue la pari dignità scientifica di uno studio costituzionale di *jus conditum* e di *jus condendum*, cioè come giurisprudenza positiva di quel diritto che ha un alto grado di probabilità di affermarsi in funzione della realtà dei rapporti di produzione e della composizione (tecnica e politica) di classe.

Questo il contesto in cui si agitano le nuove prospettive del costituzionalismo, che il presente contributo intende analizzare, anche in senso diacronico.

2. TRASFORMAZIONI COSTITUZIONALI E CONSERVATORISMO METODOLOGICO

Sul Giornale d'Italia del 19 luglio 1902, con il significativo titolo «*Autorità e diritto senza controllo*», vedeva la luce un articolo che, nell'analizzare un *memorandum* diretto dal comitato federale di tutte le Camere del Lavoro alle associazioni operaie, osservava «la tendenza di queste associazioni (Leghe, Sindacati, Unioni dei gruppi speciali operai) a stabilire un potere, una *sovranità*, non solo di fatto ma di diritto, e come unica fonte di ogni diritto sociale». La disamina proseguiva indicando le modalità con cui era venuta affermandosi questa nuova sovranità di classe:

> «1° Rendendo distinta ed autonoma la classe operaia, e contrapponendola come tale alle altre classi; 2° attribuendole il potere esclusivo di regolare non solo il rapporto dei propri associati tra loro e di fronte all'autorità centrale delle associazioni stesse, ma anche di fronte a tutti gli altri operai non associati; 3° formando e regolando i rapporti giuridici privati dei singoli membri, dei gruppi e di tutta la classe, di fronte ai capitalisti e ai proprietarii; 4° contrapponendo la propria autorità e funzione, come quella del solo ente sociale di sovranità autentica, a quella dello Stato; e considerando quindi quest'ultima come artificiosa sia nella misura giuridica che nella podestà politica.»

Iniziata nella seconda metà del XIX secolo, la lunga stagione di crisi del diritto pubblico, che stentatamente si andava adattando al dominio di un nuovo movimento sociale «che intanto si governa[va] con delle leggi proprie» [1] (Romano, 1969:12), era ormai giunta a coinvolgere la forma Stato entro un imponente processo di trasformazione, che aveva avviluppato la stessa teoria giuridica tradizionale, ormai indirizzata ad «un processo di graduale ed irreversibile esaurimento» (Gambino, 2002: 5-6). Con eccellente tempismo, tuttavia, la più avveduta dottrina aveva acutamente colto la profonda crisi delle strutture fondamentali che fondavano il consenso ed il potere dello Stato, nonché l'innegabile squilibrio del loro rapporto, dal quale emergeva sempre più nitidamente un dualismo di poteri caratteristico di una fase rivoluzionaria, in cui si evidenziava la tendenza delle forze in lotta «a consolidarsi come organizzazioni statuali, dotate di tutte le caratteristiche della sovranità - tranne che del suo monopolio» (Negri, 2009: 133-134): compito della dottrina costituzionale era dunque quello di «ridurre ad armonia [...] l'ordine giuridico e l'ordine politico» nuovi, come preconizzato da Vittorio Emanuele Orlando già nel 1886 (Orlando, 1940: 352).

[1] Il passo è tratto dalla famosa prolusione che Santi Romano tenne a Pisa nel 1910.

La portentosa manifestazione, nello Stato, di «una sovranità che vuol considerarsi effettivamente superiore» [2] si era palesata, con quantità e qualità prima sconosciute, mediante fattori capaci di mettere in crisi tutte «le funzioni e l'opera del Governo e la costituzione dello Stato», come la nascita e l'affermazione dei partiti di massa (prima come partiti di combattimento e in seguito come partiti popolari), la diffusione del movimento sindacale e la sua graduale partecipazione alla produzione normativa mediante la contrattazione collettiva (Gambino, 2002: 8).

Dunque, ben prima che intervenissero eventi straordinari come il primo conflitto mondiale o l'affermazione del regime fascista, il «punto di vista operaio» si era imposto quale trafila causale dello sviluppo costituzionale «sia storicamente antecedente sia logicamente più rilevante di ogni altra», ma invero questo non spinse la gran parte dei giuristi ad assumere tale angolazione come la più corretta per l'analisi dell'evoluzione storica della nuova forma di «Stato del lavoro» (Negri, 2012: 33, 45), né prima né dopo il fascismo, sebbene non mancassero i riconoscimenti del fatto che i valori supremi della dignità umana e della vita sociale affermati dalla Costituzione repubblicana fossero il prodotto di una lotta duplice: «sul fronte della resistenza *e* della guerra rivoluzionaria» [3].

Sconfitto il fascismo, e con esso l'idea che fosse effettivamente possibile una negazione ovvero una repressione dei fattori di crisi dello Stato, l'intuizione dei Costituenti fu quella di incorporarli (*aufhebung*) nel nuovo disegno costituzionale quali agenti dello sviluppo del suo programma, facendo della nuova forma di Stato costituzionale cui si diede principio nel 1948 il più originale e compiuto tentativo di dare risposta ai rilievi e ai problemi sollevati da Vittorio Emanuele Orlando prima e da Santi Romano poi.

La convergenza finalizzata a giungere ad «una ideologia comune a tutti» mediante reciproche concessioni, tra le quali il riconoscimento, da parte cattolica, che il marxismo non aspirasse «ad un materialismo volgare ma [...] raffinato» [4], senz'altro contribuì alla successiva affermazione dello schema dialettico *struttura-sovrastruttura* come agibile ed adeguato sul piano del diritto (Negri, 2012: 23)

---

[2] Il passo è sempre tratto dal citato articolo del Giornale d'Italia, riportato in *La Civiltà Cattolica*, Serie XVIII, vol. VII, Roma, 1902, pp. 540-543.

[3] Esattamente in questi termini si esprimeva Aldo Moro all'Assemblea Costituente: «non possiamo dimenticare quello che è stato, perché questa Costituzione oggi emerge da quella resistenza, da quella lotta, da quelle negazioni, per le quali ci siamo trovati sul fronte della resistenza e della guerra rivoluzionaria ed ora ci troviamo insieme per questo impegno di affermazione dei valori supremi della dignità umana e della vita sociale», in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati - Segreteria generale, VIIII, 1971.

[4] Così Dossetti, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., p. 15.

ed all'individuazione di una «connessione tra classe e costituzione» nella «priorità delle strutture economico-sociali rispetto a quelle politiche»[5] (Mortati, 1962: 163, nt. 66), per cui se, per la funzione che gli è propria, il diritto è impossibilitato ad «andar oltre la realtà dei rapporti di produzione», allora il suo sviluppo non può che seguire «le trasformazioni nella composizione di classe». Conseguentemente, la lotta di classe operaia, agendo su tale composizione, in via mediata determina anche il dinamismo del diritto (Negri, 2012: 33), finendo per configurarsi, essa stessa, come «una lotta per il diritto»[6].

La riduzione ad armonia dell'ordine giuridico all'ordine politico, auspicata da Orlando, cioè la ricomposizione della scissione tra il principio di diritto filosofico, che tende all' «ideale di perfezione dell'ordinamento giuridico», e il principio di diritto storico, che guarda all' «insieme di norme che in una determinata epoca sono in vigore», trova compimento in un ordinamento repubblicano concepito come ordinamento giuridico *concreto*, che dunque postula un orientamento politico[7] in cui la sintesi dialettica tra i suddetti principi è trovata nell'individuazione concreta, sul piano storico-materiale, non solamente dell'insieme delle norme giuridiche vigenti, ma anche di tutte quelle altre norme «che danno particolare fisionomia nonché allo Stato, alla società stessa» (Bussi, 2002: 74-75).

3. LA COSTITUZIONE PRESA SUL SERIO

La disposizione che apre la nostra Carta, che potrebbe sembrare un' «affermazione tanto pesantemente ideologica» (Negri, 2012: 46-48), è, in verità, una dichiarazione di principio dal pieno valore giuridico (come notò Mortati)[8], che non afferma, bensì riconosce la primazia logico-temporale del lavoro

[5] Chessa (2017: 18) afferma che Mortati mostra di intendere il concetto di «classe» in modo non dissimile da quello marxiano di «struttura economico-sociale».

[6] Come aveva affermato Hermann Heller alcuni decenni prima, guardando agli eventi di Weimar.

[7] Secondo il noto raggruppamento *Ordnung - Ortung* elaborato da Schmitt (2011).

[8] In seno all'Assemblea Costituente, vi fu una accesa discussione sulla collocazione dei principi costituzionali come il principio di primazia lavorista, che si voleva confinato in un preambolo, anziché al centro dei due inscindibili commi dell'articolo 1 (Quaglioni, 2010). Infatti, in alcuni Costituenti era presente un sentimento che tendeva ad abbassare, come faceva il Calamandrei, i principi costituzionali a dichiarazioni politiche, che dunque avrebbero trovato migliore collocazione al di fuori delle disposizioni. Per questo, nella seduta del 23 aprile 1947, Vittorio Emanuele Orlando presentò un ordine del giorno indirizzato a spostare alcune norme di principio nel preambolo, sulla base del presupposto che esse «mancano di un effettivo contenuto normativo [...] e invadono campi riservati alla competenza legislativa ed attualmente regolati dai Codici, cioè da leggi costituenti un sistema» (cfr. Atti dell'Assemblea Costituente, vol. II, Seduta del 23 aprile 1947, 1157). L'ordine del giorno coglieva il suddetto sentimento, ma vide una strenua opposizione di Mortati, il quale, nella medesima seduta, lui replicò riaffermando il valore giuridico delle dichiarazioni di principio (Ib., 1165 ss). Sul punto, Barbera (2007).

quale «elemento fondamentale dell'ideologia politica informatrice dell'intero assetto statale», che è principio «costitutivo del tipo di regime» della comunità statuale (Mortati, 1954: 163) e «pertanto dei fini e dei compiti istituzionali della persona statale» (Crisafulli, 1951: 163). La collocazione nel comma che precede l'attestazione popolare della sovranità contenuta nell'art.1 (il quale non è un astratto riferimento ai caratteri dell'ordinamento giuridico statale, v. Crisafulli, 1985) [9] contribuisce a definire concretamente la forma di governo e del rapporto fondamentale Stato-società nella Repubblica, perché individua il «vettore» (Galli, 2004; Fioravanti, 2009: 17) che indirizza, secondo le forme e i limiti della Costituzione espressi dalle norme programmatiche [10], l'esercizio popolare della sovranità nel «processo genetico di un nuovo ordinamento giuridico» (Romano, 1947: 225) in cui l'*Ordnung* tende a riallinearsi all'*Ortung* (Schmitt, 1991).

Questa forma di *Stato costituzionale del lavoro*, in cui i fattori di instabilità statuale diventano programmaticamente fattori di impulso del suo sviluppo *secundum constitutionem* [11], è altro dallo Stato del lavoro inteso come Stato sociale in cui vige la regolamentazione del lavoro e dei beni economici (il *sozialer Rechtstaat* helleriano), perché nella forma costituzionale repubblicana di Stato sociale [12] si è effettivamente compiuto un *aufheben* del pensiero socialista per il tramite di «alcuni, fondamentali principi ideologici del socialismo [che] sono penetrati e vigono nella Costituzione» (Negri, 2012: 46-48) e che consentono al diritto *in fieri* (*jus nasciturum*) di affermarsi contro il diritto vigente (*jus natum*) (Mitteis, 1947: 124) all'interno dello stesso Stato di diritto (e anche contro di esso quando l'ideologia giuridica tende ad abbassarlo a sinonimo di «stato liberale», v. D'Albergo, 2004: 342), dando vita ad uno «Stato che si rivoluziona continuamente, che cerca una fondazione articolata sulle

Sul piano del diritto comparato, è possibile cogliere l'enorme differenza qualitativa che sussiste, ad esempio, con il preambolo della Costituzione portoghese che solennemente afferma che il movimento delle forze armate, facendo cadere il regime fascista il 25 aprile 1974, ha dato la possibilità ai legittimi rappresentanti del popolo di riunirsi per «elaborare una Costituzione [...] che intraprenda la strada verso una società socialista, nel rispetto della volontà del popolo, perseguendo l'obiettivo di costruire un paese più libero, più giusto e più ispirato alla fratellanza». Alla grande forza evocativa di un'affermazione ideologica ancor più definita di quella di cui all'inciso dell'art.1 della nostra Carta, si oppone la sua pressoché nulla precettività, in virtù della collocazione al di fuori delle disposizioni costituzionali.

[9] Contributo del 1954, ma «ancora attuale ed efficace», secondo la condivisibile opinione di Frosini (2006:98).

[10] Secondo la lettura che Negri (2012:406) dà del pensiero di Romagnoli (1973: 1289), per quest'ultimo «la Costituzione prefigurerebbe un modello di società democratico-socialista, comunque anticapitalistico e fisserebbe un criterio ordinante dentro ed oltre la sua propria realizzazione».

[11] Già in altro luogo ho scritto che può risultare difficile accettare un'idea che «rappresenta esattamente il contrario dei principi introiettati in secoli di vigenza del modello westfaliano su cui si fondava l'egemonia dello stato moderno» (Tedde, 2018:7).

[12] Da intendersi come una vera e propria *forma di stato*.

infinite movenze della vita sociale, che sembra persino promuovere il processo del proprio deperimento» (Negri, 2012: 115). Conseguentemente, risulta superata (*aufheben*) anche la scissione secolare tra il significato di Stato [13] come «immobilità, stabilità e mantenimento dello *status quo*» e quello di «sedizione, rivolta e infine rivolgimento politico» (Agamben, 2015).

A differenza della formula classica dello Stato sociale (sviluppatasi in Germania e poi estesa in tutta Europa), la soluzione alle rivendicazioni politiche della classe operaia non è la loro obliterazione in cambio della crescita del potere economico della forza-lavoro (Bologna, 1975: 28) anche a costo del ricorso all'aumento della spesa sociale in deficit, piuttosto è la messa in discussione (anche politica) del rapporto salari-profitti [14] non esclusivamente sul piano della redistribuzione del reddito prodotto, ma soprattutto su quello della capacità di generare quel reddito (la posta in gioco nell'attuazione della politica costituzionale non attiene alla sola socializzazione dei risultati, ma anche a quella dei mezzi della produzione, v. Romagnoli, 1973: 1289).

A questa configurazione costituzionale e istituzionale si giunse per una processuale opera di adeguamento della costituzione formale alla costituzione materiale, della cui natura si accorse per primo Santi Romano negli anni 1944-45. Egli, pur senza rinunciare alla «scelta ideologica per il principio di conservazione dell'ordinamento vigente [...] contrapponendo il concetto di rivoluzione come «ordinamento giuridico» con il carattere «essenzialmente politico» attribuito alla coalizione dei partiti «che si è stabilita nella rivoluzione che mentre scrivo si è stabilita in Italia», notò che «l'organizzazione rivoluzionaria si appoggia ad alcune delle istituzioni dello stato che volenti o nolenti hanno aderito al movimento rivoluzionario e continuano a funzionare», e «in tali casi l'organizzazione rivoluzionaria viene a confondersi, almeno in parte,

[13] Infatti, come nota Agamben (2015), «la radice «-sta» del verbo greco histemi da cui deriva l'antico termine stasis» rende lo Stato «portatore di un doppio e opposto significato».

[14] Sul punto è estremamente chiaro il seguente passaggio di Negri (2009: 136-137): «Con lo sviluppo dell'integrazione industriale delle società a capitalismo maturo va tenuto presente un significativo mutamento dell'orizzonte entro cui il problema della rivoluzione è considerato dal punto di vista delle forze controrivoluzionarie, in particolare dal punto di vista capitalistico. Queste società, infatti, da un lato presentano un altissimo livello di integrazione organizzativa, dall'altro – per la stessa ragione – una altissima fragilità all'urto delle forze sociali contestative. In questo quadro, allo scopo di bloccare e recuperare l'eventualità di movimenti contestativi di grande dimensione, l'integrazione viene organizzata "nello sviluppo", nel tentativo di recuperare, a livelli sempre più alti e in sempre nuovi equilibri, le forze in gioco. Lo sviluppo del processo rivoluzionario tende perciò in queste situazioni ad essere bloccato in forma dinamica, e comunque tende ad essere evitato l'accumulo di contraddizioni diverse e con ciò la formazione di blocchi di forze rivoluzionarie. Questo processo viene teorizzato da parte capitalistica come "revolution by consent" e la sua prima esemplificazione suol vedersi nel New Deal americano degli anni Trenta. Da allora, e soprattutto nelle strutture democratico-costituzionali del secondo dopoguerra, il modello è stato sovente ripetuto».

con quella stessa dello Stato, assumendo la figura d'un governo provvisorio di esso, «che potrà essere legittimato dal nuovo ordinamento costituzionale che gli succederà stabilmente» (Romano, 1947: 225; cfr. D'Albergo, 2004: 170-174). Quindi proseguiva affermando che «la rivoluzione è un «movimento organizzato», una «organizzazione statale in embrione», che avendo una «organizzazione unitaria» che in modo «provvisorio» e con una stabilità «transitoria», si presenta «ordinato e regolato dal suo proprio diritto». Sicché si può parlare di un «diritto della rivoluzione» che – se del caso – rivela che la rivoluzione è «violenza giuridicamente organizzata» (Romano, 1947: 225; cfr. D'Albergo, 2004: 170-171).

Furono dunque decisivi gli «elementi ordinamentali, concretamente attuativi dei principi di libertà sociale e politica nelle forme di un pluralismo organizzato di partiti e movimenti a essi collegati. Principi ordinamentali fatti valere come espressione di un governo «di fatto», dal punto di vista della legittimazione del passaggio dallo stato costituzionale retto dallo Statuto albertino a un nuovo tipo di stato imperniato su forme organizzative insistenti sul territorio, e volte già a predisporre istituti di controllo democratico nelle amministrazioni locali «liberate» e negli stessi apparati produttivi delle grandi imprese, in antagonismo non solo con lo stato ereditato dal secolo XIX ma anche con il nuovo embrionale stato (la Repubblica di Salò) installatosi sulle rovine del regime fascista, in un tentativo estremo di riqualificarne in termini più «sociali» l'eredità corporativistica» (D'Albergo, 2004: 170-174).

Nel «compiersi di fatti di tipo rivoluzionario comportanti la prefigurazione di quel potere costituente poi «formalizzato» dall'Assemblea costituente del 1946» (D'Albergo, 2004: 170-174), emerge la posizione dottrinale di S. Romano, che «si pone agli antipodi – nell'ambito della stessa cultura giuridica borghese – della teoria normativa, fa da controcanto alla notazione di Gramsci sulla connessione tra i concetti di rivoluzionario e di internazionalista, e i concetti di stato e di classe. Dal che si può inferire come il potere costituente esprima la capacità egemonica di quelle forze che storicamente sviluppino non solo l'egemonia etico-politica, ma «anche economica» per affermare la funzione determinante che il gruppo dirigente esercita nel «nucleo decisivo dell'attività economica» (D'Albergo, 2004: 170-171) [15].

[15] Questo ha un evidente rilevanza sul piano dell'evoluzione del processo rivoluzionario come «processo genetico di un nuovo ordinamento giuridico», in quanto «lo scontro avviene dunque attorno al problema del *monopolio del potere*, ma un *dualismo di poteri*, o qualsiasi altra forma di pluralità antagonistica, può vivere a lungo. All'interno di questo dualismo viene prefigurandosi la nuova forma di Stato (Trotzkij). Ed è importante considerare le cose da questo punto di vista, se si vuole intendere una delle più specifiche caratteristiche che i processi rivoluzionari mostrano agli occhi dello storico: l'*imprevedibilità* iniziale della forma statuale che determinano. Vale a dire che ideologie e utopie possono pesantemente

4. PROSPETTIVE DEL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Durante il settantennio repubblicano, la scienza giuridica ha ricondotto la «polemica contro il presente» cui è funzionalizzato lo sviluppo dell'ordinamento (Calamandrei, 1960) nel novero delle presunte «anomalie» contenute nella Carta. Molto si è indugiato su quali interventi di «ingegneria istituzionale» potessero ricondurre nell'alveo del costituzionalismo continentale le «norme assiologicamente orientate e superiori in grado della costituzione», mentre ben poco si è fatto per sostenerne le ragioni e le idee (Azzariti, 2015: 2) [16], cioè per formare «una cultura politica adeguata» (Zagrebelsky, 2018: 90) alla nuova «funzione orientativa della costituzione rispetto ai processi evolutivi del sistema sociale» (Rimoli, 2018).

Pur in presenza dei richiami provenienti da autorevoli esponenti di scuole differenti per metodo e per *milieu* culturale, la scienza giuridica non ha approfondito con sufficiente determinazione lo studio del descritto *frame* costituzionale, in cui il «fenomeno di creatività reale del diritto e dello stato» procede «dalle motivazioni sociali di mutamenti che sono al tempo stesso di tipo strutturale e sovrastrutturale» (D'Albergo, 2004). In breve, la «dottrina giuridica non si è mai impegnata veramente a fondo per individuare le specificità del concetto costituzionale di sovranità popolare» (Frosini, 2006: 97-98), che «prima di essere un principio ideologico affermato nel testo costituzionale, è la fonte dello stesso testo costituzionale e dell'intero ordinamento della Repubblica» (Crisafulli, 1985).

La costituzione è piuttosto diventata la «gabbia» entro cui deve rimanere chiusa la sovranità popolare al fine di impedire qualsiasi emersione del potere costituente, ridotto a «pura espressione di forza [...] che prospera prima dell'inizio del diritto» (Bin, 2013), secondo la tradizione divenuta dominante dopo la rivoluzione francese [17], da cui ha avuto origine il processo di formazione del diritto pubblico positivo contemporaneo (Lobrano, 1996: 15).

La dogmatica tradizionale, che già dopo la svolta autoritaria degli anni '20 aveva evidenziato «un chiaro ancoraggio teorico a nozioni divenute

influire sui gruppi che spingono all'apertura del processo rivoluzionario o si impossessano dello sviluppo attraverso le organizzazioni del nuovo potere: difficilmente tali ideologie od utopie caratterizzeranno però la conclusione del processo; solo la concretezza della lotta rivoluzionaria è realtà prefigurante, la novità del risultato può cogliersi solo dentro il processo rivoluzionario» (Negri, 2009: 136-137).

[16] L'esempio più noto è nella vicenda inerente il valore delle norme programmatiche, a cui i Costituenti avevano delegato il ruolo di strumento per l'adeguamento sul piano formale di quanto fosse emerso successivamente sul piano materiale della costituzione, nel «libero gioco delle forze politiche» espressive del blocco storico (Zagrebelsky, 2018:90).

[17] Nel dibattito costituzionale *de iure condendo* condotto in Francia dall'*Assemblée nationale constituante* nel biennio 1789-1791 (Lobrano, 1996: 38).

ormai vetuste con il tempo» (Gambino, 2002: 6) [18], permane ancora oggi a fondamento delle concezioni sulla creazione dell'ordinamento, che continua a venire imputata «all'azione di un gruppo costituente – inteso come gruppo che inventa la nuova forma di legittimità costituzionale» [19] (Negri, 2009:134), piuttosto che essere intesa come processo permanente di creatività giuridica, in ossequio alle radici latino-roussoviane del costituzionalismo democratico, che, percependo la continuità e contiguità tra fatto rivoluzionario e potere costituente (D'Albergo, 2004), fin da subito tentò di rendere diritto positivo lo slogan della fase più acuta della rivoluzione francese, cioè la titolarità e l'esercizio popolari della sovranità, introducendo un diritto permanente del *popolo a rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione* [20].

Infatti, non esiste rivoluzione vera che non sia una *Revolution in Permanenz* (Pölitz, 1831-1833:130) e solo la presunzione o l'ingenuità può far ritenere che il cambiamento radicale della *costituzione* del paese possa essere sufficiente a mandare ad effetto la rivoluzione, senza che segua un'altrettanto radicale modifica dell'*amministrazione* (Bussi, 2002:85-86), finalizzata a completare «un edificio completamente nuovo della vita dello Stato, una distruzione di quanto ha fondamento storico ed è esistente nella realtà, affinché, ove sia possibile, l'ideale della ragione, cioè della universale signoria della *Rechtsidee* venga portato ad effetto in ogni singolo settore dello Stato» (Bussi, 2002:96).

Ma questo concetto di rivoluzione permanente, agli occhi della cultura giuridica prevalente, appare oggi «estremamente pericoloso» (Bin, 2013) come, all'epoca del Termidoro, lo era per la nuova aristocrazia elettiva, che, agendo sul fondamento giuridico della limitazione del potere sovrano del popolo-nazione, riuscì a realizzare il disegno aristocratico feudale di «liberarsi con un solo colpo e del monarca e del popolo» (Lobrano, 1996: 263-266) [21].

---

[18] Il riferimento è, ad esempio, alla teoria degli elementi costitutivi – popolo, sovranità e territorio – visti come «strettamente connessi, anzi dipendenti, dal solo unico, grande concetto di Stato» (Frosini, 2006:98). Essa, pur sottoposta ad una critica generale e oggi ritenuta largamente superata (per tutti, v. Paladin, 1998: 9), è ancora presente nella manualistica tradizionale e di recente si è affacciata nel dibattito pubblico riguardante il rapporto, obiettivamente difficile, tra l'Unione Europea e i singoli stati che ne fanno parte.

[19] È la tesi delle teorie *giuridico-normativo-elitarie*.

[20] Art.28 della Costituzione giacobina del 1793.

[21] La difficoltà fu evidente anche in sede di Assemblea Costituente, dove lo stesso Vittorio Emanuele Orlando, ormai arresosi alla desuetudine della definizione della sovranità come «potestà dello Stato» data a suo tempo nei *Principii di diritto costituzionale*, pur non mancava di affermare che «poiché riconosciamo tutti la sovranità popolare come origine suprema di tutti i poteri, si avverte una contraddizione in termini quando si parla di limiti», in quanto «noi abbiamo il tipo latino di Costituente, il tipo che discende dal contratto sociale, dalla sovranità del popolo nel senso del radicalismo classico», cioè, per Orlando, dell'assolutismo giuridico (Orlando, 2002: 674-675).

Oggi come allora, assolutizzando le vicende storiche e associando il concetto di rivoluzione con quello di rivolta cruenta e di *furia popolare*, il Terrore è visto come esito obbligato dell'esercizio popolare della sovranità [22], sebbene sia stata proprio la Storia a dimostrare che, non solo «gli ideali rivoluzionari erano già raggiunti prima del Terrore», ma che quest'ultimo non salvò la Rivoluzione, né la Francia dall'invasione (Bussi, 2002: 82-83).

Quando la teoria normativistica del diritto, cui oggi universalmente ci si richiama, evidenzia nell'esercizio popolare della sovranità il rischio concreto di una deriva politica plebiscitaria [23], essa trova i suoi argomenti in una scienza giuridica autoritaria che ha fondato i termini della scissione concettuale tra «rivoluzione» e «costituzione», riconfigurando quest'ultima nelle forme di un contratto fondamentale tra governo e popolo, uno *Staatsgrundvertrag* atto a limitare la prima im funzione di «un progressivo ingresso del meglio nella vita dello Stato, preparato poco a poco da precedenti situazioni di transizione» (Bussi, 2002:93, 97). Questo modello costituzionale, definito dal Pölitz «sistema delle riforme» (1831-1833: 131), si fonda sulla costruzione dottrinaria di Sieyès, mediante la quale egli riuscì a piegare alle esigenze borghesi del Terzo stato la nozione latino-rousseauiana di *lex*, dando luogo ad un un modello «autoritario e fondato su di una tradizione germanica e hobbesiana» (Lobrano, 1996: 263), in cui la sovranità coincide con il «potere di comando» (Frosini, 2006: 137), del quale il popolo si spossesserebbe volontariamente, ma del tutto illogicamente, delegando il potere ordinario e costituito di fare le leggi ad incensurabili ed inamovibili [24] rappresentanti della *généralité des citoyens* (Lobrano, 1996:263-266) [25].

Infatti, mentre nel modello costituzionale romanistico di età repubblicana, la *lex* è definita come lo *iussum populi* e il potere è distinto in «*p. sovrano»,* necessariamente del popolo, e «*p. di governo*», lasciato preferibilmente ai suoi rappresentanti, nel modello affermato da Sieyès essa è piuttosto simile ad una

---

[22] Il Bussi (2002: 85-86) ritiene che invece fu proprio la permanenza di «metodi ed indirizzi antichi» a condannare la Rivoluzione francese all'epilogo del Terrore.

[23] Sebbene, ricorda Frosini (2006: 135), la carica politica plebiscitaria della sovranità popolare sia un dato del tutto presuntivo.

[24] In virtù dell'assenza del mandato imperativo.

[25] Eppure non mancherebbero ricostruzioni storiche scientificamente fondate della complessità del dibattito intorno a questioni fondamentali come la titolarità della sovranità, il suo esercizio ed il rapporto tra costituzione, ordine e rivoluzione, anche in periodi di molto precedenti la vicenda rivoluzionaria francese. Tra tutti, risalta l'opera di d'Avack (2000), il quale ha ricostruito, in molti anni di ricerche, la grande controversia sulla sovranità legale che ha avuto inizio durante il regno tudoriano in Inghilterra. Il lavoro ripercorre alcuni temi fondamentali dello sviluppo della coscienza costituzionale, a partire dai temi dell'obbedienza e della disobbedienza civili e dell'ordine e della rivoluzione, i cui prodromi si ritrovano già nel tardo Medioevo.

lex de imperio e alla suddetta distinzione romana è sovrapposta quella di origine inglese tra potere *costituente* della nazione e poteri *costituiti* attribuiti necessariamente ai rappresentanti. In questa configurazione, che poi è prevalsa nei secoli seguenti, il potere supremo *promana* dal popolo e si trasferisce tutto, non più all'antico re/imperatore, ma alla nuova aristocrazia elettiva (Lobrano, 1996: 263-266).

Nell'accezione riduzionistica che oggi è propria del normativismo, la rivoluzione è «il prevalere della «effettività» sulla «legittimità» ed è completamente scissa «dal rapporto «reale e determinante» con il potere costituente, che è stato ridimensionato a referente del procedimento ordinario di revisione costituzionale «come fonte che regola la propria produzione sul presupposto di una norma fondamentale astrattamente posta al sommo dell'ordinamento normativo» (D'Albergo, 2004: 169). Ma l'incardinamento forzoso di un modello di *Staatsgrundvertrag* su di un ordinamento fondato sulla dottrina della sovranità popolare (e dunque appartenente al diverso e distante «sistema della rivoluzione», secondo le distinzioni del Pölitz, 1831-1833:131) non può non produrre forti squilibri, perché, se da un lato si è cercato di impedire che il «mantenimento dell'impulso rivoluzionario contro le sopravvivenze storiche [potesse], con uno sforzo continuato, [..] mandare ad effetto il grande scopo della Rivoluzione: la edificazione di una nuova vita statale e sociale» (Bussi, 2002:97), dall'altro è impossibile ridurre il complesso processo rivoluzionario alla mera fase ablativa «di rottura e distruzione della globalità degli assetti di potere dati», perché, come detto, l'esigenza di trasformazione da cui esso ha origine tocca entrambi i momenti del consenso e del potere e travolge «ogni limite di materiale regolabilità del processo, sposta[ndo] l'intero oggetto dello scontro su terreni sempre più avanzati» (Negri, 2009: 133).

Pertanto, salvo non voler operare *contra constitutionem* ovvero negando che sia effettivamente dovuto il rispetto da parte del legislatore delle norme programmatiche mediante le quali si compie la funzione promozionale della costituzione (Bobbio, 1969: 1323) e nelle quali è riposta la garanzia del «completo rinnovamento di tutta la interna vita dello Stato e della società [mediante] il proseguito impulso di tutte le forze eccitate dalla rivoluzione e mantenute nella loro tensione» [26] (Bussi, 2002: 97), è senz'altro necessario che il processo *nomogenetico*, ormai iniziato, prosegua nella fase di «riconfigurazione dello Stato attraverso un nuovo potere» (Negri, 2009:133) [27].

[26] Secondo il principio dell'impulso - *Grundsatz der Bewegung* – o, più precisamente, del movimento rivoluzionario – *das Prinzip der revolutionarischen Bewegung* (PÖLITZ, 1831-1833: 130).

[27] Infatti, tanto nel caso classico della *rivoluzione borghese* – quella *francese* – quanto sia nel caso classico della *rivoluzione proletaria* – quella *russa*, «è l'esistenza di una crisi generale della struttura del

Anzi, è proprio nel pieno riconoscimento che è la Costituzione stessa che, avendo posto la sovranità popolare a fonte dell'ordinamento, ha inserito la nostra Repubblica entro un *frame* rivoluzionario quale ordinamento a «transizione estrema» (Rimoli, 2018; Bussi, 2002:72), e che, per fare questo, evidentemente il significato del termine «rivoluzione» che essa postula è più ampio e più profondo di quello volgare di «una improvvisa trasformazione, un rinnovamento radicale, *una rottura della continuità*» (Bussi, 2002:79), è possibile valorizzare il ruolo affidato al partito dall'art.49, come strumento atto a consentire ai cittadini di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale, cioè a determinare, in modo tutt'altro che anarchico e informale (Negri, 2009: 133), quel processo nomogenetico nella continuità storica del Paese (Crisafulli, 1985: 333), come «manifestazione imponente della evoluzione stessa sul continuo cammino verso il perfezionamento» (Bussi, 2002: 80).

5. CONCLUSIONI

Il presente contributo ha provato, nella sua brevità, a delineare alcune prospettive di sviluppo del costituzionalismo contemporaneo; ha provato, cioè, a contribuire a rispondere alla più rivoluzionaria delle domande («che fare?»), mentre ci troviamo nel pieno di una formidabile crisi di valori, nella quale «il mondo chiede ai giuristi piuttosto nuove idee che sottili interpretazioni», sicché siamo per forza tenuti a «riprendere e riesaminare i concetti fondamentali» (Ascarelli, 1952: 329).

Le valutazioni fatte non saranno esenti da critiche ad ampio raggio da quanti nell'arco storico che ci ha portato a celebrare i settant'anni della Costituzione repubblicana abbiano sostenuto l'incompatibilità dei termini «costituzione» e «rivoluzione», tanto in virtù della primazia dell'una (tra i quali è d'obbligo ricordare i teorici del normativismo giuridico) quanto della primazia dell'altra. Entrambe le visioni presuppongono che, almeno dagli anni '70 del Novecento, possa ritenersi conclusa la vicenda della Costituzione (sebbene i primi giungano a tale esito argomentando sulla base di un presunto raggiungimento dell'attuazione dei cardini del disegno costituzionale [28], mentre i secon-

rapporto fra potere e consenso, e delle classi organizzate in questi indici del rapporto, che permette non tanto l'esplosione del processo rivoluzionario quanto la continuità del suo sviluppo, l'approfondirsi continuo delle contraddizioni, la sempre più alta consapevolezza che solo una soluzione radicale può risolvere la situazione» (Negri, 2009:133).

[28] «Alla fine della quinta legislatura (1972), l'attuazione del disegno costituzionale, nonostante esistano taluni punti aperti, può dirsi, nel suo complesso e nei suoi tratti salienti, ormai realizzato»: così Cheli (1973: 523).

di sulla base di una sopravvenuta incapacità della Carta a svolgere la funzione mediatrice del dualismo di poteri nella lotta fra le classi, v. Negri, 2012: 406). Nei confronti di entrambe, non si può non opporre almeno l'esercizio del dubbio alimentato da Costantino Mortati, che, negli stessi anni, di fronte a quella che sembrava la fine della capacità degli «ideali di rinnovamento che avevano alimentato le lotte della resistenza» di «mantenere la loro incandescente tensione e con essa l'unità delle forze che le si erano raccolte intorno» – così condannando «la forza di rottura, potenzialmente contenuta nel testo costituzionale» a non trovare «energie sufficienti a metterla in opera» –, ad ogni modo concludeva affermando la possibilità che «l'energia propulsiva latente nei «principi fondamentali» offra ancora il terreno propizio alla ricostruzione dell'unità delle forze di rinnovamento» (Mortati, 1975: 93-95).

Vi sarà senz'altro chi veda in questa impostazione il tentativo di riabilitare in campo scientifico quella «grande illusione» che il marxismo giuridico è stato per taluno (Nivarra, 2015). Eppure oggi la Storia pare essersi rimessa in moto [29]. Sicché, lungi dal rappresentare una forte limitazione della «'prerogativa' popolare» (Miglio, 1988: 881), l'indicazione di un vettore di orientamento politico dell'esercizio costituzionale della sovranità si manifesta, come l'unica formula per un possibile inveramento del significato politico del verbo «*appartiene*» su cui tanto si spesero i Costituenti, riuscendo a collegare le aspirazioni sovrane del popolo ad un principio di realismo storico che funga da limite tanto contro possibili tendenze involutive (inciso dell'art.1, II comma) quanto contro visioni utopiche che pretermettano la consapevolezza che una modifica giuridico-formale dei rapporti sociali espressi dal diritto può solo seguire ad una modifica storico-materiale dei rapporti di potere.

Nella prospettiva di prendere sul serio il concetto costituzionale di sovranità popolare, si appalesa come inevitabile la caducazione di quel conservatorismo metodologico che finora non ha ritenuto di riconoscere una pari dignità scientifica dello studio costituzionale di *jus conditum* e di *jus condendum*, confinando quest'ultimo nella sociologia del diritto ovvero nella politologia [30], e di procedere ad una riqualificazione della scienza giuridica nei confronti del costituzionalismo democratico sulla base di una rinnovata attenzione verso i modi e le forme con cui la lotta di classe induce i processi di adeguamento

[29] È la recente acquisizione di Fukuyama (2018).

[30] L'affermazione del diritto come sovrastruttura totalmente dipendente dalla base dei rapporti di produzione e delle forze produttive, sebbene con conseguenze a livello strutturale (Cain, 1979:153; cfr. Mazzaferro, 2014:2), è stata ritenuta da molti come il «cavallo di Troia» mediante il quale l'analisi marxiana avrebbe determinato l'introiezione della dottrina marxista (si vedano le precisazione di Mortati, 1962: 163, nt. 66). Giustamente D'Albergo (2004) riteneva che simili atteggiamenti avessero contribuito a trasformare la scienza giuridica in una ideologia.

della costituzione giuridica formale a quanto già vigente sul piano della costituzione politica materiale (Mortati, 1940) come espressione del blocco storico delle forze dominanti.

Tale studio non può essere condotto esclusivamente a valle di tali processi, come scienza del diritto delle forze produttive, perché la velocità con cui si sviluppano queste ultime è tale da rendere necessaria l'anticipazione dello studio di *quale* diritto «ha un alto grado di probabilità di affermarsi» (Lombardi Vallauri, 1981: 183) in funzione della realtà dei rapporti di produzione e della composizione (tecnica e politica) di classe, aprendo la scienza costituzionalistica ad una riconfigurazione [31] anche come scienza delle forze produttive del diritto, nel senso già auspicato dalla più avveduta dottrina giuspubblicistica franco-tedesca a cavallo tra il XIX e il XX secolo (von Stein, 1876: VII), quando, a seguito dei moti del 1830, del 1848 e del 1870-71, era venuta a palesarsi l'inadeguatezza di una scienza giuridica della stabilità e della conservazione dell'ordine, della cui crisi si sono occupate grandi e autorevoli menti del diritto italiano, come i citati Orlando e Romano, e contro la quale ebbe a scontrarsi più tardi Costantino Mortati (Zagrebelsky, 1989).

Scrisse, un giorno, il più grande filosofo della prassi italiano: «l'illusione è la gramigna più tenace della coscienza collettiva; la storia insegna, ma non ha scolari».

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AGAMBEN, G. (2015), *Stasis. La guerra civile come paradigma politico: Homo sacer*, II, 2, Bollati Boringhieri, Torino.

ASCARELLI, T. (1952), «Crisi della società anonima. Recensione a De Castro y Bravo, F., Crisi de la sociedad anonima?», *Revista de estudios politicos*, XXIX, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano.

AZZARITI, G. (2015), «Ricominciare dai fondamenti», *Costituzionalismo.it*, 1.

BARBERA, A. (2007), *Una e indivisibile*, Giuffré, Milano.

[31] È ovvio che esistano elementi analitici tradizionali da salvaguardare, tra i quali la desacralizzazione del testo costituzionale, la sua imprescindibilità come atto fondativo di qualsiasi ordine che si voglia progressivo, il suo ancoraggio materiale ai rapporti di produzione e di forza come riferimento per ogni processo costituente che non voglia risolversi nella mera promulgazione di una Carta fondamentale. Piuttosto è inaccettabile l'azzeramento del connotato politico della Carta con annessa obliterazione di quel nucleo di «nemici pubblici» (CARLASSARE, 2006) necessari a preservarne l'orientamento polemico nei confronti delle basi materiali dello *status quo* e a non rendere lo sviluppo costituzionale, anziché un processo soggetto alle leggi di sviluppo della storia, un'ideologia meccanicistica dell'alternanza tra sempre più brevi fasi costituenti e sempre più lunghe fasi di potere costituito, fino a che il semplice susseguirsi non porti all'esaurimento delle prime.

BIN, R. (2013), «La sovranità nazionale e la sua erosione», in PUGIOTTO, A., *Per una consapevole cultura costituzionale, Lezioni magistrali*, Jovene, Napoli.
BOBBIO, N. (1969), «Sulla funzione promozionale del diritto», Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.
BOLOGNA, S. (1975), *Operai e stato: lotte operaie e riforma dello stato capitalistico tra rivoluzione d'Ottobre e New Deal*, Feltrinelli, Milano.
BUSSI, E. (2002), *Evoluzione storica dei tipi di Stato,* Giuffré, Milano.
CAIN, M.; HUNT, A. (1979), *Marx and Engels on Law*, Academic Press, London.
CALAMANDREI, P. (1960), *Introduzione storica sulla Costituzione*, Commentario sistematico alla costituzione italiana, I. Barbera, Firenze.
CARLASSARE, L. (2006), «Sovranità popolare e Stato di diritto», in LABRIOLA, S., *Valori e principi del regime repubblicano*, 1. I, Sovranità e democrazia, Laterza, Roma-Bari.
— (2012), *Nel segno della Costituzione,* Feltrinelli, Roma.
CHELI, E. (1973), «Il problema storico della Costituente», *Politica del diritto*, 4-5.
CHESSA, O. (2017), «Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale», *Rivista AIC*, 3.
CRISAFULLI, V. (1951), «Appunti preliminari sul diritto del lavoro nella Costituzione», *Rivista giuridica del lavoro*.
— (1985), *La sovranità popolare nella Costituzione italiana, (Note preliminari) (1954)*, Stato popolo governo: Illusioni e delusioni costituzionali, Giuffré, Milano.
D'ALBERGO, S. (2004), *Diritto e stato tra scienza giuridica e marxismo*, Sandro Teti, Roma.
D'AVACK, L. (2000), *Costituzione e rivoluzione: la controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del «600*, Giuffrè, Milano.
FERRARA, G. (2006), «La sovranità popolare e le sue forme», in Labriola, S., *Valori e principi del regime repubblicano: 1. I. Sovranità e democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
FROSINI, T. E. (2006), *Forme di governo e partecipazione popolare*, Giappichelli, Torino.
FUKUYAMA, F. (2018), *Trent'anni dopo. Ritorno su «La fine della storia»*, Vita e Pensiero.
GALLI, C. (2004), «Introduzione», in Jünger, E; Schmitt, C., *Il nodo di Gordio. Dialogo su Oriente e Occidente nella storia del mondo*, Il Mulino, Bologna.
GAMBINO, S. (2002), *Stato sociale e Stato socialista in Costantino Mortati*, Marco, Cosenza.
LOMBARDI VALLAURI, L. (1981), *Corso di Filosofia del diritto*, Cedam, Padova.
MAZZAFERRO, W. (2014), «Il diritto nella concezione materialistica della storia», *Diacronie*, 20, IV.
MIGLIO, G. (1988), *La sovranità popolare negata, Le regolarità della politica: Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, Giuffré, Milano.
MORTATI, C. (1954), «Il lavoro nella Costituzione», *Il diritto del lavoro*, 149-212.

— (1962), *Costituzione dello Stato: Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana,* Giuffré, Milano.
— (1975), *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova.
Negri, A. (2009), *Dentro/contro il diritto sovrano: Dallo stato dei partiti ai movimenti della governance,* Ombre corte, Verona.
— (2012), *La forma stato: Per la critica dell'economia politica della Costituzione,* Baldini Castoldi Dalai, Milano.
Nivarra, L. (2015), *La grande illusione, Come nacque e morì il marxismo giuridico,* Giappichelli, Torino.
Orlando, V. E. (1886), *Studi giuridici sul governo parlamentare*, Archivio giuridico, XXXVI, Ried. (1940), Diritto pubblico generale, Milano.
— (2002), *Discorsi parlamentari*, Il Mulino, Bologna.
Paladin, L. (1998), *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova.
Quaglioni, D. (2010), «La sovranità nella costituzione», in Casonato, C., *Lezioni sui principi fondamentali della costituzione*, Giappichelli, Torino, 13-33.
Rimoli, F. (2018), «La transizione estrema. Appunti sul fenomeno rivoluzionario come modalità di adattamento sistemico», in Allegri G.; Longo. A., *La rivoluzione tra mito e Costituzione*, Sapienza Università Editrice, Roma.
Romagnoli, U. (1973), «Il principio d'uguaglianza sostanziale», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
Romano, S. (1947), *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffré, Milano.
— (1969), *Lo stato moderno e la sua crisi, Saggi di diritto costituzionale,* Giuffré, Milano.
Schmitt, C. (2011), *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus publicum europaeum,* Adelphi, Milano.
Stein, L. V. (1876), *Gegenwart und Zukunft der Rechts-und Staatswissenschaft Deutschlands*, JG Cotta.
Tedde, A. (2018), «Squilibrio – equilibrio, legale – extra-legale. Gli interrogativi dei giuristi nella crisi della sovranità del mondo globalizzato», in Pérez Miras, A; Raffiotta, E. C.; Teruel Lozano, G. M.; Vecchio, F. (a cura di), *Sovranità e rappresentanza, I, Stato, autonomie territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli.
Zagrebelsky, G. (1989), «Il Metodo di Mortati», in Lanchester, F., *Costantino Mortati costituzionalista calabrese,* ESI, Napoli.
— (2018), *Diritto allo specchio,* Einaudi, Torino.

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL PARADIGMA PERSONALISTA DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA: NOTAS BREVES

Giuseppe Laneve
Università di Macerata

SUMARIO: 1. Premisa. 2. Origen y función de los derechos sociales. 3. La discontinuidad a partir de Weimar. 4. Los derechos sociales en la Constitución italiana. 5. Una mirada a la dimensión europea. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. PREMISA

Ya hace más de una década que la palabra crisis domina el debate público y que sirve como un elemento paradigmático para los análisis y los estudios. Esta palabra puede ser utilizada en distintos planos que, al mismo tiempo, son fuertemente interdependientes. Entre ellos, el plano económico nos presenta una crisis que es evidentemente de las más dramáticas. Pero la crisis económica se ubica en un contexto más amplio y complejo. Es una crisis cultural, identitaria, podemos decir también valorativa, ética y moral, y no en último lugar, también crisis ambiental. En el fondo, es una crisis del sentido del ser humano y una crisis del sentido de comunidad (Nussbaum, 2010).

Todo esto no puede no tener una influencia disruptiva y negativa sobre las instituciones, sobre los circuitos democrático-representativos y sobre la política,

tanto a nivel nacional como a nivel supranacional y, por lo tanto, para aquel que nos interesa, el europeo; todos, no nos sorprenda, están en crisis (Laneve, 2019).

¿Y la crisis es también de los derechos? Ciertamente sí, aunque también en un plano paradojal, por el cual ellos están atravesados por dos fuerzas de signos opuestos: una marcada por el exceso, y observa la expansión de los –también nuevos– derechos que requieren tutela; la otra por el defecto, aquella de los recursos financieros, que son objeto constante de reducciones y de severas políticas de austeridad.

El objetivo de estas breves notas, mucho menos ambicioso de lo que este *incipit* podría hacer pensar, es el de repetir, justamente a la luz de este escenario –y con mayor razón en ocasión del importante hito alcanzado por la Constitución italiana, unida a la española, ambas celebradas en este Seminario– la necesidad de no perder el sentido de los derechos sociales, de su *dignitas*, que confirman ahora más que nunca el carácter imperativo, no el único pero sí el más importante para los poderes públicos.

A tal fin, también si se trata de confirmar, se fijan en grandes líneas su elaborado surgimiento y afirmación.

La Constitución italiana está involucrada perfectamente en aquel engranaje que, a partir de la segunda mitad del siglo xx, movió la evolución del constitucionalismo hacia un avance extraordinario: las Constituciones no eran animadas por el horror hacia las guerras civiles, que como tal requiere un poder pacificador, o por el temor respeto de los abusos del poder, sino por la esperanza de fundar un nuevo orden social, volviendo la Constitución en un instrumento de transformación y no sólo de defensa del mundo (Luciani, 1996, 136).

Un papel de absoluto relieve, en este camino, lo desempeñan los derechos sociales, pues ellos tienen la misión de lograr la igualdad sustancial (Caravita, 1984, 62; Baldassarre, 1990, 6). Alrededor de su garantía, de medir en términos de efectividad, se juega el partido de la legitimación del poder público en los ordenamientos que recuerdan una Constitución democrática (Laneve, 2014).

Observando si, cuánto y cómo están garantizados los derechos sociales, en términos de efectividad, se puede componer la variada dimensión de protección de las exigencias esenciales del hombre que caracteriza en profundidad del texto constitucional.

2. ORIGEN Y FUNCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

El tema de los derechos sociales (Mazziotti, 1995; Baldassarre, 1990; Luciani, 1995; Benvenuti, 2013), expresión no privada de ambigüedad (Giannini, 1977) implica siempre el cruce de un «insidioso pantano» (Barbera, 1977, 34), en el cual

uno se siente preso de una dramática dicotomía: por un lado, la certeza de lidiar con un ámbito central para nuestro sistema constitucional, puesto que los derechos sociales constituyen un irrenunciable plan de verificación de su opción personalista (Ruggeri, 2013); por otro lado, un sentido de constante insatisfacción respecto a la actuación de ellos debido a la insuficiencia de recursos que la crisis financiera, que atraviesa impetuosa nuestro tiempo, hace aún más evidente. Los derechos sociales parecen sufrir de manera más evidente del hecho de ser «históricamente relativos», carácter típico de los derechos humanos (Cartabia, 2009, 556). La intrínseca complejidad aparenta ser una connotación constante de los derechos sociales, puesto que su surgimiento como derechos constitucionales ha sido una difícil conquista del siglo pasado (D'Aloia, 2008). Después de la época del triunfo de los derechos de libertad –verdadero *leitmotiv* del constitucionalismo moderno (Ridola, 2006) que ha afirmado la prioridad de las libertades respecto a todo lo que aparecía como un obstáculo para ellas, incluida la igualdad– el Estado liberal se transforma en «víctima de su propio crecimiento» (Gambino, 2002, 111) y se convierte en exigencia histórica y conceptual no eludible en la reconciliación entre libertad e igualdad, ambas constitutivas de la democracia, ya que expresan su «esencia» (Ferrara, 1994, 37). Una reconciliación, que según la lección de Kelsen, tenía como consecuencia de la mutación del significado de la libertad natural-negativa hacia la social-positiva (Kelsen, 8 ss.).

Los derechos sociales nacen como respuesta a esta exigencia: encuentran su justificación en la liberación de la necesidad económica, de determinadas formas de privación, y tienen como objetivo la afirmación de la igualdad, o mejor aún, la síntesis entre libertad e igualdad (Caravita, 1984, 64). Alrededor de esta última, en su declinación sustancial, se derivan los esfuerzos para dar a la democracia «la carne y la sangre que las reglas del proceso democrático –aunque decisivas– en sí mismas no son capaces de ofrecer» (Luciani, 1995, 113). Se asiste a un desplazamiento de la perspectiva de los derechos, del terreno de la defensa de injerencias externas a la difusión de las chances de realización de identidades múltiples y de la posibilidad del efectivo ejercicio de los derechos.

Para que la libertad jurídica pueda llegar a ser libertad real es necesario garantizar, en palabras de Henry Shue (1996), las condiciones previas de la libertad: debe estar garantizada la posibilidad del titular de acceder a los bienes sociales vitales, una participación que es ella misma parte de la libertad en cuanto presupuesto indispensable de su realización (Böckenförde, 2006, 193). El constitucionalismo democrático del siglo XX se rige sobre la unión entre libertad e igualdad y esta última se convierte en forma de ser de la primera. No es casualidad que Étienne Balibar haya inventado el término *égaliberté* (Balibar, 2015).

3. LA DISCONTINUIDAD A PARTIR DE WEIMAR

Constituye un mérito de las democracias pluralistas desarrolladas en el siglo XX, a partir de la Constitución de Weimar, la apertura a la sociedad, «a las reales condiciones de vida y a la textura de relaciones sociales en las cuales se despliega la libertad humana» (Ridola, 2006, 113), descubriendo así la «insuficiencia» de la estructura defensiva de los derechos fundamentales, que se orientaban hacia «diferentes soluciones reconstructivas» (Id., 91) a fin de exaltar la multidimensionalidad de aquellos en una óptica de pleno desarrollo de las potencialidades humanas.

Lo enseñó bien Costantino Mortati –en la doctrina italiana– cuando, en su estudio introductorio a la Constitución de Weimar, afirmó que esta última, alejándose profundamente de las Constituciones del siglo XIX que garantizaban exclusivamente la esfera de autonomía del individuo, había sobrepasado el principio individualista en función de la «prioridad del social» (Mortati, 1946/1972, 333). Las tímidas afirmaciones antecedentes a Weimar se transforman –siempre en palabras de Mortati– en «sistema explicado», fundado sobre la subordinación de la actividad social al interés colectivo, la sustitución de la igualdad formal con la sustancial y la intervención directa del Estado y de los órganos públicos a fin de realizar una real distribución de la riqueza. Una intervención que se coloca, en la óptica del maestro calabrés, como condición para una democracia efectiva y real. Resuenan las palabras de Pietro Calamandrei, según el cual «a través de la proclamación de los derechos sociales […] la democracia de exclusivamente política se convierte también en económica: más verdadera y plena democracia» (Calamandrei, 1946/1968, 1203).

La razón por la cual un Estado democrático no puede renunciar a una política social se encuentra en la necesidad –que deviene siempre más fuerte y en la medida que la sociedad evoluciona hacia una forma multiclases e intensamente conflictiva como aquella contemporánea– de hacer recurso a un criterio de justicia redistributiva, individuado como uno entre los criterios indispensables, aunque no sea el único, para garantizar la unidad (Gambino, 2002, 120).

Esta unidad representa el factor de sobrevivencia y la *condicio agendi* de las democracias contemporáneas (Luciani, 1990b, 170). La intervención de los poderes públicos debe remover los obstáculos de naturaleza económica para alcanzar el objetivo de una cumplida colocación social del individuo que, en la plenitud del ejercicio de sus derechos, pueda dar vida a una sociedad participada y democrática. Justo así, la «expansión de la idea que la igualdad ha transformado profundamente la fuente de la legitimación del ejercicio del poder» (Caravita, 1984, 75).

La doctrina más autorizada, desde Weimar, ha subrayado la discontinuidad al afirmar que si las Constituciones de la modernidad son un diálogo entre las constituciones y los titulares de poderes públicos y se mantienen a un nivel situado sobre la existencia cotidiana del común ciudadano, las Constituciones post-Weimar en su estrecha relación con su propio tiempo redescubren la sociedad en toda su pluralidad y vivacidad y, en ella, redescubren en consecuencia una juridicidad que no es más reducida por la coraza de la legalidad, sino que recupera el derecho en la autenticidad social de sus expresiones además de los filtros distorsionadores de una ideología clasista como era la burguesa (Grossi, 2013, 612).

Las Constituciones del siglo xx, repitiendo la de Weimar, enriquecen el patrimonio liberal de aquellos derechos sociales que comprometen el Estado en la búsqueda de nuevos equilibrios económico-sociales y en la consecución de horizontes de justicia siempre más amplios. La efectividad de los derechos constitucionales exige que el Estado cree y promueva las condiciones de hecho y de derecho que permitan una igualdad sustancial, superando así los esquemas de la igualdad formal. Todo esto ofrece a la democracia de la segunda posguerra las premisas de su solidez. Entonces, los derechos sociales se ponen como primer presupuesto para definir como democrático-social una forma de Estado (Bifulco, 2003, 141).

La historia ha borrado construcciones teóricas y distinciones valorativas que no son más sostenibles: no es hora para trazar lo que no existe, es decir una antítesis entre derechos individuales y derechos sociales (Perez Lūno, 2018) puesto que «los derechos sociales participan del carácter fundamental de los derechos de la libertad» y entre unos y otros «no se encuentra una clara línea de demarcación sobre el plan axiológico, lógico y estructural». Entre derechos individuales y sociales hay una relación de «implicación recíproca», de naturaleza gradual, ya que los segundos sirven para volver efectivos los primeros y viceversa (Häberle, 2003, 193).

4. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Derechos individuales y derechos sociales son dos formas diferentes, pero equivalentes, de estructuras básicas para una idea de persona acogida, tutelada y promovida por la Constitución italiana. De hecho, la persona es el destinatario de los derechos sociales. El fundamento constitucional de los derechos sociales se rige sobre dos exigencias inacabables: por un lado, la garantía de la igualdad sustancial puesta por el artículo 3, párrafo 2, que representa el auténtico «*token* que caracteriza nuestra Carta fundamental» (Luciani, 1990a, 378). El alto índice

de historicidad de la Constitución –de entenderse como capacidad de ser espejo fiel de un determinado tiempo histórico y, entonces, de sus múltiples situaciones concretas, tomando en una óptica programática, las reales exigencias– ha determinado que en ella hubiese al lado de la admisión de la existencia de desigualdades de hecho presentes en la sociedad italiana, la pretensión, que constituye el gran nudo de la Constitución, de invertir esta situación a través de la intervención de la República, es decir de la sociedad política y cultural. La garantía no puede considerarse limitada al restrictivo significado «todos iguales desde el nacimiento», siendo al contrario necesario esforzarse para que «nunca –por ninguna razón y ningún sujeto– el nivel de la existencia descienda por debajo del *mínimum*» (Caravita, 1984, 74). Precisamente porque el principio personalista se coloca, al mismo tiempo, en el principio y al final del recorrido constitucional, y constituye el paso consecuente en la configuración de un ordenamiento idóneo para lograr que cada uno pueda realizar su proyecto de emancipación personal *secondum Constitutionem*. Un ordenamiento teleológicamente orientado a la promoción social del hombre que, si no puede prescindir de la remoción de los obstáculos de orden económico, debe acompañar la construcción y la afirmación del hombre mismo.

Aflora, entonces, una interpretación más comprensiva de los derechos constitucionales destinada, en primer lugar, a tener en cuenta que la referencia a la dignidad tiene «una pronunciada connotación centrada sobre la concreción de las condiciones de vida» (Ridola, 2006, 128-9): aquella «misma dignidad social» que, como concepto estructural y funcionalmente distinto de la igualdad, no se presta a ser afectada, triturada, parcelada según la esfera de acción en la que actúe o sea puesta en duda o en peligro, ni tolera parciales manipulaciones, alteraciones o mutilaciones (Ibidem). La igual dignidad no es un *extra*, sino una manera de ser del texto constitucional en orden al fundamento de la posición del ciudadano frente a la sociedad y al Estado en cualquier tipología de relación (Ferrara, 1974, 1089-90).

La connotación social de la dignidad es testimonio de una primacía de la persona respecto de cualquier construcción estatal y requiere una constante dedicación para una proyección concreta duradera en la comunidad social. La función de promoción social del hombre, por lo tanto, tiene que pasar a través de la tutela de los espacios sociales en los que se explica la experiencia humana (Baldassarre, 1990, 13). De aquí la adicional connotación de los derechos sociales como derechos de la comunidad y de la colectividad de la que los hombres forman parte necesariamente para el desarrollo de su persona (Moro, 1952), de los derechos de la personalidad individual que se despliega en la sociedad, en la concreción de relaciones de vida y conexiones sociales del individuo.

La disciplina de los derechos sociales se centra, por lo tanto, sobre aquellos lugares y alrededor de aquellos vínculos sociales (familia, escuela, trabajo, entorno de vida) en los que y gracias a los cuales el individuo singular expresa y desarrolla su personalidad (Tondi della Mura, 2005, 525).

El principio de igualdad sustancial, junto a los principios pluralista, autonomista y solidarista, todos declinaciones del principio de solidaridad, en perfecta sintonía con las matrices del constitucionalismo latino, soplan juntos sobre los derechos sociales construyendo un *Menschenbild* que se funda sobre la convivencia social, y conduce «el individuo sobre la vía de la construcción de relaciones sociales y conexiones entre hombres más allá de vínculos derivados de deberes públicos y órdenes de la autoridad» (Corte cost., n. 75 de 1992).

Sólo en estos términos se comprende la verdadera magnitud de la dignidad humana como «valor superconstitucional», que desempeña la función de norma final o principio/valor fundador de la naturaleza personalista de nuestro ordenamiento (Ruggeri-Spadaro, 1991, 347-8) y que constituye el «*punctum unionis* de los derechos y deberes constitucionales» (Ruggeri, 2013, 9).

Hasta ahora hemos trazado el recorrido de emancipación realizado por los derechos sociales a través de una historia que, por lo que vimos, está indisolublemente enredada a la historia constitucional. Al mismo tiempo, es necesario recordar que el emparejamiento axiológico a los tradicionales derechos de libertad, alcanzado con esfuerzo, ha sido por mucho tiempo disminuido en lo que concierne a la aplicación, por la circunstancia de que los derechos sociales han sido tradicionalmente acusados de ser (los únicos) derechos costosos, con la consecuencia, también de orden «cultural», de que ellos serían los culpables del excesivo gasto público y también de la reciente crisis (Ciolli, 2012, 96-7).

Más allá de las clasificaciones que la doctrina ha teorizado, y sobre las cuales hay un consenso más o menos difundido, hoy en día es un dato cierto, gracias a un conocido estudio de Sustein y de Holmes, que el hecho de ser costosos no es una característica exclusiva de los derechos sociales puesto que todos los derechos pueden costar, aunque sólo sea porque requieren un aparato público encargado del control, del desarrollo y de su tutela (Sunstein-Holmes, 2000).

La cuestión costes no puede justificar niveles de tutela insatisfactorios. Al contrario, en un razonable balance, el equilibrio financiero no puede y no debe comprometer la tutela del núcleo de valores incluido en los derechos sociales.

Un momento importante para la efectividad de los derechos sociales ha sido la reforma del Título V de la Constitución en el 2001, que ha abierto a las Regiones el campo de los derechos y, en particular, de los derechos sociales, abriendo así el camino para «la emancipación de la esfera social de la estatal» (Bifulco, 2003, 88). Una concesión de poderes que ha valorado sobre todo los

entes regionales en cuanto entes de proximidad cultural y social respecto a las comunidades de referencia.

No puede decirse, sin embargo, que el camino haya tenido, desde el principio, contornos claros y definidos y, sobre todo, que haya sido fácilmente practicable.

La apertura en favor de las regiones, de hecho, ha sido detenida, por un lado, por la ineludible exigencia de uniformidad, que significa evitar que se determinen inaceptables desequilibrios entre regiones sobre un terreno particularmente delicado para los poderes públicos como es la implementación de los derechos sociales; por otro lado, por la necesidad de contener el gasto público. Estas dos exigencias han encontrado expresión en la competencia exclusiva estatal en materia de determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales de garantizar en todo el territorio y en la legislación de principio en materia de coordinación de las finanzas públicas ex artículo 117, párrafo 3.

Más allá de las complicadas reconstrucciones respecto del verdadero alcance de los títulos de competencias estatales, y teniendo bien en cuenta que algunos aspectos de la Reforma, por mucho tiempo descuidados, eran sin embargo decisivos para su implementación –piénsese por ejemplo la actuación de la autonomía financiera afirmada por el art. 119–, es importante subrayar cómo el escenario de actuación de los derechos sociales haya aparecido bastante débil y, no pocas veces, haya sido atraído por la crisis económica.

5. UNA MIRADA A LA DIMENSIÓN EUROPEA

Proyectar entonces en una perspectiva europea, uno todavía siente sensaciones que transmiten un cierto «malestar».

Por supuesto, es bien sabido, desde la época de los Tratados de Roma, en que la dimensión social era «sustancialmente extraña» (Costanzo, 95), mucho ha cambiado: en primer lugar, gracias a la contribución pretoriana de la Corte de Justicia que, a partir de finales de los años sesenta, incluso sobre «bases regulatorias muy débiles», prestó atención a los derechos sociales (especialmente en relación con la libre circulación de trabajadores y sus familias), se creó gradualmente un *corpus* que fue entonces la base sobre la que se apoyaron los posteriores textos políticos de valor constitucional.

Si seguramente los Tratado de Maastrictht y de Amsterdam, con la creación de la ciudadanía europea, han marcado hitos importantes también en esta dirección, no hay duda de que es con la Carta de Niza, que es una nueva fundación del

orden constitucional basada en la idea de un *Grundrechtsgemeinschaft*, que los derechos sociales «se liberan de la condición de *Reflexrechte*», aún más hoy en día después de la ratificación del Tratado de Lisboa, la Carta tomó el mismo valor que los Tratados (Ciancio, 2018, 22; Balduzzi, 2018, 245).

En consecuencia, el TUE (art. 3, par. 3) ha destacado por primera vez el objetivo del pleno empleo, un desarrollo sostenible de Europa, basado no solo en un crecimiento económico equilibrado, sino sobre todo en una economía social de mercado altamente competitiva que apunta al pleno empleo y al progreso social con un compromiso solemne de promover la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados.

Estos son objetivos que se encuentran en el Preámbulo de ese «Pilar europeo de los derechos sociales», firmado en Göteborg el 17 de noviembre de 2017 y que, aunque aún se manifiesta como una ley de *soft law*, constituye un programa de acciones de gobierno que legitima y fortalece la validez de todos los actos destinados a su ejecución (Luther, 2018, 55).

Sin embargo, hablando de derechos sociales a nivel europeo, todavía hay un sentimiento de precariedad (Gambino, 2019, 85 ss.). Como ha sido observado por la doctrina, «la transferencia esperada del valor de la igualidad sustancial de la tradición constitucional común a muchos Estados miembros con un valor unitario de la Unión non se ha producido» (Poggi, 2017, 13).

Aunque tanto la Corte de Justicia como el TEDH, este último a través de un llamado cada vez más frecuente para un aumento progresivo en la referencia a la Carta Social Europea y al derecho viviente expresada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, están ofreciendo gradualmente una protección, especialmente contra aquellos derechos sociales de libertad, cuyo ejercicio presupone la ausencia de barreras y / u obstáculos, todavía existe una debilidad significativa de la Unión Europea para garantizar los derechos sociales «de desempeño». En estos sectores, que sin embargo no agotan los derechos sociales *tout court* (Ciancio, 2018, 26-27), la Unión principalmente «toma en cuenta», «respeta», «alienta», «facilita», «apoya», «completa»; mientras, los Estados mantienen la responsabilidad de la protección de los derechos sociales a través de sus respectivos sistemas de organización.

6. CONCLUSIÓN

En conclusión de esta breve reseña, todo cuanto se ha dicho, que puede parecer un mero discurrir por principios abstractos, es en efecto el presupuesto con el fin de que los derechos sociales, a la par que los derechos civiles y los

políticos, lleguen a encontrar, como consecuencia también de un conflicto y de una mediación entre las ideas concesiones políticas, sociales y condiciones económicas, una implementación concreta.

La crisis, dimensión a la que nos hemos referido al inicio de este trabajo, sobre todo su relación con el plano económico y fiscal, podrá quizá decretar, si no el fin al menos una decidida reconsideración del *welfare state* tal como fue imaginado luego de la segunda guerra mundial. Pero, no debe clasificar a los derechos sociales como meras expectativas porque ellos representan, incluso hoy, uno de los pilares de la democracia, en su dimensión sustancial (Ferrajoli, 1998, 7; Tronto, 2013; Ballestros, 2019), y por lo tanto de la forma del estado constitucional. Como tal, para una garantía de ellos, es necesario, una vez más, tomar una decisión política fundamental (en el significado de Carl Schmitt, Poggi, 2017, 13) a nivel nacional, pero quizás incluso más a nivel europeo.

7. BIBLIOGRAFÍA

Angelini, F.; Benvenuti, M. (eds.) (2012), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli.

Baldassarre, A. (1989), «Diritti sociali», ad vocem, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma.

Balduzzi, R. (2018), «Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica», *federalismi.it*, n. spec. 4, 244 ss.

Ballestros, J. (2019), «Bancocrazia ed evaporazione dei diritti sociali», Ragion pratica, 1, 87 ss. Ballestros, J. (2019), «Bancocrazia ed evaporazione dei diritti sociali», Ragion pratica, 1, 87 ss.

Balibar, Ê. (2015), *La proposition de l'*égaliberté*: essais politiques*, 1989-2009, Presses Universitaries de France, París.

Barbera, A. (1977), «Le libertà tra "diritti" e "istituzioni"», en AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Giuffrè, Milano, 3 ss.

Benvenuti, M. (2013), *Diritti sociali*, Giappichelli, Torino.

Bifulco, D. (2003), *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli.

Böckenförde, E. W. (2006), «I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione», en Nicoletti, M.; Brino, O. (eds.), *Stato, costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano.

Calamandrei, P. (1946/1968), «L'avvenire dei diritti di libertà», en Id., *Opere giuridiche*, vol. III, Morano, Napoli, 183 ss.

Caravita, B. (1984), *Oltre l'uguaglianza formale*, Cedam, Padova.

Cartabia, M. (2009), «L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»», *Quaderni costituzionali*, n. 3, 537 ss.

Ciancio, A. (2018), «Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali», *federalismi.it*, n. spec. 4, 20 ss.

Ciolli, I. (2012), «I diritti sociali», en Angelini F.; Benvenuti, M., *Il diritto costituzionale alla prova*, cit., 83 ss.

Costanzo, P. (2009), «Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea», en Facury, F.; Romboli, R., Revenga, M. (eds), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali: prima giornata internazionale di diritto costituzionale: Brasile, Spagna, Italia*, Giuffrè, Milano, 93 ss.

D'Aloia, A. (2008), «Storie costituzionali dei diritti sociali», en AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Jovene, Napoli, 717 ss.

Ferrajoli, L. (1998), «Diritti fondamentali», en *Teoria politica*, XIV, n. 2, 3 ss.

Ferrara, G. (1974), «La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)», en AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Giuffrè, Milano, 1087 ss.

— (1994), «Dell'eguaglianza», en Luciani, M. (ed.), *La democrazia alla fine del secolo*, Laterza, Roma-Bari, 27 ss.

Fioravanti, M. (2017), *Art. 2. Costituzione italiana*, Carocci, Roma.

Gambino, S. (2002), «Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparatistica», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 110 ss.

— (2019), «Costituzione, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali», *Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale*, 1, 57 ss.

Giannini, M. S. (1977), «Stato sociale: una nozione inutile», en AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale,* cit., 141 y ss.

Grasso, G. (2016), «I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale», *Rivista AIC*, n. 4.

Grossi, P. (2011), «Crisi del diritto, oggi?», *Diritto e Società*, n. 1, 37 ss.

— (2013), «La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico postmoderno», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 607 ss.

Häberle, P. (2003), *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano.

Holmes, S. y Sunstein, C. (2000), *Il costo dei diritti*, Il Mulino: Bologna.

Kelsen, H. (1929/1966), *I fondamenti della democrazia*, Il Mulino: Bologna.

Laneve, G. (2014), «L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo», *federalismi.it*, n. 12.

— (2019), «Pluralismo e limite al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo», Consultaonline, III, 481 ss.

Lombardi, G. (1999), «Diritti di libertà e diritti sociali», *Politica del diritto*, n. 1, 7 ss.

Longo, E. (2017), «I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi», *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 201 ss.

Luciani, M. (1996), «L'antisovrano e la crisi delle costituzioni», *Rivista di diritto costituzionale*, 124 ss.

— (1995), «Sui diritti sociali», en AA. VV., *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Cedam, Padova, 97 ss.
— (1990a), «Economia nel diritto costituzionale, ad vocem», en *Digesto (discipline pubblicistiche)*, Utet, Torino.
— (1990b), «Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori», en Romboli, R. (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 170 ss.
Luther, J. (2018), «Il futuro dei diritti sociali dopo il 'social summit' di Goteborg: rafforzamento o impoverimento?», *federalismi.it*, n. spec. 4, 49 ss.
Mazziotti, M. (1962), *Diritti sociali*, *ad vocem*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano.
Moro, A. (1952), «Le funzioni sociali dello Stato», *Iustitia*, 40 ss.
Mortati, C. (1946/1972), «Introduzione alla Costituzione di Weimar», en Id., *Raccolta di scritti*, IV, Giuffrè, Milano, 293 ss.
Nussbaum, M. (2010), Not for Profit. Why Democracy Needs Humanities, Princeton University Press, Princeton and Oxford. Nussbaum, M. (2010), Not for Profit. Why Democracy Needs Humanities, Princeton University Press, Princeton and Oxford.
Pérez Lūno, A. E. (2018), *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
Poggi, A. (2017), «Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea», *RivistaAic.it*, n. 1.
Ridola, P. (2006), «Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo», en Nania, R.; Ridola, P. (eds.), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 3 ss.
Ruggeri, A. (2013), «Il principio personalista e le sue proiezioni», *federalismi.it*, 2013, n. 17.
Spadaro, A. (1991), «Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)», *Politica del diritto*, n. 3, 343 ss.
Shue, H. (1996), *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, II ed, Princeton University Press, Princeton.
Tondi della Mura, V. (2005), «Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia», *Diritto e Società*, 4, 519 ss.
Tronto, J. C. (2013), *Caring Democracy: Markets, Equality and Justice*, New York University Press, New York.

EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Fernando Pérez Domínguez*
Universidad de Huelva

SUMARIO: 1. Introducción: la proyección constitucional de un concepto extrajurídico. 2. La proliferación de previsiones estatutarias (y otras) relativas al principio de eficiencia. 3. El alcance del principio de eficiencia como parámetro de control a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: LA PROYECCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN CONCEPTO EXTRAJURÍDICO

En una primera aproximación, la eficiencia debe abordarse en perspectiva económica pues se trata de un concepto extrajurídico[1]. Así, la Economía identifica, en términos amplios, la eficiencia como la relación existente entre: los Resultados de una determinada actividad y los Recursos disponibles para su puesta en práctica (Resultados/Recursos), de forma tal que bien se alcancen unos objetivos determinados –constantes– a un coste mínimo de recursos (Eficiencia en

* Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional, http://orcid.org/0000-0003-1727-9864.

[1] Al respecto, vid. Rueda López (2011: 38-47); López Hernández, Ortiz Rodríguez (2004: 191-193); Mallado Rodríguez (1992: 189-191); Rodríguez González, Fuentes Martín (1994: 126-130); Prior (2011: 11-20).

términos de *input*); o bien se consiga el máximo nivel de objetivos posibles a partir de unos recursos o presupuesto dado –constantes– (Eficiencia en términos de *output*). Frente a la aparente claridad y concreción del concepto en su acepción económica, su proyección práctica sobre la dinámica del gasto y los resultados esperados del mismo en el contexto de un Estado Social, resulta difícilmente encuadrable en ninguna de las dos acepciones de eficiencia referidas.

En efecto, la demanda de objetivos o resultados (*output*) no ha dejado de diversificarse y aumentar, pero sin mantener constantes los recursos (*input*) sino obligando también a aumentarlos. La dificultad de esto último en épocas de crisis económica, como ha ocurrido en la última década, ha derivado en un renovado interés por la observancia del principio de eficiencia en toda actuación que suponga previsión, gestión o ejecución de recursos públicos. Y de dicho interés ha surgido, al mismo tiempo, el problema de determinar el alcance limitativo de dicho principio sobre los actos de los poderes públicos y los procedimientos idóneos para su control.

En segunda instancia, en el plano jurídico, la eficiencia se configura como un principio constitucional vinculado al de equidad o justicia material del gasto público en el art. 31.2 CE [2]. Esa vinculación con la idea de justicia material del gasto ha afectado al modo en que el principio de eficiencia ha sido concebido por la Doctrina. Así, para un determinado sector de la misma [3], el principio de eficiencia es un principio meramente instrumental o accesorio al de justicia material del gasto, que sí encerraría un carácter finalista y legitimador de las decisiones de gasto. Por el contrario, la eficiencia no integraría el concepto de equidad del gasto, sino que se traduciría en el establecimiento de técnicas de buena administración, racionalidad en la gestión de los recursos públicos y control de la misma, esto es, operando una vez que la asignación equitativa de los recursos se ha decidido [4]. En este sentido, la eficiencia sólo sería evaluable o controlable en el plano del gasto y los recursos públicos y su ejecución, dejando de lado el análisis o evaluación del segundo componente del concepto de eficiencia: los Resultados.

Sin embargo, otros autores [5] conciben el principio de eficiencia con un mayor alcance y sustantividad propia. No en vano, en su acepción natural (la económica), la eficiencia es un concepto relacional entre dos elementos: los Recursos disponibles, que harían referencia al gasto público, y los Resultados. Estos

[2] Art. 31.2 CE: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

[3] Entre otros vid. Rodríguez Bereijo (1978); Cazorla Prieto (1985); Martínez Lago (2013).

[4] Medina Guerrero (2012: 2704-2705).

[5] Vid. Pascual García (2005: 136-139); Bayona Perogordo (1991).

últimos estarían directamente relacionados con la consecución de objetivos materiales que, en última instancia, deben generar equidad o justicia [6]. De acuerdo con esta segunda concepción más amplia e integradora, el control de la eficiencia habría de ampliarse más allá del limitado análisis de los Recursos, esto es, del gasto público y su gestión económico-financiera, para proyectarse sobre los Resultados materiales de los programas y políticas que se sustentan con aquél.

Para llevar a cabo dicho control de la eficiencia, resulta fundamental el análisis de los recursos públicos desde el punto de vista del procedimiento de ejecución del gasto; y así, es innegable el protagonismo de los instrumentos que permiten un verdadero análisis del «denominador» de la relación en que consiste la eficiencia, esto es, de los Recursos. Es precisamente este ámbito al que más ha atendido tradicionalmente el Derecho [7] mediante las instituciones de control de legalidad y económico-financiero del gasto público a nivel interno [8] (Intervención General de la Administración del Estado –IGAE– e Intervenciones Generales de las CCAA) y externo (Tribunal de Cuentas [9] –TCu– y Órganos de Control Externo –OCEX– de las CCAA).

Sin embargo, tales instituciones presentan limitaciones para implementar esa segunda acepción de eficiencia –de carácter sustantivo y relacional– que trasciende su consideración instrumental al servicio de la mera gestión racional de los recursos públicos. Tales limitaciones afectan particularmente al análisis y valoración del «numerador» de la relación que define la eficiencia, esto es, a los Resultados. Por ello, podría decirse que el control de eficiencia presupone o comprende internamente un control de eficacia del gasto, y de las políticas públicas que éste financia, al jugar un papel mediador entre ambos extremos [10] (resultados-eficacia y recursos-gasto público). El principal problema que se deriva del planteamiento sustantivo y relacional del concepto de eficiencia es que la medición de los Resultados presenta limitaciones y dificultades técnicas no menores, que las instituciones tradicionales de control de legalidad del gasto público no alcanzan a solventar y que sólo recientemente habrían comenzado a paliarse.

Entre las dificultades que plantea la medición de los Resultados destacarían, en primer lugar, la dificultad de acceso y el déficit de información significativa necesaria para realizar valoraciones de los resultados de los actos y

[6] Sobre la particular relación entre los principios de justicia y racionalidad económica del gasto público vid. Lazo Vitoria (2008: 140-158).

[7] Un estudio completo en Pascual García (2005).

[8] Un estudio monográfico en Lazo Vitoria (2008).

[9] Vid. Vallès Vives (2003); Gómez Sánchez (2001).

[10] Sobre la relación eficacia-eficiencia vid. Lazo Vitoria (2008: 145-147).

políticas materiales. En segundo lugar, la mayoría de la información disponible tradicionalmente ha sido de naturaleza económico-financiera, resultando insuficiente para calibrar los impactos últimos de los recursos públicos invertidos en cada actuación pública. No obstante, ambas dificultades se estarían viendo aliviadas en los últimos años ante el desarrollo normativo estatal y autonómico de las obligaciones de transparencia e información pública [11]. En tercer lugar, el mayor alcance que exige la valoración de los resultados sitúa este análisis en el terreno de la justicia material del gasto, trascendiendo así el análisis técnico-contable y aproximándose a un debate de naturaleza política. Esta última circunstancia es la que más dificulta la concreción del principio de eficiencia como límite a la actuación de los poderes públicos, así como la articulación práctica y efectiva de un control (pleno e integral) de dicha actividad desde el parámetro de la eficiencia.

2. LA PROLIFERACIÓN DE PREVISIONES ESTATUTARIAS (Y OTRAS) RELATIVAS AL PRINCIPIO DE EFICIENCIA

En contraste con la escueta referencia constitucional al principio de eficiencia contenida en el art. 31.2 CE y las dificultades para su entendimiento y articulación efectiva, los Estatutos de Autonomía –especialmente los reformados en profundidad a partir del año 2006– presentan un aumento significativo de referencias a la eficiencia [12]. Más allá del dato cuantitativo, tales previsiones plantean ámbitos de desarrollo y concreción del principio que evidencian, al mismo tiempo, una preocupación por la vigencia y efectividad del mismo cada más presente en la actuación de los poderes públicos.

Así, una primera muestra de tales referencias la ofrecen los Estatutos de Autonomía de Extremadura (EAE) y Castilla y León (EAC-L) al contemplar la eficiencia como uno de los principios generales de la Hacienda regional (entre otros como los de suficiencia, autonomía financiera, solidaridad, coordinación, previsión presupuestaria, equidad, transparencia y economía; vid. arts. 77.2 y 82.1 respectivamente). La proyección del principio de eficiencia

[11] Manifestaciones de dicha tendencia serían, en el ámbito estatal, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; así como las respectivas leyes autonómicas, tales como, a título ilustrativo, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

[12] En ese sentido destacan los Estatutos de Autonomía de Andalucía (EAAn), Cataluña (EACat), Extremadura (EAE), Castilla y León (EAC-L), Aragón (EAAr), Islas Baleares (EAIB) y el reciente nuevo Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias (EAIC), aprobado en noviembre de 2018 (BOE n. 268, 06/11/2018).

sobre el conjunto de la Hacienda pública autonómica supone subrayar su influencia, no sólo sobre la asignación y gestión del gasto público – ámbito del que tradicionalmente se ha predicado la eficiencia *ex* art. 31.2 CE –, sino también sobre la planificación y diseño de las fuentes de ingresos. Precisamente en esa línea, los arts. 203.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EACat) y 124.2 del Estatuto de la Comunidad de las Islas Baleares (EAIB) afirman que «[e]l ejercicio de la capacidad normativa en el ámbito tributario, por parte de la Generalitat, se basa en los principios de equidad y eficiencia», y que «[e]n el ámbito financiero, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears actúa de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia». La eficiencia en el ámbito tributario y financiero obligaría a los poderes públicos autonómicos a ponderar los impactos no sólo recaudatorios de la creación o modificación de tributos; debiendo atender también – por señalar sólo algunas variables – al efecto de incentivo o desincentivo sobre la actividad económica, operación o producto objeto de gravamen, o el coste de gestión administrativa que puede generar la exigencia efectiva del nuevo tributo en relación a las previsiones recaudatorias que podría reportar.

En segundo lugar, y aunque de manera indirecta, de nuevo los Estatutos de Extremadura y Castilla y León destacan la vigencia y desarrollo del principio de eficiencia en el ámbito autonómico. En este caso [13], lo hacen al sujetar la elaboración y gestión de sus Presupuestos Generales (arts. 78.2 EAE y 89.1 EAC-L) al cumplimiento de criterios homogéneos a los del Estado –como ya hacían otros muchos Estatutos–, pero precisando particularmente algunas de las exigencias en que la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), concreta el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (art. 7.1). Así es el caso de la planificación plurianual a la que hacen referencia expresa los arts. 78.8 EAE y 89.4 EAC-L; lo que supone el reconocimiento a nivel estatutario de una técnica de presupuestación destinada, entre otras, a hacer posible una gestión más eficiente de los recursos públicos, que fue introducida en 2003 por la Ley General Presupuestaria (arts. 28 ss.), y a la que la regula-

[13] Junto a las referencias indirectas de los Estatutos extremeño y castellano-leonés a la eficiencia en relación con la elaboración de sus Presupuestos Generales, merece también destacarse la concreta exigencia de control que el art. 185.1 del nuevo Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias (EAIC) atribuye al Parlamento canario para «examinar el uso eficiente de las consignaciones de los presupuestos de las islas destinados a financiar competencias delegadas a las mismas, velando para que se cumpla al respecto el principio de suficiencia financiera». Dicha previsión se inscribe en la particular organización administrativa de las Islas Canarias, que incluye a los cabildos insulares y a los ayuntamientos, y determina el consiguiente régimen de atribución de competencias presidido, entre otros principios, por el de eficiencia.

ción de muchas haciendas autonómicas no han prestado la atención y el desarrollo esperado [14].

Un tercer grupo de previsiones estatutarias se sitúa en la misma línea que el art. 31.2 CE, esto es, proclamando el principio de eficiencia en estrecha relación con el principio de equidad del gasto o asignación equitativa de los recursos públicos. Junto a la eficiencia, la programación y ejecución del gasto público habrá de responder también a otros principios como los de economía, estabilidad económica (art. 189.1 EAAn) y transparencia (art. 79.2 EAE). Más allá de la reiteración del mandato constitucional *ex* art. 31.2 CE y de su enriquecimiento con la mención de nuevos principios, merece subrayarse el hecho de que, junto a las previsiones tradicionales sobre asignación del gasto público, aparecen otras que tratan de precisar la finalidad, el destino o los objetivos de dicho gasto.

En tal sentido, el Estatuto andaluz establece que con el gasto público de la Comunidad se velará en todo caso «por la prestación de un adecuado nivel de los servicios públicos fundamentales y por la salvaguardia de los derechos sociales y la igualdad de oportunidades», se «garantizará (…) la realización del principio de solidaridad» y se «velará por el equilibrio territorial y la realización interna de dicho principio» (art. 189.1 y 2 EAAn). Por su parte, el Estatuto extremeño, tras afirmar en el art. 79.1 que la Comunidad Autónoma «determina libremente el destino de sus recursos económicos y financieros», establece en el apartado 3 del mismo artículo que «[e]l gasto público territorializado deberá contribuir a la cohesión socioeconómica de la región mediante la sustancial equiparación de los servicios públicos y de las inversiones regionales en sus diferentes zonas». Y como último ejemplo de esta tendencia, el art. 168 del nuevo Estatuto canario vincula determinados proyectos de infraestructuras de telecomunicación, turísticas y energéticas al servicio de la «realización efectiva del principio de solidaridad interterritorial» y de «la equiparación progresiva de las condiciones socioeconómicas de la población de las islas al promedio estatal»; debiendo esto último medirse periódicamente compensando las desviaciones respecto de tal objetivo mediante «políticas de gasto eficientes».

De esta forma, estos Estatutos ofrecen una consideración plena de los dos elementos o planos que integran la noción relacional y sustantiva de eficiencia

[14] Otras técnicas de presupuestación orientadas a una mejor y más eficiente gestión de los recursos públicos serían la presupuestación por programas, la gestión por objetivos y vinculación a centros de gasto concretos y, entre otras, la determinación de indicadores de ejecución asociados a los objetivos definidos. Sobre el menor desarrollo de estas técnicas en el ámbito autonómico, y con particular atención al caso andaluz, vid. Navas Vázquez (2012: 88 ss.).

antes referida (recursos y resultados), pues no sólo tratan de regular la definición del gasto o los recursos públicos, sino también de determinar estatutariamente –aunque sea de forma genérica o indicativa– los resultados u objetivos a los que deben tender las políticas de gasto público. Ello supone una cierta concreción de la idea de equidad o justicia material del gasto que debe condicionar la actuación de los poderes públicos al programarlo y ejecutarlo, además de abrir la puerta a permitir un enjuiciamiento o control del mismo más concreto y preciso desde la perspectiva de la eficiencia.

En coherencia y como complemento a las previsiones en materia de gasto público, destaca igualmente la particular regulación del control externo del mismo que realizan algunos Estatutos al encomendarlo a sus propios Órganos de Control Externo (OCEX). La novedad estriba en ampliar o extender el alcance de su labor de control a la variable de la eficiencia del gasto, superando así los tradicionales controles de gestión, legalidad y económico-financiero del gasto público [15]. En tal sentido, el art. 80.1 EACat configura la Sindicatura de Cuentas como «el órgano fiscalizador externo de las cuentas, de la gestión económica y del control de eficiencia de la Generalitat, de los entes locales y del resto del sector público de Cataluña». El Estatuto extremeño, por su parte, atribuye al Consejo de Cuentas el control externo de la actividad financiera y presupuestaria del sector público autonómico, a desarrollar «fiscalizando sus cuentas con criterios de legalidad, economía y eficiencia en el gasto» (art. 46.1 EAE). Y, finalmente, el art. 112.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr) evidencia de forma quizá más contundente la asunción del enfoque de la eficiencia mediante la extensión del control externo a la relación entre recursos (gasto) y resultados, ya que atribuye a la Cámara de Cuentas la fiscalización no sólo de la gestión económico-financiera y contable, sino también de la gestión «operativa [16]» del sector público autonómico.

---

[15] Algunas reflexiones recientes sobre la necesidad de reforma del control externo, tanto en su dimensión estatal como autonómica, para aprovechar todas sus potencialidades en Navas Vázquez (2017); y particularmente en relación con los OCEX, vid. Martínez Martí, Muñoz San Román (2017).

[16] La auditoría de gestión operativa es una de las técnicas que permiten llevar a cabo un control de impacto o de satisfacción de las políticas públicas (identificado también con las expresiones «control operativo», «control de gestión», «control de resultados», «control de performance», *value for money audit* o *comprehensive audit*, entre otras). Ese tipo de control consistiría en una actividad evaluadora que atiende a los resultados, impactos o cambios reales producidos por la ejecución del programa o política analizada, a los que se acerca con técnicas de observación e investigación científicas y objetivas, de forma que los datos aportados puedan ser utilizados por los responsables públicos para mantener, mejorar o corregir el programa o política. La Ley General Presupuestaria contempla la tipología de las auditorías operativas en su art. 170, y entre ellas acoge como modalidad específica la *Auditoría de economía, eficacia y eficiencia* (art. 170.3 LGP), que define como «la valoración independiente y objetiva del nivel de eficacia, eficiencia y economía alcanzado en la utilización de los recursos públicos». Asimismo, el art. 27 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas reconoce entre sus técnicas de fiscalización las denominadas Auditorías Operativas. Sobre el

Un último grupo de referencias estatutarias en materia de eficiencia tienen por objeto su incorporación a los principios que rigen la actuación de las Administraciones Públicas. A falta de una referencia expresa en el marco constitucional (art. 103.1 CE), han sido los Estatutos de Autonomía reformados a partir de 2006 los que han incluido la eficiencia como principio o criterio rector de la actividad de sus administraciones. Así lo hacen expresamente los Estatutos andaluz (arts. 133.1, 40.2 y 10.4 EAAn), extremeño (art. 37 EAE), aragonés (art. 62.3 EAAr), el régimen foral de Navarra (art. 28 bis LORAFNA) y el nuevo Estatuto canario, con especial énfasis sobre la eficiencia de su organización territorial y funcional entre comunidad, cabildos e islas (arts. 61.2, 64.2 y 71 EAIC).

De esta forma, los Estatutos de Autonomía habrían avanzado la consolidación del principio de eficiencia como uno de los pilares de la organización y gestión administrativa en España, que después han confirmado las Leyes estatales 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Además de los numerosos artículos que la contemplan, basta una mirada a los preámbulos de ambas leyes [17] para comprobar que en la asunción administrativa de la eficiencia subyace el cumplimiento de las exigencias constitucionales relativas a la asignación, gestión y ejecución del gasto público. La observancia de la eficiencia se erige así en uno de los principales fundamentos y objetivos del control de la calidad de los servicios y la gestión administrativa; actividad que ha evolucionado de forma perceptible en los últimos años tanto en términos objetivos o de alcance funcional, como de articulación orgánica [18].

---

desarrollo de tales sistemas de fiscalización a nivel estatal y autonómico, destacando el papel de algunos OCEX en particular, vid. Genaro Moya (2016). Asimismo, destacan la importancia de este instrumento como ámbito de desarrollo de las actividades de los OCEX, Vallès Vives (2003: 154-172 Y 228-241); Termes Anglés (1999); Fabado I Alfonso (1991); Ruiz Fonticiella (2005).

[17] En particular, al inicio del Preámbulo de la Ley 40/2015 se afirma que el convencimiento de «la necesidad de impulsar medidas para racionalizar la actuación administrativa, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad» está inspirado en lo que dispone el propio art. 31.2 CE. En coherencia con ello, el art. 3.1.j de la misma ley formula el principio sin dejar lugar a dudas sobre la proyección económico-presupuestaria del mismo: «Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos».

[18] El control de la calidad de los servicios y la gestión administrativa surgió como apéndice o complemento de la clásica función de inspección intra-adminitrativa atribuida a las Inspecciones de servicios propias de cada ámbito del ejecutivo. Sobre tales bases, se habría desarrollado paulatinamente la atención al parámetro –más complejo– de la calidad en la prestación de los servicios públicos. En su implementación han proliferado, de un lado, medidas de reorganización administrativa y procedimental de diversa naturaleza (reducción de tiempos de tramitación, recurso a gestores privados, reestructuración y supresión de estructuras administrativas para eliminar duplicidades orgánicas…). De otro lado, y más recientemente, la calidad de la gestión administrativa pasa por una relación más estrecha y abierta con los administrados. De acuerdo con ello, se ha recurrido –entre otros instrumentos– a la elaboración de cartas de servicios; a la implantación de sistemas de evaluación y garantía de la calidad de los servicios (encuestas de satisfacción de usuarios, procedimientos para la resolución de quejas e implantación de sugerencias); y al estable-

Para terminar de constatar la proyección y reciente desarrollo del principio de eficiencia, conviene precisar que éste no se limita al ámbito autonómico y estatutario, sino que viene poniéndose también de manifiesto en el conjunto de la actividad legislativa estatal desarrollada, particularmente, en el contexto de la crisis económica iniciada en 2008 y al amparo del art. 135 CE y las sucesivas leyes de estabilidad presupuestaria. En efecto, la LOEPSF mantuvo en su artículo 7 el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos ya establecido en la primera Ley 18/2001, de Estabilidad Presupuestaria (art. 6). Éste se configura como principio orientado al cumplimiento de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, cuya articulación práctica debe tener lugar mediante la aplicación de «políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público» (art. 7.2 LOEPSF).

Al amparo de tales premisas, son muchas las disposiciones legales reguladoras de diversas áreas de actuación de los poderes públicos que han contemplado con cierta intensidad y abundancia previsiones en materia de eficiencia como medio para el cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera [19]. Al margen de la formulación en términos de principio [20], tales previsiones sobre eficiencia establecen, en unos casos, procedimientos y trámites orientados a garantizar la racionalidad de las decisiones de gasto de las administraciones públicas [21]. En otros casos, tienen por objeto hacer posi-

cimiento de cauces de participación directa de la ciudadanía en el control, planificación y diseño de las políticas públicas. Sobre el «desigual» desarrollo del control de la buena organización administrativa en sus inicios vid. Lazo Vitoria (2008: 74-83).

[19] Por citar sólo algunos ejemplos ilustrativos de dicha tendencia, pueden destacarse la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC); la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); la Ley 2/2014, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASEE); las reformas de los últimos años de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL); la Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS) y sus reformas recientes; o la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), entre otras.

[20] A título ilustrativo, el art. 3.1.j LRJSP establece la eficiencia como principio de actuación general de las Administraciones Públicas; lo que se precisa, además, para el sector público institucional, la gestión de sociedades mercantiles estatales y las relaciones interadministrativas (arts. 81, 112, 140.1.f LRJSP respectivamente). El art. 129 LPAC la contempla como principio de buena regulación (art. 129.1 LPAC). La LASEE la reconoce como uno de los principios rectores de la acción exterior del Estado (art. 3.2.d). Por su parte, en la LBRL la eficiencia es uno de los principios que informan el desarrollo de la autonomía local, la gestión del personal al servicio de los entes locales, la asignación de sus recursos económicos y la gestión tributaria municipal (arts. 2.1, 90.1, 133.f y 135.1 LBRL, respectivamente). Es, asimismo, uno de los principios que presiden la gestión de subvenciones conforme al art. 8.3.c LGS, y la contratación del sector público *ex* art. 28 LCSP.

[21] En tal sentido, véanse las previsiones contenidas en los arts. 73.1.e.2.º (sobre la capacidad de propuesta de medidas por los delegados del Gobierno), 86.2.a (requisitos para que una entidad del sector público institucional sea considerada medio propio y servicio técnico), 87.4.a (contenido de la memoria justificativa de la transformación de entidades del sector público institucional), 92.1.b (contenido del plan de actuación que justifica la creación de nuevos organismos públicos estatales), 114.1.b (contenido de la

ble una gestión eficiente de los procedimientos administrativos [22]. Sin embargo, las disposiciones sobre eficiencia que quizá resultan más relevantes y novedosas son, de un lado, aquellas que precisan el concepto de eficiencia en medidas o criterios concretos [23] involucrando incluso, en algunos casos, a los dos elementos del mismo: recursos y resultados; y de otro, destacan igualmente las previsiones destinadas a vigilar, evaluar o controlar [24] el cumplimiento de las exigencias de asignación y utilización eficiente de los recursos públicos.

---

propuesta de estatutos y del plan de actuación de una nueva sociedad mercantil estatal), todos de la LRJSP. Asimismo, pueden integrarse en esta categoría de referencias los arts. 25.4 (memoria económica que debe acompañar la regulación de las competencias municipales y la creación, en su caso, de servicios propios), 27.1 (sobre los requisitos exigibles para que el Estado o las Comunidades Autónomas deleguen el ejercicio de sus competencias en los municipios) y el apartado A) del art. 85.2 (sobre la memoria justificativa de la concreta forma de gestión directa de los servicios públicos locales por la que se opte) de la LBRL. También la LGS presenta ejemplos en esta línea en el art. 31.3 (obligación de presentar memoria justificativa de la elección de una propuesta económica distinta de la más ventajosa para la ejecución de los gastos subvencionables). Y finalmente, merecen también destacarse los arts. 279.c, 294.c LCSP (obligación de justificar el rescate de una concesión o de un servicio para su gestión directa por la Administración).

[22] Destaca particularmente en este sentido la eliminación del papel como consecuencia del derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas establecido de forma general por la actual LPAC (art. 14); y la exigencia de interoperabilidad entre registros electrónicos de diversas administraciones, así como la posibilidad de adhesión de unas Administraciones a las plataformas y registros electrónicos de otras (arts. 6.2 y DA 2.ª LPAC). Igualmente, la LGUM establece el principio de simplificación de cargas (art. 7) y obligaciones en materia de integración e intercambio electrónico de información entre autoridades de supervisión de agentes económicos (arts. 22-25). Por su parte, la nueva LCSP establece la generalización de la contratación electrónica (arts. 54, 138, 143, 334.2.d, entre otros) y trata de agilizar plazos y trámites con la regulación del nuevo procedimiento de adjudicación «abierto simplificado» (art.159) sin descuidar las garantías de transparencia y publicidad.

[23] Así, es frecuente que la eficiencia se identifique con la eliminación de duplicidades (arts. 87.4.a.2.º, 148.2.b, 154.1 LRJSP, 7 LGUM, 27.1 y 57.2 LBRL); la reducción de cargas administrativas y agilización de trámites (arts. 129.6 LPAC, 7 LUGM, 28.2 LCSP); la utilización conjunta de medios y servicios públicos (arts. 48.3, 95.1, 140.1.f, DA 5.ª LRJSP; 12 y DA 6.ª LASEE); los criterios económicos de ahorro (arts. 87.4.a.2.º LRJSP, DA 6.ª LASEE), reducción de costes (art. 36.1.h LBRL), rentabilidad económica y recuperación de inversión (art. 85.2 LBRL) o, incluso, austeridad (art. 3.2.d LASEE); la reutilización total o parcial de sistemas o recursos propiedad de la Administración (art. 157.3 LRJSP); y la utilización de formatos o modelos de información comunes y la creación de «ventanillas únicas» (arts. 22 y 23 LGUM), entre otras medidas que tienen una clara proyección sobre el gasto o recursos públicos comprometidos. Sin embargo, más allá de tales concreciones y aproximaciones, otras disposiciones recientes ofrecen una noción plena, integral, relacional y sustantiva de eficiencia al relacionarla con la determinación previa de objetivos o necesidades concretas llamadas a justificar y legitimar el gasto público (arts. 133.f LBRL, 1.1 LCSP, 8.1 LGS); en tal sentido, resulta paradigmática la incorporación «de manera transversal y preceptiva» de criterios sociales, medioambientales y de innovación en las decisiones de gasto eficientes que implica la contratación pública (vid. arts. 1.3, 28.2, 99.1 LCSP).

[24] Entre las medidas que plantean fórmulas de vigilancia, evaluación o control de la eficiencia, pueden señalarse: el informe anual de evaluación del cumplimiento del Plan Anual Normativo del Gobierno, que habrá de evaluar en todo caso la eficiencia de las normas (art. 28.2 Ley 50/1997, modificada por la LRJSP); el control de eficacia y supervisión continua previsto para la entidades del sector público institucional, que incluirá la adecuada utilización de los recursos (art. 85.2 LRJSP); la exigencia de justificación en términos de eficiencia de la utilización de registros y plataformas electrónicas propias, distintas a las de la Administración General del Estado (DA 2.ª LRJSP); el informe a emitir por el Ministerio de Hacienda sobre la propuesta de creación de oficinas de las Comunidades Autónomas en el Exterior (art. 12.2 LASEE); el informe bianual que se encomienda al Consejo Ejecutivo de Política Exterior sobre el cumplimiento de las directrices, fines y objetivos de Política Exterior y la eficiencia de los recursos empleados

3. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE EFICIENCIA COMO PARÁMETRO DE CONTROL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La relación de referencias normativas recién expuesta pone de manifiesto una tendencia legislativa, tanto estatal como autonómica, consistente en definir o concretar el principio de eficiencia en términos tanto formales (cautelas y procedimientos de toma de decisiones de gasto), como sustantivos (medidas concretas orientadas al cumplimiento de objetivos también definidos). De ello se desprende la intención de que la eficiencia juegue un papel realmente condicionante de las decisiones de los poderes públicos. La inmediata consecuencia de ello sería determinar en qué medida tales decisiones son susceptibles de control de validez o de adecuación a las exigencias derivadas del principio de eficiencia, pues parece ser ésa la finalidad que subyace, particularmente, a la formulación que hace del mismo el art. 7.3 LOEPSF al establecer que «[l]as disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación (…) que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos».

Para determinar en qué medida es viable esa valoración de las repercusiones y efectos de las decisiones sobre los gastos o ingresos públicos, y qué consecuencias se derivan de su inobservancia, parece oportuno acudir a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de eficiencia en la asignación de los recursos públicos *ex* art. 31.2 CE. Tales pronunciamientos no son numerosos, si bien cabe destacar que han aumentado desde la segunda década de los 2000 a raíz, precisamente, del desarrollo del principio de eficiencia en algunas de las normas a las que se ha hecho mención en este trabajo. Asimismo, son muy excepcionales los casos en que el Tribunal ha acometido el enjuiciamiento directo de la validez de una norma por su adecuación al principio de eficiencia. En la mayoría de las ocasiones han sido conflictos de naturaleza competencial, al hilo de los cuales, el Tribunal, ha manejado el criterio de la eficiencia como un argumento más, entre otros, para justificar la preferencia de un título competencial u otro. A pesar de tales circunstancias, las

(art. 39 y DA 6.ª LASEE); la exigencia de técnicas de control de oportunidad y eficiencia para el ejercicio de competencias delegadas a las Entidades Locales por el Estado o las Comunidades Autónomas (arts. 7.3 y 27.1 LBRL); el seguimiento que las Diputaciones deben realizar sobre los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia, proponiendo fórmulas de gestión coordinada más eficientes que permitan reducir costes (art. 36.1.h LBRL); o las tareas de supervisión atribuidas a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión y Oficina Nacional de Evaluación de la contratación pública creadas por la LCSP (arts. 332-333).

resoluciones del Tribunal Constitucional que a continuación se analizan, ofrecen argumentos muy reveladores sobre el alcance de la eficiencia como parámetro de control efectivo de la validez de las decisiones de gasto de los poderes públicos.

Un primer grupo de pronunciamientos permite identificar medidas admisibles constitucionalmente por considerarse adecuadas a las exigencias de eficiencia, así como obligaciones de procedimiento vinculadas al cumplimiento del principio de eficiencia. En ese sentido, en las SSTC 73/1996 (FJ 4), 133/1997 (FJ 9.f), 149/2011 (FFJJ 3 y 7) y 135/2012 (FFJJ 4-6), si bien no se cuestiona directamente la adecuación al principio de eficiencia de las concretas medidas impugnadas, el TC sí considera a favor de la validez de las mismas el hecho de que el legislador justificara, en parte, su reforma normativa en objetivos de eficiencia en la gestión de los recursos públicos [25]. En otros casos, el Tribunal sí ha entrado a calificar como eficientes conforme al art. 31.2 CE algunas medidas concretas como: aquellas que impiden la duplicidad de órganos y trámites innecesarios [26], la opción por un concreto procedimiento de adjudicación administrativa que permita la elección de la oferta más rentable económicamente [27], o la promoción del uso conjunto por varias administraciones de plataformas y registros electrónicos [28].

---

[25] Sirva para ilustrar esta línea jurisprudencial el modo en que el TC concluye su argumentación en el FJ 6 de la sentencia 135/2012, en que se cuestiona la reforma la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, en materia de concesión de autorizaciones de distribución de gas natural, y donde la atención a la eficiencia por parte del legislador se relaciona con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: «Si el principio de preferencia que establece el art. 73.7 de la Ley 34/1998 trata de primar la eficiencia y evitar que la redundancia de redes genere un perjuicio para el consumidor porque habría de hacer frente a los mayores costes que supondrían nuevas inversiones, no cabe duda que desde la perspectiva de la arbitrariedad ningún reproche se puede hacer al precepto impugnado».

[26] Así ocurre en las SSTC 187/1988 (sobre posible redundancia de actuaciones del Tribunal de Cuentas y la Sindicatura de Cuentas de Cataluña, vid. FJ 12), 18/1991 (donde se suscita similar conflicto con la Cámara de Cuentas de Galicia, FJ 4) y 204/1992, cuyo FJ 5 resulta elocuente: «(…) sería muy probablemente innecesario y, sin duda, gravoso y dilatorio que en un mismo procedimiento debiera recabarse sucesivamente dictamen de un órgano superior consultivo autonómico de características parecidas al Consejo de Estado y del propio Consejo de Estado, con desprecio de los principios de eficacia administrativa (art. 103.1 C. E.) y eficiencia y economía del gasto público (art. 31.2 C. E.). La aplicación de aquellos principios, esenciales para el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías, debe llevar a concluir que la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o la Ley Autonómica, establezcan lo contrario para supuestos determinados».

[27] En la STC 162/2009 se plantea la impugnación de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones Públicas por excederse de la regulación de las bases al obligar a seguir el procedimiento de concurso en lugar del de subasta para el arrendamiento de bienes patrimoniales. El TC considera adecuada (dentro de lo básico) esa imposición del legislador estatal, y justificada en los principios de buena administración de los intereses públicos (art. 103.1 CE) y de eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos (art. 31.2 CE), pues las reglas del concurso permitirían establecer en caso de empate la elección del interesado que ofrezca pagar mayor precio por la utilización del bien patrimonial de que se trate (vid. FJ 4).

[28] En la STC 55/2018, el Tribunal avala – sobre la base del principio de eficiencia entre otros argumentos – la constitucionalidad de las medidas previstas en la DA 2.ª LPAC en favor de la adhesión de las

Por lo que respecta al establecimiento de medidas de procedimiento destinadas a ordenar y orientar los procesos de toma de decisiones de las Administraciones Públicas estatales, autonómicas y locales, en el sentido de evitar ineficiencias regulatorias o la proliferación de entes instrumentales, el Tribunal ha avalado el establecimiento de obligaciones de información o comunicación entre Administraciones sobre el inicio de proyectos normativos y actuaciones relativas a materias como la unidad de mercado o la acción exterior [29]. Igualmente, ha considerado constitucionalmente admisible la previsión del legislador estatal de elaborar informes o memorias justificativas de la eficiencia de decisiones propias de la gestión municipal [30] como medio para garantizar el cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera [31].

Comunidades Autónomas y Entes Locales a las plataformas y registros electrónicos de la Administración estatal; siempre que ello no suponga una imposición limitativa de la competencia de autoorganización, y que la decisión autonómica o local de no adhesión no esté sujeta a un control administrativo estatal en sentido estricto (vid. FJ 11.f).

[29] En este sentido, véase el FJ 3 de la STC 79/2017, donde el TC avala el establecimiento de un sistema de intercambio electrónico de información y, más concretamente, la obligación, impuesta a las autoridades competentes por el artículo 14.2 LGUM, de poner a disposición del resto de autoridades determinada información en aquellos procedimientos de elaboración de normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado. Igualmente, el TC considera justificadas en el principio de eficiencia, entre otros argumentos, las previsiones de coordinación de la acción exterior del Estado y de las CCAA que contempla la LASEE (v.gr. arts. 12, 13, 34, 35, 37). Al respecto, vid. STC 228/2016 (FJ 10) y 85/2016 (FFJJ 4, 6, 8).

[30] A este respecto, en la STC 41/2016 se cuestionan diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local que modifican la LBRL. Algunos de ellos plantean diversos mecanismos que modulan tanto decisiones propias de los Entes Locales como de las Comunidades Autónomas en relación con la gestión de los municipios, sobre la base de argumentos como el principio de eficiencia. En la mayoría de los casos las exigencias derivadas del mismo se traducen en obligaciones de informar, justificar o elaborar memorias explicativas de las decisiones adoptadas, particularmente, sobre aspectos institucionales y orgánicos. Al respecto de ello, en el FJ 14 se afirma que «[l]a nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE)».

[31] Si bien no constituye el objeto central de este trabajo, no puede pasarse por alto la tendencia jurisprudencial puesta de manifiesto en algunas de las resoluciones referidas en este punto. Ésta conduce al Tribunal Constitucional a aceptar gran parte de las medidas legislativas estatales que condicionan decisiones organizativas y de gasto de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales sobre la base del cumplimiento de las exigencias de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (*ex* arts. 31.2 y 135 CE). El propio Tribunal se ha mostrado consciente del riesgo de expandir títulos competenciales estatales de carácter transversal (v.gr. 149.1. 13.ª, 14.ª o 18.ª CE) a partir de tales argumentos y fines, a costa de reducir espacios de decisión a las Comunidades Autónomas y Entes Locales. A tal efecto, ha valorado las obligaciones de información y justificación de la eficiencia que se han apuntado como mecanismos de cooperación y coordinación entre administraciones y no como imposiciones o controles administrativos exhaustivos *ex ante*. En ese sentido, véanse los FFJJ 3 y 4 de la STC 41/2016; así como el FJ 5 de la STC 130/2013, donde al interpretar la competencia estatal sobre la Hacienda General *ex* art. 149.1.14.ª CE, el Tribunal equipara la amplitud de la intervención estatal sobre los ingresos y sobre el gasto público, de donde se derivan mayores posibilidades de control desde el Estado sobre el gasto autonómico; y el voto

A pesar de admitir tales previsiones de carácter procedimental, el Tribunal no ha llegado a aceptar como exigencias directas del principio de eficiencia la realización por el legislador de determinadas comprobaciones o estudios previos a la reforma o derogación de normas que supongan variaciones o movilizaciones importantes de recursos públicos [32]. Así, en la STC 237/2017 se cuestionaba la constitucionalidad del Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modificaba con notable profundidad la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional. Parte de los argumentos del recurrente (vid. AH 1.j) apuntaban que el decreto-ley se había adoptado desconociendo las exigencias del principio de eficiencia (art. 31.2 CE), pues no se habían justificado con suficiencia los motivos para la derogación del plan hidrológico original, que había sido avalado por numerosos estudios técnicos; ni se habían valorado los costes e impactos económicos de la derogación (memoria económica y de costes). Al margen de otras consideraciones sobre las que se volverá más adelante, el Tribunal se limitó a rechazar tales alegaciones por cuanto que la discusión sobre los costes de la reforma estuvo presente «en el curso del debate parlamentario de convalidación del Real Decreto-ley»; lo que se estimó suficiente, sin mayores precisiones, para entender que «esta cuestión no fue ajena al proceso de elaboración de la norma impugnada» (FJ 9.c).

Un segundo grupo de pronunciamientos del Tribunal que merecen atención son aquellos que admiten la posibilidad de que las decisiones de los poderes públicos sujetas a exigencias de eficiencia sean objeto de control desde este parámetro. En unas ocasiones, dicha posibilidad se concibe de forma tímida y limitada. Así ocurre con la obligación, impuesta a las autoridades estatales y autonómicas por el artículo 14.2 LGUM, de poner a disposición del resto de autoridades determinada información en aquellos procedimientos de elaboración de normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado, al objeto de evitar disfunciones regulatorias. La STC 79/2017 admite la medida en tanto que instrumento de cooperación entre administraciones, establecido por el Estado sobre la base de su competencia *ex* art. 149.1.13.ª CE, y en ningún caso como mecanismo de control *ex ante* o de tutela de la Comunidad Autónoma (FJ 3) por parte del Estado.

---

particular de la Magistrada Balaguer Callejón a la STC 55/2018, entre otras referencias. Sobre los efectos del art. 135 y la LOEPSF en la autonomía financiera de las CCAA, vid. Escribano López (2014); Carrasco Durán (2013); Medina Guerrero (2013).

[32] Ese debate se plantea en la STC 196/2011, en relación con el art. 6.2 de la original Ley de estabilidad presupuestaria (Ley 18/2001), si bien el Tribunal no llega a responder directamente a la cuestión de si la eficiencia exige determinadas cautelas en la elaboración de normas o adopción de decisiones de gasto (FJ 8).

En otras ocasiones, sin embargo, el TC – sin dejar de concebir los mecanismos de vigilancia y consideración de la eficiencia como formas de colaboración o coordinación interadministrativas – sí apunta expresamente la posibilidad de que el incumplimiento o inobservancia de tales cautelas procesales o sustantivas sean objeto de un control judicial a posteriori, cuyas condiciones no llega a precisar. Así, en relación con la ya referida DA 2.ª LPAC, que promueve la adhesión de las Comunidades Autónomas y Entes Locales a las plataformas y registros electrónicos de la Administración estatal, y la obligación de aquéllas de justificar ante el Ministerio de Hacienda su no adhesión, el TC afirma que: «las Comunidades Autónomas y las entidades locales podrían ejercer su potestad de autoorganización en el sentido de preservar o instaurar sus propias plataformas aunque el Estado considerase insuficiente la motivación dada. El único control posible sería el que hicieran, en su caso, los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en torno a si la decisión de aquellas se ajusta a los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como el de los órganos encargados de la fiscalización (externa o interna) de las cuentas públicas» (FJ 11.f). En ese mismo sentido, pero en relación con las también mencionadas previsiones sobre coordinación de la acción exterior estatal y autonómica contenidas en la LASEE [33], la STC 228/2016 afirma: «[e]l eventual incumplimiento por la Generalitat de los requisitos de coordinación establecidos por el legislador estatal *ex* art. 149.1.3 CE, al crear oficinas o delegaciones de Gobierno de la Generalitat en otros Estados, podrá desde luego ser motivo para impugnar ante la jurisdicción competente los correspondientes Decretos de creación de esas oficinas en el exterior» (FJ 10).

Finalmente, es obligado detenerse en las SSTC 237/2012 y 19/2013. En ellas se resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional; y constituyen prácticamente los dos únicos supuestos en que se alega la inconstitucionalidad de una ley por vulneración directa del principio de eficiencia en la asignación de los recursos públicos *ex* art. 31.2 CE. Esta circunstancia da pie, en primer término, a que el TC se pronuncie sobre el limitado alcance del control que puede realizar sobre el cumplimiento del principio de eficiencia. Así, en respuesta a las alegaciones que tachaban de arbitrarias (e ineficientes) las reformas del plan hidrológico original por entender que éstas no habían sido justificadas suficientemente al no rebatir los informes técnicos que lo avalaron, y obviar los costes económicos de su derogación; el Tribunal afirma que sólo le corresponde un «control

[33] Véase también sobre la misma materia la STC 85/2016 (FJ 4).

externo» de las normas impugnadas. Dicho control se atiene a unos cánones que «no son tan laxos como para permitir una valoración en términos de oportunidad política o de bondad técnica de las decisiones sometidas», ni puede suponer un «un control estricto de calidad, acaso de perfección, ni a una comparación entre alternativas cuando todas ellas tienen cabida, como aquí sucede, en el texto constitucional» (STC 237/2012, FJ 12). Y, en referencia expresa a la supuesta inobservancia del principio de eficiencia, se muestra contundente al afirmar que «no compete a este Tribunal Constitucional dar respuesta a esa discrepancia, pues no está llamado a pronunciarse sobre las bondades técnicas o idoneidad de la norma para alcanzar los fines expresamente perseguidos, como tampoco apuntar ni valorar la eventual existencia de alternativas más apropiadas. El juicio de constitucionalidad que este Tribunal emite lo es exclusivamente de validez y no de oportunidad ni de eficiencia» (STC 237/2012, FJ 7.b).

Si bien el Tribunal Constitucional, en relación con el principio de eficiencia, pone mucho más empeño en definir –en negativo– lo que no es ese «control externo» que le compete, que en determinar –en positivo– en qué se concretaría [34]; las dos sentencias de referencia sí ofrecen, en segundo lugar, algunos argumentos que explicarían ese estrecho y limitado margen de control. Tales argumentos van referidos al escaso alcance limitativo de la capacidad y libertad de legislar que cabe atribuir al parámetro o criterio de eficiencia dada su particular naturaleza indicativa, discrecional, valorativa y, en suma, abierta a la valoración política. En ese sentido, el Tribunal establece que la eficiencia –y economía– en la gestión de los recursos públicos son ante todo «dos objetivos que deben ser objeto de ponderación en la definición de las políticas públicas y en la aprobación y ejecución de las normas y regulaciones en que se traduzcan». Pero como tales objetivos, admiten medios e intensidades de consecución diversas [35]; lo que impediría realizar un control estricto, al menos, en clave de validez jurídica. Por ello concluye que «[c]iertamente, la derogación de cualquier norma que contenga, siquiera sea implícitamente, una programación

[34] A este respecto, se señaló anteriormente que el Tribunal consideró suficiente el hecho de que la discusión sobre los costes de la reforma estuviera presente «en el curso del debate parlamentario de convalidación del Real Decreto-ley»; lo que se estimó bastante, sin mayores precisiones, para entender que el debate sobre la eficiencia o ineficiencia económica de la derogación no fue ajeno al proceso de elaboración de la norma impugnada (STC 237/2012, FFJJ 9.c y 11). De ello se deriva que el control externo o formal que corresponde al TC se limitaría a verificar que la decisión normativa se acomete con un mínimo argumentario, en cuyo análisis de fondo no se entraría, que el mismo se explicita en el proceso de elaboración de la norma y, en definitiva, que no responde a una opción puramente arbitraria y carente de justificación alguna.

[35] En ese sentido, ya se indicó anteriormente que en la STC 41/2016 se admitió la validez de las medidas de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local establecidas por la Ley 27/2013, por considerar que expresaban una «opción legítima» – entre otras, se entiende – y «con independencia de la eficacia real» de las mismas (FJ 14).

de gasto público a medio y largo plazo genera unos costes que pudieran considerarse ineficientes si se examinaran desde una perspectiva exclusivamente contable, pero que pudieran merecer una valoración distinta analizados desde otras ópticas» (STC 237/2012, FJ 10).

De esta forma, el Tribunal asume que la eficiencia –como se expuso al inicio de este trabajo– es un concepto complejo, que involucra tanto a los recursos o gasto de las políticas públicas, como a sus resultados; y que el análisis del mismo exige manejar variables y factores («ópticas», dice el Tribunal) no sólo económicos o cuantitativos, sino también cualitativos y menos tangibles. Tales características son las que impiden, o al menos dificultan, que un órgano de naturaleza jurisdiccional pueda emitir juicios concluyentes sobre la eficiencia, al menos sustantiva, de una determinada medida. Sin embargo, sería natural que ello sí pudiera hacerse en el contexto del debate y control político de las decisiones de gasto público. De acuerdo con ello, y en referencia a los conflictos relativos a la derogación del plan hidrológico nacional, el Tribunal afirma que, tras la referencia al principio de eficiencia en la programación y ejecución del gasto público, «subyace exclusivamente la expresión de la legítima discrepancia del Gobierno de la Generalitat Valenciana [parte recurrente] con las soluciones adoptadas en el Real Decreto-ley 2/2004 [norma impugnada]» (STC 237/2012, FJ 7.b).

4. CONCLUSIONES

El recorrido normativo y jurisprudencial realizado en estas páginas en torno al principio de eficiencia en la asignación de los recursos públicos permite llegar a las siguientes conclusiones:

– La normativa tanto estatutaria como estatal analizada ponen de manifiesto que existe una clara intención de sujetar las decisiones de gasto público a criterios de eficiencia. A tal efecto, desde las reformas iniciadas en 2006, la eficiencia es objeto de un tratamiento más rico y detallado en algunos Estatutos de Autonomía que en el art. 31.2 CE. Además, la proliferación de referencias estatutarias a la eficiencia evidenciaría que dicha tendencia surge, incluso, con anterioridad a la reforma del art. 135 CE en 2011, si bien no puede negarse la influencia del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera establecido inicialmente en la primera Ley 18/2001, de Estabilidad Presupuestaria (art. 6).

– El principio de eficiencia en el gasto público es exigible tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas y los Entes Locales. Prueba de ello es

cómo los Estatutos de Autonomía tratan de condicionar las decisiones de gasto de los poderes públicos autonómicos a la observancia del criterio de eficiencia. A pesar de ello, en la primera década de los 2000, algunas normas estatales han tratado de establecer mecanismos de promoción, supervisión y control «suave» de algunas decisiones organizativas y de gasto de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales. El TC ha considerado admisibles tales previsiones desde la perspectiva del reparto de competencias, en la medida en que las ha calificado como medidas de colaboración y coordinación interadministrativas y no como controles administrativos estrictos, dada su configuración abierta y no imperativa. No obstante, el propio Tribunal ha advertido del riesgo de una interpretación expansiva de algunos títulos competenciales estatales de carácter transversal por su vinculación a los objetivos de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y eficiencia en la asignación de los recursos públicos.

– Las previsiones dictadas en desarrollo y concreción del principio de eficiencia han tratado de configurar los elementos necesarios para un efectivo control de eficiencia de las disposiciones normativas y decisiones de gasto de las Administraciones Públicas; ya sea estableciendo normas de procedimiento, que aseguren una toma racional de las decisiones de gasto, ya sea mediante normas sustantivas que traten de identificar concretos criterios de decisión (no sólo económicos) que garanticen su eficiencia. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de que dicho control de eficiencia corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa, su jurisprudencia ofrece también sobrados argumentos que ponen de manifiesto las dificultades que presenta el concepto de eficiencia para que dicho control sea posible desde el ámbito jurisdiccional y en clave sustantiva.

– El Tribunal Constitucional entiende que la eficiencia es un objetivo al que deben orientarse las decisiones y políticas de gasto de los poderes públicos, y que en su realización efectiva concurren factores y variables heterogéneas tanto tangibles, como los costes económicos, como cualitativas o intangibles, como los efectos sociales o medioambientales de la política en cuestión. Ello hace de la eficiencia un parámetro complejo cuya valoración en términos de validez se hace difícil desde la actividad jurisdiccional, al estar expuesto a diversas apreciaciones en términos de oportunidad o idoneidad técnica.

– Lejos de dejar caer el concepto de eficiencia en el más absoluto relativismo, haciendo del mismo un principio vacío y carente de control posible, su particular naturaleza compleja lo hacen más idóneo de un control técnico y político. Así parecen apuntarlo algunas de las previsiones estatutarias que atribuyen a sus Órganos de Control Externo del gasto público tareas de fiscalización no sólo de la legalidad de la actividad económico-financiera y contable

del sector público autonómico, sino también de su eficiencia (arts. 80.1 EACat y 46.1 EAE); previendo para ello técnicas de control de impacto de las políticas públicas que permiten un análisis integrado de los recursos invertidos y los resultados obtenidos, como las llamadas auditorías operativas [36] (art. 112.1 EAAr) o los sistemas de evaluación de las políticas públicas (art. 138 EAAn). Estas técnicas de análisis, hacia las que evoluciona la actividad de los OCEX, permiten una completa valoración de las políticas de gasto desde la perspectiva de la eficiencia, de manera que sus resultados enriquecerían con argumentos sólidos y contrastados el control político de las políticas públicas; forzando así su corrección y mejora [37].

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bayona Perogordo, J. J. (1991), *El Derecho de los Gastos Públicos*, IEF, Madrid.

Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (2008), *Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas*, Lex Nova: Valladolid.

Carrasco Durán, M. (2013), «Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n. 18, 169-206.

Cazorla Prieto, L. (1985), «Artículo 31», en Garrido Falla, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas: Madrid.

Escribano López, F. (2014), «La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas: Crisis económica, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», en Malvárez Pascual, L. A. y Ramírez Gómez, S. (dirs.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Aranzadi, 39-60.

Fabado i Alfonso, E. (1991), *Auditoría de economía, eficiencia y eficacia en el sector público: principios, normas, límites y condiciones para su realización. Aplicación práctica*, Cámara de Comptos de Navarra.

Fernández Llera, R. (2009), «Fiscalización de la gestión pública en los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas», *PGP*, n. 57, 135-154.

Genaro Moya, M. D. (2016), «Consideraciones en torno a la fiscalización operativa o de gestión», *RECE*, vol. XXVIII, n. 53, pp. 11-37.

Gómez Sánchez, Y. (2001), *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid.

Lazo Vitoria, X. (2008), *El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el Derecho Administrativo*, Tecnos: Madrid.

[36] Sobre el potencial desarrollo de los OCEX de las CCAA en el sentido apuntado, vid. Fernández Llera (2009); Navas Vázquez (2002); Biglino Campos, Durán Alba (2008); Ruiz Fonticiella (2005).

[37] Para una explicación mucho más argumentada de esta propuesta de desarrollo y concreción del control de eficiencia, permítase el reenvío a Pérez Domínguez (2014).

López Hernández, A. M. y Ortiz Rodríguez, D. (2004), «Los indicadores de gestión y el control de eficiencia del sector público», *Revista Española de Control Externo (RECE)*, n. 18, 191-193.

Mallado Rodríguez, J. A. (1992), «Observación y medidas operativas del gasto público», *Anales de estudios económicos y empresariales*, n. 7, 189-191.

Martínez Lago, M. A. (2013), «Principios informadores del sistema tributario y el gasto público», en *Base de Conocimiento Jurídico*, Iustel, 2013 (disponible en www.iustel.com).

Martínez Martí, G. & Muñoz San Román, E. (2017), «Doce propuestas de mejora y una desiderata desesperada sobre la eficacia y eficiencia de los Órganos de Control Externo (OCEX)», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n. 69, pp. 57-68.

Medina Guerrero, M. (2013), «El Estado Autonómico en tiempos de disciplina fiscal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, 109-147.

— (2012), «Artículo 189. Asignación del gasto público», en Cruz Villalón, P. y Medina Guerrero, M., *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tomo IV, Parlamento de Andalucía., 2703 ss.

Navas Vázquez, R. (2002), *Estudios sobre el control externo autonómico*, Civitas:Madrid.

— (2012), «El control del gasto público», en Sánchez Pino, A. J. y Pérez Guerrero, M. L., *Derechos sociales, políticas públicas y financiación autonómica a raíz de los nuevos estatutos de autonomía. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Tirant lo Blanch: Valencia.

— (2017), «Crisis y reforma del control externo», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.173, pp. 77-96.

Pascual García, J. (2005), *Régimen Jurídico del Gasto Público. Presupuestación, ejecución y control*, 4.ª ed., BOE: Madrid.

Pérez Domínguez, F. (2014), «El control de eficiencia del gasto público en el contexto de la evaluación de las políticas públicas», en Malvárez Pascual, L. A. y Ramírez Gómez, S. (dirs.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Aranzadi, 83-114.

Prior, D. (2011), «Eficacia, Eficiencia y Gasto Público: ¿Cómo mejorar?», *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 13, 11-20.

Rodríguez Bereijo, Á. (1978), «Derecho Financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios en la Constitución», en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, CEC: Madrid.

Rodríguez González, R. y Fuentes Martín, M. C. (1994), «El control de gestión como instrumento de optimización de la función pública», *Anales de estudios económicos y empresariales*, n. 9, 126-130.

Rueda López, N. (2011), «La eficiencia y su importancia en el sector público», *eXtoikos*, n. 1, 38-47.

RUIZ FONTICIELLA, M. T. (2005), «La auditoría operativa de gestión pública y los organismos de control externo. El caso español», *Innovar: Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, vol. 15, n. 25, 120-137.

TERMES ANGLÉS, F. (1999), *L'auditoria de performance*, Sindicatura de Comptes de Catalunya: Barcelona.

VALLÈS VIVES, F. (2003), *El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional*, CEPC: Madrid.

LA MUTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PRESUPUESTARIO

RAFAEL SANZ GÓMEZ*
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El principio de competencia ante la incorporación de nuevos actores al ciclo presupuestario. 3. La transformación de la Ley de Presupuestos en una pieza dentro de un todo mayor. 3.1 La función económica de la Ley de Presupuestos y su desplazamiento hacia la planificación presupuestaria. 3.2 Los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública. 4. Nuevos fenómenos de deslegalización en el Derecho financiero. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Los principios jurídicos son un tipo de norma particularmente adecuado para dar coherencia a un determinado ámbito del derecho. Nos sirven también para describir la estructura de un (sub)ordenamiento. En este sentido, en materia de gasto público, los principios constitucionales son los de equidad y eficacia (31.2 CE), el principio de competencia (134.1 CE) –término que preferimos al de legalidad, puesto que el Gobierno también tiene funciones constitucionalmente delimitadas en la elaboración del Presupuesto–, los prin-

* rafaelsanz@der.uned.es.

cipios de anualidad y de unidad y universalidad [1] (134.2 CE) y el principio de estabilidad presupuestaria (135 CE). En puridad, los arts. 31.2 y 135 CE se aplican al gasto público en su conjunto; los principios del art. 134 CE se refieren al Presupuesto como tal. Por su parte, el art. 135 CE también contiene algunos principios relativos a la deuda pública, como el de legalidad o el de sostenibilidad financiera (135.3 CE).

Los principios surgen en un determinado contexto que luego puede experimentar modificaciones; un sistema jurídico puede diseñarse de manera más rígida o más flexible, de manera que pueda adaptarse a los cambios externos o, por el contrario, procurando que su tendencia sea a volver al mismo punto de equilibrio si se produce una alteración de algún tipo. Durante los cuarenta años de vigencia de la Constitución española, los principios clásicos de los arts. 31.2 y 134 han sufrido modificaciones más o menos tácitas, como consecuencia de la evolución del Estado y sus funciones y de la integración en la Unión Europea. De hecho, es relativamente frecuente entre la doctrina tributarista calificar de «mutación constitucional» la influencia del Derecho de la Unión Europea en nuestro derecho presupuestario (Martínez Lago, 2018; Ruiz Almendral, 2018), que luego sí ha devenido reforma explícita en 2011.

2. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA ANTE LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS ACTORES AL CICLO PRESUPUESTARIO

El principio de competencia (que marca la división de funciones entre Gobierno y Parlamento) ha sido transformado por la entrada de otros agentes, fundamentalmente las instituciones de la Unión Europea. La función de las Cortes (que ejercen mediante la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en lo sucesivo LPGE) es una función de control, más que decisoria. La confección del proyecto de LPGE corresponde al Gobierno (art. 134.1 CE) en tanto que constituye una herramienta fundamental para su política económica (art. 97 CE), tal y como señaló tempranamente la STC 27/1981. Por ello, el Ejecutivo dispone de mecanismos para evitar la pérdida de coherencia del proyecto durante su tramitación parlamentaria (un derecho de veto que, solo para una parte minoritaria de la doctrina, emana direc-

[1] «Los Presupuestos Generales del Estado […] incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal». Como señala, el Tribunal Constitucional, de aquí se extraen tanto el principio de unidad («los presupuestos deben contenerse en un solo documento») como de universalidad («ese documento debe acoger la totalidad de los gastos e ingresos del sector público»), según la STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4.

tamente del art. 134.6 CE; pero que está previsto en los reglamentos de las Cámaras [2]) y, sobre todo, durante su ejecución (art. 134 CE, apartados 5 y 6).

El sistema de control del déficit público en la UE se vincula con la creación de la Unión Monetaria, puesto que se consideró necesario, para crear una moneda común, acometer un proceso de coordinación de las políticas económicas y presupuestarias. Si el art. 121 TFUE prevé un mecanismo de supervisión horizontal de las políticas económicas, el art. 126 TFUE (sumado al Protocolo núm. 12) prevé que, en caso de déficit excesivo, se podrán aplicar medidas crecientemente represivas: recomendaciones, advertencias y una serie de medidas coercitivas [3]. En noviembre de 2011 se produjo una reforma sustancial del entramado jurídico de la UE a través del «*six-pack*» (cinco reglamentos y una directiva); en 2013 se aprobó el denominado «*two-pack*» (dos reglamentos de coordinación presupuestaria). Finalmente, debe hacerse mención al Pacto por el Euro Plus (acordado por el Consejo Europeo en 2011) y dos tratados, ambos de 2012: el Tratado que constituye el Mecanismo Europeo de Estabilidad y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria.

Como consecuencia de todos estos cambios, el ciclo presupuestario diseñado (someramente) en la Constitución debe integrarse con el llamado «semestre europeo». La única disposición constitucional que está directamente relacionada con el ciclo presupuestario es la obligación del Gobierno de presentar el proyecto de Presupuestos ante el Congreso, como máximo, el uno de octubre. Ahora, este proyecto habrá tenido que ser elaborado en coordinación con las instituciones de la UE, que no solo supervisan el resultado de las cuentas públicas (expresado como límites al déficit y a la deuda pública) sino también todas las fases del ciclo presupuestario (Ruiz Almendral, 2018). La consecuencia, según esta autora, es que recaen sobre España dos tipos de obligaciones: de resultado (la obligación de alcanzar determinadas cifras de déficit y endeudamiento) y de transparencia (la obligación de facilitar en plazo información adecuada y suficiente sobre el ciclo presupuestario).

---

[2] «Quienes se han ocupado de esta cuestión han coincidido en señalar, mayoritariamente, que la limitación para la presentación de enmiendas y proposiciones que impliquen incremento de gasto o disminución de ingresos del art. 134.6 CE ha de referirse a la tramitación de normas posteriores y distintas de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, pero no a ésta» (Jiménez Díaz *et al*, 2016).

[3] El art. 126.11 TFUE prevé (1) exigir al Estado miembro de que se trate que publique una información adicional, que el Consejo deberá especificar, antes de emitir obligaciones y valores; (2) recomendar al BEI que reconsidere su política de préstamos respecto al Estado miembro en cuestión; (3) exigir que el Estado miembro de que se trate efectúe ante la Unión un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado, hasta que el Consejo considere que se ha corregido el déficit excesivo; (4) imponer multas de una magnitud apropiada.

Es cierto que, como ha afirmado el Tribunal Supremo, «ninguna norma (ni de Derecho [de la UE] ni de Derecho interno) permite a las instituciones europeas […] decidir cómo, por qué procedimientos o por decisión de qué organismos nacionales han de cumplirse las medidas adoptadas por la UE en un Procedimiento de Déficit Excesivo» [4]. Esta afirmación es generalizable a cualquier cuestión sobre organización interna. No existen modificaciones expresas, pero veremos que sí podemos identificar ejemplos de mutaciones implícitas.

3. LA TRANSFORMACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTOS EN UNA PIEZA DENTRO DE UN TODO MAYOR

No es novedad afirmar que es más adecuado hablar de «Derecho del gasto público» que de «Derecho presupuestario». Son varias las razones por las cuales la Ley de Presupuestos ha dejado de ser el centro total e indiscutible de la ordenación jurídica del gasto público. Una de ellas es que su elaboración se inserta en una planificación plurianual, como consecuencia de la necesidad de planificar unos gastos del Estado cada vez más relevantes y complejos, que tienen carácter plurianual. Como ya señalaba la Ley General Presupuestaria de 1977, la observancia del principio de temporalidad presupuestaria supone «dificultades» para «las Haciendas públicas de los modernos Estados intervencionistas» [5]. Ruiz Almendral (2018) apunta que la división de los gastos en ejercicios anuales no deja de ser una ficción para permitir el control parlamentario. El fenómeno de desbordamiento del principio de anualidad se agudiza como consecuencia de las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria.

3.1 **La función económica de la Ley de Presupuestos y su desplazamiento hacia la planificación presupuestaria**

Tradicionalmente se afirma que el presupuesto tiene tres funciones: económica (racionalización de la actividad financiera del Estado), política (con-

[4] Sentencia núm. 1039/2016 de 10 mayo, FJ 7.

[5] Por tanto, se trata de una cuestión ya previa al período temporal que queremos analizar, sin perjuicio de que se trate de una cuestión que ha ido haciéndose más relevante a lo largo del tiempo. Esta Ley de 1977 sustituye a la Ley de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, que no establecía disposición alguna al respecto; pero, como señala la exposición de motivos de la Ley de 1977, «las leyes de presupuestos las vienen incorporando [se refiere, claro está, a las previsiones sobre gastos plurianuales] a su texto en cada ejercicio financiero, por lo que se cuenta con una experiencia suficiente y satisfactoria que aconseja su introducción en la presente Ley».

trol de la acción del Gobierno por parte del Parlamento) y jurídica (autorización de gasto). La función económica depende cada vez más de la programación presupuestaria, que tiene carácter plurianual, cuyo rol se refuerza y se transforma (y se vincula a los marcos de la Unión Europea). No cabe soslayar tampoco la creciente importancia de una serie de gastos obligados; lo cual de nuevo desemboca en la necesidad de mejorar la planificación más allá del horizonte de un año. Las dos partidas principales de los presupuestos son la destinada a la deuda pública (que en la LPGE para 2018 ascienden a 112.858 millones de euros destinados a la devolución de capital e intereses) y a pensiones y otras prestaciones de protección social (la LPGE para 2018 prevé 143.559 millones de euros en concepto de transferencias corrientes para pensiones y prestaciones económicas de la Seguridad Social, a lo que deben sumarse 14.791 millones para pensiones y otras prestaciones de clases pasivas). Es bien sabido que la inclusión de los créditos destinados a la devolución de la deuda pública es una obligación constitucional *ex* art. 135 CE. En relación con el gasto en protección social, aunque no existe tal deber, tampoco puede soslayarse la importancia de los arts. 41 y 50 CE, en relación con el art. 9.3. Este carácter obligado (o casi obligado), sumado a su relevancia cuantitativa, justifica que en relación con la deuda pública y con las pensiones –la partida más relevante en protección social– se prevean mecanismos para garantizar la sostenibilidad (la capacidad de generar ingresos para afrontar los compromisos de gasto presentes sin comprometer los futuros) [6].

Los Presupuestos Generales del Estado se definen en el art. 32 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en lo sucesivo, LGP) como «la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal». El contenido necesario del Presupuesto, según la doctrina del Tribunal Constitucional español, comprende la previsión de ingresos y la autorización de gastos del sector público estatal y, por exigencia de la normativa europea, debe existir un equilibrio entre ambos. Por ello, los principios de unidad y universalidad se están viendo reforzados (Ruiz Almendral, 2018).

Los reglamentos de las Cámaras prevén que el debate de la LPGE se centrará en el estado de gastos y en el articulado [7]. La razón es que el estado de

[6] En el caso de las pensiones, véase el art. 18.3 LOEPSF.

[7] El art. 134.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados afirma que «El debate del Presupuesto se referirá al articulado y al estado de autorización de gastos. Todo ello sin perjuicio del estudio de otros documentos que deban acompañar a aquél». La redacción del art. 150.1 del Reglamento del Senado es prácticamente idéntica.

ingresos es una mera estimación, y la autorización para ingresar no procede de la LPGE sino, fundamentalmente, de las leyes tributarias, que en España son permanentes [8]. Sin embargo, resulta clave estimar correctamente los ingresos: prever más ingresos de los reales perjudicaría a los principios de estabilidad presupuestaria (por razones obvias) y universalidad (la LPGE no reflejaría adecuadamente todos los ingresos y gastos del Estado, dificultando el control parlamentario).

Tanto la LPGE para 2009 como la LPGE para 2010 fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional, entre otros motivos, por considerar que no contenían una previsión de ingresos realista. El Tribunal resolvió los recursos, respectivamente, en la STC 206/2013, de 5 diciembre, y la STC 217/2013, de 19 diciembre. De su lectura podríamos afirmar que la previsión de ingresos no sólo no está sujeta a control parlamentario sino, en la práctica, tampoco del TC. Este se limitó a comprobar si la previsión de ingresos [9] «carece de toda explicación racional»; algo que se descartó desde el momento en que las previsiones económicas que servían como base a la elaboración del presupuesto «se elaboran siguiendo un proceso en el que intervienen distintos agentes». El Tribunal tenía que aplicar el principio de interdicción de la arbitrariedad en un ámbito complejo y técnico, por lo que era razonable que se limitase a comprobar que se habían seguido los cauces previstos (que están fuertemente determinados por el contexto UE: ambas sentencias hicieron referencia expresa al «doble ciclo presupuestario» derivado del semestre europeo [10]). Así, el control constitucional se ve desplazado en la práctica por el control en el marco de la UE puesto que, existiendo este, la previsión se considerará razonable en todo caso y, por tanto, conforme con el art. 9.3 CE.

El art. 4.1 de la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros (que forma parte del «*six-pack*») prevé una serie de normas para la determinación de las previsiones macroeconómicas y presupuestarias en que se basará luego la planificación presupuestaria, transpuesta tardíamente al Derecho español por el Real Decreto 337/2018, de 25 de mayo, sobre los requisitos aplicables a las previsiones macroeconómicas y presupuestarias.

Las previsiones macroeconómicas o presupuestarias deberán formularse sobre la base de la información más reciente y de un principio de prudencia que

[8] También en la teórica ley de emisión de deuda, que realmente se incluye en la propia Ley de presupuestos.

[9] Concretamente, la contenida en el art. 4 LPGE para 2009, que lleva por título «De la financiación de los créditos aprobados en el art. 2 de la presente Ley».

[10] STC 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 8.

se concreta en la necesidad de tener en cuenta los riesgos que, de materializarse, puedan incrementar el gasto o reducir el ingreso público; en la necesidad aplicar el escenario macropresupuestario más probable, o uno más prudente; y en la realización de un análisis de sensibilidad. En segundo lugar, se prevé un diálogo multinivel: se tendrán en cuenta las previsiones de la Comisión y otros órganos independientes, como la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en España (en lo sucesivo, AIReF); además, la Directiva exige motivar o justificar las diferencias relevantes entre el escenario macropresupuestario elegido y la previsión de la Comisión. Finalmente, las previsiones macroeconómicas y presupuestarias se someterán a «evaluación periódica, no sesgada y general que se basará en criterios objetivos, y que incluirá la evaluación *ex post*» para, en caso de desviación, modificar la metodología aplicada.

3.2 **Los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública**

Tal y como prevé el art. 15 LOEPSF, del presupuesto se desgaja un elemento, que son los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, fijados mediante Acuerdo del Consejo de Ministros y remitidos a las Cortes para su aprobación o rechazo en bloque por cada una de las Cámaras (de forma que tanto el Congreso como el Senado tienen poder de veto). De acuerdo con el apartado primero del artículo, el Acuerdo contendrá también el límite de gasto no financiero para el Estado central (conocido como «techo de gasto»), que marca el techo de asignación de recursos de los presupuestos [11].

La naturaleza de este instrumento no es clara. Santaolalla López (2018) ha mostrado su perplejidad ante «un fallo garrafal y básico, como es omitir la forma jurídica que corresponde a la aprobación de las Cámaras». El Tribunal Supremo se ha pronunciado sólo parcialmente al respecto, en una sentencia que presenta un voto particular discordante.

Los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública constituyen un elemento de planificación presupuestaria. En el marco de la LPGE, enlazan con los escenarios presupuestarios plurianuales regulados en el art. 28 LGP, los cuales «constituyen la programación de la actividad del sector público estatal con presupuesto limitativo» y definen «los equilibrios presupuestarios básicos, la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar a las

[11] Según el art. 30.1 LOEPSF, «El Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales aprobarán, en sus respectivos ámbitos, un límite máximo de gasto no financiero, coherente con el objetivo de estabilidad presupuestaria y la regla de gasto, que marcará el techo de asignación de recursos de sus Presupuestos».

políticas de gasto, en función de sus correspondientes objetivos estratégicos y los compromisos de gasto ya asumidos». Estos escenarios presupuestarios anuales se ajustarán al objetivo de estabilidad presupuestaria correspondiente al Estado y a la Seguridad Social fijado de conformidad con lo establecido en el art. 15 LOEPSF; y se desarrollarán en los programas plurianuales ministeriales (art. 29 LGP), estructurados por centros gestores, que establecen los objetivos a conseguir y las acciones y dotación económica necesarias para ello.

La naturaleza materialmente presupuestaria de los objetivos de estabilidad y deuda pública nos parece evidente, ya que la cuantía de los ingresos y gastos establecidos en el presupuesto dependerán de los límites de déficit y deuda pública aprobados con anterioridad [12]. Concretamente, señala Ferrández García (2017, 298) que el techo de gasto constituye un «hilo conductor» entre los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y la LPGE, «ya que se convierte en la plasmación material, numérica y directa de esa obligación de los Presupuestos de respetar los objetivos de estabilidad presupuestaria».

Para aclarar completamente la naturaleza del Acuerdo que aprueba el Gobierno y luego refrendan las Cámaras, creemos que es necesario sostener su carácter mixto. Contiene, por una parte, los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones Públicas. Se establecen en coordinación con otras Administraciones territoriales (a través de la consulta al Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y a la Comisión Nacional de Administración Local) y su fijación es manifestación de la competencia exclusiva del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (149.1.13.º CE) y Hacienda y deuda pública (149.1.14.º CE) [13]. Es coherente que la propuesta provenga del Gobierno porque le corresponde la dirección de la política económica y la representación del Estado ante la UE (en colaboración con la cual se fijan estos indicadores); por su parte, según el Tribunal Supremo, la potestad que tienen el Congreso y el Senado para aprobarlos se deriva del art. 135 CE y «delimita el contenido del ejercicio de la potestad presupuestaria de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Ley» [14].

---

[12] «La fijación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública inciden de lleno en los ingresos y gastos que se deben consignar en los presupuestos generales del Estado y la potestad de aprobarlos es uno de los atributos esenciales de los Parlamentos en los Estados democráticos» (STS 1039/2016, de 10 mayo, FJ 5).

[13] En este sentido, véase la STC 203/2011, de 14 de diciembre, FJ 8. Según la STC 62/2001, FJ 4, «la política presupuestaria es un instrumento de la política económica de especial relevancia, a cuyo través incumbe al Estado garantizar el equilibrio económico general».

[14] STS 1038/2016, FJ 5.

La vinculatoriedad de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública es una materia particularmente compleja. Se considera que el Acuerdo, una vez refrendado por las Cortes, emana del art. 135 CE [15]. Parece que, en el ámbito del Estado central, dicho Acuerdo sólo vincula al Gobierno: téngase en cuenta que el 15.7 LOEPSF solo dice que los «proyectos de presupuestos» deberán respetar los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, aunque Santaolalla López (2018), atendiendo al espíritu de la norma y su vinculación con la Constitución y el Derecho de la UE, argumenta que las Cortes se ven vinculadas también. Sin embargo, garantizar la autovinculación de las Cortes es difícil en ausencia de una norma expresa de mayor rango (es decir, de rango constitucional). Así, también en el Derecho francés se prevé la aprobación parlamentaria del objetivo de estabilidad presupuestaria (en este caso, a través de una ley), pero el Consejo Constitucional francés ha afirmado que dichas leyes no vinculan al Parlamento al ejercer su función presupuestaria [16]. En todo caso, sí condicionará las relaciones Gobierno-Parlamento en la tramitación del proyecto de LPGE, ya que entendemos que la vinculación del 15.7 LOEPSF alcanza al ejercicio del derecho de veto gubernamental en la tramitación parlamentaria del futuro proyecto de LPGE, con vistas a evitar que se produzca un incremento de gastos o minoración de ingresos contrarios a los objetivos aprobados.

Ahora bien, el art. 15.1 LOEPSF *in fine* prevé también que «el acuerdo del Consejo de Ministros incluirá el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado al que se refiere el art. 30 de esta Ley». La naturaleza del techo de gasto es diferente y se vincula de manera directa con la elaboración del Presupuesto. No se trata de una potestad de coordinación: cada Administración territorial aprobará su propio techo de gasto según el art. 30 LOEPSF. Aquí, por tanto, el Gobierno ejerce las competencias en materia presupuestaria del art. 134.1 CE.

Existen varios argumentos que sustentan esta tesis. En primer lugar, la disposición adicional séptima de la LOEPSF, introducida por la Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre, permite que un gobierno en funciones pueda revisar los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública ya fijados (adoptando el acuerdo del 15.1 LOEPSF) cuando sea necesario «como consecuencia de una decisión de la Unión Europea». Pero, en este caso, el Acuerdo no contendrá el límite de gasto no financiero del Estado central. La exposición

[15] STC 199/2011, de 13 de diciembre, FJ 7; Martínez Lago (2018).

[16] Décision del Conseil Constitutionell Français núm. 2012-658, de 13 de diciembre de 2012, apartado 12; véase también Santaolalla López (2018).

de motivos lo justifica en que «el Gobierno en funciones no puede aprobar un Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado *ni, por lo tanto, el límite de gasto no financiero*».

Por otra parte, el art. 15.6 señala que «el acuerdo del Consejo de Ministros *en el que se contengan los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública* se remitirá a las Cortes Generales […] En forma sucesiva y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán *aprobando o rechazando los objetivos* propuestos por el Gobierno». Nótese que en el art. 15.6 desaparece toda mención al techo de gasto. ¿Es una errata más en una norma técnicamente deficiente, o es un reflejo del carácter mixto del acuerdo? Ferrández García (2017, 297-298) considera que ha habido una omisión involuntaria: la LOESPF prevé que se remita el *acuerdo* del Consejo de Ministros que contiene los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y dicho acuerdo, por definición, incluye también el techo de gasto. Sin embargo, la LOEPSF también afirma que serán los *objetivos* los que serán aprobados o rechazados por las Cámaras. Aunque la práctica parlamentaria constante era que el límite de gasto no financiero se sometiera también a la aprobación de aquéllas, el de los Presupuestos para 2017 no fue objeto de votación (Ferrández García, 2017, 324-332); lo cual, en realidad, es conforme con la literalidad de la ley [17].

En suma, cabe considerar que no sólo existe una doble naturaleza del Acuerdo, sino una doble vía de tramitación. Un único instrumento contiene, por una parte, los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, que las Cámaras tienen que aprobar y que luego vincularán a todas las Administraciones territoriales (también al Gobierno cuando tenga que elaborar el proyecto de LPGE); por otra parte, contiene el límite de gasto no financiero, del cual el Gobierno simplemente tiene que informar al Parlamento. Esta afirmación es coherente con la distribución constitucional de competencias, ya que los obje-

[17] Lago Peñas (2018, 28) se refiere a «la presentación del límite de gasto no financiero y la aprobación del acuerdo de objetivos de déficit y deuda pública». Por su parte, y aunque no pueden prevalecer sobre la legislación, cabe señalar que las órdenes dictadas por el Ministerio de Hacienda para la elaboración de los Presupuestos de cada año reflejan este esquema dual. Así, el art. 1 de la Orden HAC/692/2018, de 28 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2019, afirma que «los Presupuestos Generales del Estado para 2019 […] adecuarán sus ingresos y gastos al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública aprobados por las Cortes Generales para el sector público estatal. Asimismo, el […] deberá ajustarse al límite de gasto no financiero establecido por el Gobierno». Finalmente, es cierto que de una lectura de la jurisprudencia del Supremo se extrae que lo analiza como un todo unitario. Sin embargo, téngase en cuenta que en las sentencias estudiadas las partes recurrentes son Comunidades Autónomas; y lo que se impugna de los acuerdos del art. 15 LOEPSF son los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, en tanto que luego sirven de base para el establecimiento de los objetivos individuales para las Comunidades Autónomas según lo previsto en el art. 16 LOEPSF.

tivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública son instrumentos de coordinación económica que emanan del art. 135 CE, mientras que el límite de gasto no financiero es parte de la planificación presupuestaria de los Presupuestos, y eso es un ámbito de competencia del Ejecutivo.

La introducción de la tramitación de este Acuerdo en el ciclo presupuestario implica un «doble *iter* procedimental» [18] o una «presupuestación en dos fases», de arriba hacia abajo; que, partiendo de un marco financiero general, fija una cuantía máxima de gasto que luego se reparte entre los centros gestores [19]. Ferrández García (2017) plantea si de esto no se deriva también «una paralela aprobación en dos fases» que implicaría la modificación del ciclo presupuestario (y, por tanto, una auténtica mutación constitucional). Pues bien, el Tribunal Constitucional lo ha reconocido en parte al apuntar que «el establecimiento de un objetivo de estabilidad presupuestaria tiene importantes efectos en todas las fases del ciclo presupuestario, pudiéndose incluso considerarse que añade una fase previa, la de fijar el objetivo de estabilidad presupuestaria» [20].

El legislador orgánico se ha inspirado en el reparto constitucional de competencias en materia presupuestaria para regular los cauces procedimentales del art. 15 LOEPSF. El hecho de que este acuerdo sea fijado por el Gobierno y posteriormente aprobado por las Cámaras es coherente con los arts. 97 CE (corresponde al Gobierno la dirección de la política económica), 134 CE, apartados 1, 5, y 6 (es el Gobierno quien «controla las cifras generales del documento presupuestario» [21]) y 66.2 CE (la aprobación de los Presupuestos es competencia de las Cortes). El esquema de atribuciones Gobierno-Parlamento fue ya refrendado por el TC [22] en una sentencia que, sin embargo, no analizó la atribución de derecho de veto al Senado, que entraña la ruptura del bicameralismo imperfecto propio del sistema constitucional español (poco frecuente, pero que ya tiene el precedente de la Ley de Estabilidad de 2001 [23]).

Durante la XII Legislatura, se presentó una Proposición de Ley Orgánica de reforma de la LOEPSF para suprimir el veto del Senado [24] cuya exposición de motivos apuntaba que el derecho de veto del Senado no es una exigencia

[18] STS 1038/2016, de 10 de mayo, FJ 3; Martínez Lago (2018).
[19] Dictamen 321/2015 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.
[20] STC 199/2011, de 13 de diciembre, FJ 7.
[21] STC 44/2018, de 26 de abril, FJ 3.
[22] STC 199/2011, de 13 de diciembre, FJ 7.
[23] Art. 8 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.
[24] Proposición de Ley Orgánica 122/000269 de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de Esquerra Republicana y Mixto el 24 de agosto de 2018.

constitucional. En efecto, aunque la aprobación de los objetivos emana del art. 135 CE, nada prevé ese artículo al respecto; más bien al contrario, su apartado 4 contempla un nuevo ejemplo de prevalencia del Congreso de los Diputados cuando permite superar los límites de déficit en determinadas circunstancias apreciadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

Con todo, tampoco cabe considerar que el 15 LOEPSF suponga una infracción del reparto de competencias constitucional entre las Cámaras. El art. 90 CE regula la capacidad del Congreso de levantar el veto del Senado, como norma general; pero esta norma constitucional regula el trámite legislativo y, como hemos podido observar, la aprobación de las Cámaras da lugar a un acto parlamentario, pero no conocemos pronunciamiento alguno (ni judicial ni doctrinal) que le reconozca naturaleza legislativa. Por el contrario, considera Martínez Lago (2018) que «las Cámaras no están ejerciendo ninguna función legislativa y se limitan a realizar una función de control de un acto adoptado por el Ejecutivo». Cabe incluso compararlo –lo hace Santaolalla López (2018)– con el refrendo de los decretos-leyes, donde sólo interviene el Congreso; aunque sin olvidar que, en este caso, la norma regulatoria es de rango constitucional.

La aprobación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, en suma, constituyen una adición al ciclo presupuestario que no modifica lo ya existente y que, en todo caso, encuentra su legitimidad constitucional en el art. 135 CE. Por su parte, no es necesario profundizar en la naturaleza del límite de gasto no financiero y el impacto de su regulación sobre el ciclo presupuestario desde el momento en que hemos determinado que las Cortes no tienen que aprobar el techo de gasto, sino que simplemente se las informa de ello. Si no fuera así, sí que resultaría problemático que se limitara la potestad presupuestaria de las Cortes sobre la base de una decisión adoptada por cauces diferentes a los previstos en el art. 90 CE.

El evidente impacto que los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública tienen en la planificación presupuestaria no implica, para parte de la doctrina, que puedan compararse con la Ley de Presupuestos, como a veces sí hace el Supremo [25]. Aunque se llevara tal analogía a sus máximas consecuencias, la aprobación independiente de estos objetivos y del techo de gasto no implica una infracción del principio de unidad presupuestaria. Respecto de los objetivos en sí mismos, no se dictan al amparo del 134 CE, sino

[25] El Tribunal Supremo ha afirmado, de manera reiterada, que «la naturaleza de la aprobación [de estos acuerdos] se aproxima a la propia de los Presupuestos Generales del Estado» (STS 1039/2016, de 10 mayo, FJ 3). Para Martínez Lago (2018), su contenido «es muy diferente con el exigido en nuestro ordenamiento constitucional y presupuestario para las Leyes de Presupuestos». Desde luego, existe tal diferencia; en último término, los objetivos formarían parte, más bien, de la planificación presupuestaria.

del 135 CE. Respecto del límite de gasto no financiero, si consideramos que el principio de unidad tiene como función la de permitir el control y la racionalidad de ingresos y gastos públicos, la aprobación previa de estos objetivos no impide o limita dichos objetivos. Al contrario, como bien señala Ruiz Almendral (2018), este trámite permite al Parlamento un control más intenso sobre la previsión de ingresos que, como vimos anteriormente, no suele existir porque el debate parlamentario de la Ley de Presupuestos se centra en la autorización de gastos y el articulado (cuestión distinta es que esta posibilidad de supervisión sobre los ingresos se ejerza efectivamente).

4. NUEVOS FENÓMENOS DE DESLEGALIZACIÓN EN EL DERECHO FINANCIERO

La importancia del principio de legalidad en materia financiera contrasta con supuestos muy acusados de deslegalización en algunos ámbitos: un caso más que consolidado, y señalado por la doctrina de manera reiterada, es la autorización de la deuda pública. Consideramos que el principio de legalidad en materia de endeudamiento público no tiene como objetivo proteger a los acreedores (a los que la Constitución ya reconoce garantías específicas, como la inclusión automática de créditos en la LPGE o la prioridad absoluta en el pago de la deuda) sino ejercer un adecuado control parlamentario teniendo en cuenta el carácter bifronte de la deuda (es un ingreso pero, al mismo tiempo, un gasto futuro) y los riesgos sociales y de sostenibilidad económica que provoca su acumulación. Sin embargo, la autorización para emitir deuda se incluye tradicionalmente en la LPGE, que no es el instrumento más adecuado atendiendo a las limitaciones que sufren las Cortes en materia de enmienda y debate (Navarro Faure, 2013, 291); en cuanto al contenido de dicha disposición, «la ley de emisión no cumple las condiciones mínimamente exigibles y deducibles de la Constitución» (De la Hucha Celador, 2012, 43); la LGP afirma, por una parte, que las operaciones sobre deuda serán competencia del Ministro de Economía (que podrá delegar tales facultades, de forma ordinaria, en el Director General del Tesoro y Política Financiera) y, por otra, que dichas operaciones «se realizarán en los mercados financieros conforme a las normas, reglas, técnicas, condiciones y cláusulas usuales en tales mercados». Sí es cierto que, a través de la aprobación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública del art. 15 LOEPSF, el Parlamento tiene ahora un mayor poder de decisión sobre el nivel de endeudamiento, aunque no sobre sus condiciones.

También se ha producido un fenómeno similar en relación con el mismísimo principio de estabilidad presupuestaria. El art. 135.5.b) CE afirma que la Ley Orgánica de desarrollo de dicho artículo regulará «la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural». Sin embargo, el art. 11.6 LOEPSF se remite a «la metodología utilizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria». Aunque la STC 215/2014 ha validado la constitucionalidad de este reenvío, porque considera que tiene la cobertura del art. 93 CE (en virtud del cual el ejercicio de la competencia de fijación de esta metodología estaría atribuida a la Comisión Europea), el problema es que –como pone de manifiesto el voto particular de la mencionada sentencia, y como recoge la doctrina (Ruiz Almendral, 2018)– dicho método no está regulado en ninguna norma de Derecho de la UE. La Orden ECC/493/2014, que desarrolla esta metodología en la actualidad [26], se remite a un documento («*The cyclically-adjusted budget balance used in the EU fiscal framework: an update*») que no es más que un artículo técnico que incluye la advertencia expresa de que la opinión de sus autores no tiene necesariamente que ser compartida por la Comisión Europea.

Como consecuencia, la Orden incurre en una patente extralimitación. No existen normas jurídicas que regulen el cálculo del déficit estructural, por lo que no puede considerarse que la Ley Orgánica cumpla en este punto el mandato de la Constitución. La remisión a esta norma reglamentaria –que ni siquiera es explícita: no encontramos atribución al ministro en ningún punto de la LOESPF– se convierte así en una remisión en blanco que, en nuestra opinión, es inadmisible. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que la Ley Orgánica, aunque no establece criterios materiales, sí obliga a motivar la decisión en el Acuerdo del Consejo de Ministros y las actuaciones precedentes, como los debates en el Consejo de Política Fiscal y Financiera, algo que estima suficiente [27].

5. CONCLUSIONES

La mutación constitucional del Derecho presupuestario español es previa a la reforma del art. 135 de la Constitución y tiene un alcance muy supe-

[26] Orden ECC/493/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden ECC/2741/2012, de 20 de diciembre, de desarrollo metodológico de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera sobre el cálculo de las previsiones tendenciales de ingresos y gastos y de la tasa de referencia de la economía española.

[27] STS 96/2017, de 24 de enero, FJ 4 (con una remisión relevante al FJ 3). La parte actora –la Junta de Andalucía– alegaba que el art. 16 LOEPSF es inconstitucional porque no ofrece criterios de distribución de los límites de déficit y deuda entre las Comunidades Autónomas y, por tanto, deja al arbitrio del Gobierno su establecimiento.

rior al de dicha reforma. La reforma del principio de estabilidad presupuestaria tiene un impacto variable sobre el resto de los principios: como hemos visto, fortalece los principios de unidad y universalidad, pero profundiza en una erosión –que ya era previa– del principio de anualidad. En relación con el principio de competencia, lo más destacable es que la consolidación de la llamada «presupuestación en dos fases» ofrece vías al Parlamento para intervenir en la elaboración de los presupuestos, un ámbito que clásicamente ha pertenecido al Ejecutivo.

La tradicional función económica de la Ley de Presupuestos (racionalización de la actividad financiera del Estado) pasa a estar más vinculada con la programación plurianual, en la que el Parlamento adquiere un papel relevante mediante la aprobación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública del art. 15 LOEPSF. El acto que emana del Parlamento, cuya naturaleza no es clara –y que hemos considerado un acto mixto– viene a paliar en parte algunas de las limitaciones que presenta el principio de legalidad en materia de endeudamiento y permite a las Cortes colaborar en la fijación del marco financiero básico (aunque, por el momento, el Parlamento no hace un uso intenso de las nuevas potestades que está obteniendo). La función política (esto es, el control de la acción del Gobierno por parte del Parlamento) comienza a ser concomitante con otros mecanismos de control paralelos, de carácter más o menos tecnocrático (instituciones de la Unión Europea y, sobre todo, la AIReF). Finalmente, la función jurídica (la autorización de gasto, como condición de eficacia o validez de los compromisos de gasto) sí permanece en sede parlamentaria, relativamente inalterada.

La materia presupuestaria ofrece dificultades de control excepcionalmente altas y no parece que se encuentren los mecanismos necesarios para encauzar correctamente la acción del Gobierno en este sentido. Partimos del hecho de que la economía no obedece las leyes jurídicas, por lo que es en sí complejo –si es que es posible– acotarla por esta vía. Además, el control constitucional de cuestiones donde se cruzan lo técnico y lo político es difícil y debe tener una intensidad limitada, ya que el Tribunal Constitucional no debe sustituir la voluntad política del Parlamento y el Gobierno. Todo esto hace que las cuestiones procedimentales cobren una excepcional importancia, hasta el punto de determinar si determinadas regulaciones son o no conformes con la Constitución. Esta es precisamente la argumentación del Tribunal Supremo para salvar la deslegalización de la definición del concepto de déficit estructural, que la Constitución remite a la Ley Orgánica.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

De la Hucha Celador, F. (2012), «La reforma del art. 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública», *Revista Española de Derecho Financiero*, 153, págs. 21-48.

Ferrández García, B. (2017), «"Techo de gasto", Presupuesto y Parlamento. Una referencia específica sobre el tema en la Asamblea Regional de Murcia», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 29, págs. 285-334.

Jiménez Díaz, A.; Moret, V.; Moreno Ara, J. A.; Rastrollo, A. (2016), *Sinopsis art. 134*, Web del Congreso de los Diputados.

Lago Peñas, S. (2018), «Coyuntura presupuestaria: un escenario presidido por la incertidumbre», *Cuadernos de Información económica*, núm. 266, págs. 27-35.

Martínez Lago, M. A. (2018), «Equidad del gasto público y estabilidad presupuestaria en el cuarenta aniversario de la Constitución», *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 179, págs. 99-118.

Navarro Faure, A. (2013), «El Estado social y los principios del gasto público y de la deuda pública en una Hacienda globalizada», en VV. AA., *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El art. 135 de la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 287-318.

Ruiz Almendral, V. (2018), «El Presupuesto del Estado: una (re)visión constitucional», *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 179, págs. 119-166.

Santaolalla López, F. (2018), «Acuerdos parlamentarios de aprobación de los objetivos de estabilidad presupuestaria», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, págs. 209-227.

EL «VETO PRESUPUESTARIO» DEL ARTÍCULO 134.6 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO ORIGEN DE UN CONFLICTO ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO

JOSÉ CARLOS NIETO JIMÉNEZ*
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Introducción. Regulación constitucional y reglamentaria del «veto presupuestario». 2. Antecedentes y surgimiento del conflicto. 2.1 Consideraciones previas. 2.2 El origen del conflicto. 3. El TC ante el primer conflicto de atribuciones *ex* art. 134.6 CE. Propuestas de reforma para prevenir ulteriores enfrentamientos entre órganos constitucionales. 3.1 Ámbito objetivo y temporal del «veto presupuestario». 3.2 La motivación del Gobierno y su posible examen por la Mesa. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

* Investigador (FPU) en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga y miembro del equipo de investigación del proyecto financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades-Agencia Estatal de Investigación/ Proyecto «Límites a la fragmentación de los derechos fundamentales en la Europa integrada y un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios» (referencia DER2017-85659-C5-4-R). Agradezco las valiosas indicaciones que para el presente trabajo señalaron los profesores Ángel Rodríguez y Pablo Sánchez, así como la generosidad de Gaspar González, que hizo posible su presentación y defensa en el Congreso.

1. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y REGLAMENTARIA DEL «VETO PRESUPUESTARIO»

Nuestra principal misión a lo largo de estas líneas es la de sistematizar todos los aspectos que rodean al llamado «veto presupuestario» del Gobierno. Para ello, es obligado comenzar analizando y aclarando la regulación constitucional y reglamentaria de esta figura que tanto protagonismo cobró en la XII Legislatura de las Cortes Generales como consecuencia de la crisis del bipartidismo y la acusada fragmentación parlamentaria.

El artículo 134.6 de la Constitución Española (CE) dispone que «toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación». Dejando a un lado las enmiendas, centramos nuestro estudio en las proposiciones de ley que impliquen un aumento de los créditos o disminución de los ingresos, por ser en este punto donde han surgido las controversias más recientes. Como indica el precepto constitucional, en estos casos, se convierte en requisito para que la iniciativa parlamentaria pueda ser tramitada en la respectiva cámara que el Gobierno manifieste expresamente su conformidad, lo que se entiende como una capacidad de veto, en caso de oposición a la tramitación de la proposición de que se trate.

No señalando la Constitución, sin que tampoco sea imprescindible e incluso aconsejable, el concreto procedimiento por el que se hace efectivo el veto que puede plantear el Ejecutivo a las proposiciones de ley que se encuadren en el precepto constitucional ya mencionado, hemos de acudir al Reglamento del Congreso de los Diputados (RC) y al Reglamento del Senado (RS) a fin completar el régimen jurídico del «veto presupuestario».

En el caso del Congreso de los Diputados, de acuerdo con lo que dispone el art. 126 del Reglamento en sus distintos apartados, el procedimiento puede sistematizarse de la siguiente forma: la Mesa de la Cámara, una vez haya sido ejercitada la iniciativa que ostentan los grupos parlamentarios y los diputados, debe calificar el texto de la proposición y ordenar su publicación. Este examen «embrionario» que la Mesa realiza del texto presentado como proposición de ley se completa con la remisión al Gobierno «para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios» (art. 126.2 RC). No nos interesa en nuestro análisis el trámite por el que el Gobierno manifieste su criterio, en un sentido u otro, respecto de la toma en consideración de la proposición, sino lo relativo al consentimiento que se requiere del Gobierno para que las proposiciones de ley que supongan

un aumento de los créditos o disminución de los ingresos puedan continuar su tramitación parlamentaria.

El RC, en su art. 126.3 contempla un silencio positivo, en tanto que si pasados treinta días sin que el Gobierno hubiera dado muestras expresas de su disconformidad con la tramitación, se entiende que se cuenta con la anuencia del Ejecutivo, quedando la proposición en términos de ser incluida en el orden del día del Pleno para afrontar la fase de toma en consideración.

La regulación en el caso del Senado es más completa y clarificadora, respecto a la ya comentada para el Congreso de los Diputados. Para empezar, las proposiciones de ley que sean resultado de los grupos parlamentarios o senadores deben ir acompañadas, «en su caso, de una Memoria en la que se evalúe su coste económico», como señala el art. 108.1 RS. Sin embargo, hemos de avanzar en el Reglamento hasta llegar al art. 151, ubicado en el Capítulo Tercero relativo al procedimiento presupuestario, del Título (Cuarto) que regula el procedimiento legislativo.

Al igual que el Reglamento del Congreso, el Reglamento del Senado prescribe que la proposición de ley «de inmediato» debe ser remitida al Gobierno para que manifieste esa conformidad o disconformidad a la que se refiere el art. 134.6 de la Constitución. Sin embargo, encontramos un dato que no se encuentra presente en la regulación del Congreso. De forma expresa se atribuye al Gobierno la facultad para entender si la proposición de ley que le ha sido remitida supone o no un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos presupuestarios. Así, el art. 151.1 RS señala: «…si en su opinión (la del Gobierno) supusiese aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios».

En el art. 151.3 RS también encontramos tres aspectos que son de gran interés: el amplio detalle con el que se regulan los plazos en los que el Gobierno debe manifestar su conformidad o disconformidad en función de si se trata de proposiciones de ley o enmiendas y del procedimiento, ordinario o de urgencia, que se esté siguiendo (siendo de diez días en el caso de las proposiciones de ley); la necesidad contemplada expresamente de que la disconformidad sea motivada y el silencio positivo que también contempla el RC, aunque con un plazo menor para entenderlo producido.

La amplia regulación que comprobamos existe en el Senado se completa con la previsión contenida en el art. 151.5 RS que atribuye al Presidente del Senado la resolución de los incidentes que puedan surgir a lo largo del procedimiento descrito. No obstante, esta facultad atribuida al Presidente del Senado «debe interpretarse en el sentido de poder dirimir cuestiones meramente de procedimiento (cómputo de plazos, forma…), pero no de entrar en el fondo de

la valoración realizada por el ejecutivo sobre la decisión de oponer o no el «veto presupuestario»» (García Morillo y Pérez Tremps, 1998, 25).

2. ANTECEDENTES Y SURGIMIENTO DEL CONFLICTO

2.1 Consideraciones previas

Una vez estudiado el régimen constitucional y reglamentario del «veto presupuestario», detectamos que dado los conceptos jurídicos indeterminados que están presentes en esta regulación, son dos, principalmente, las preguntas a las que debe darse respuesta: ¿qué debe entenderse por aumento de los créditos y disminución de los ingresos presupuestarios?, y, una vez resuelta esta cuestión: ¿a quién le corresponde la tarea de interpretar si una proposición de ley implica un aumento de los créditos o disminución de los ingresos?. Cuanto más certeras sean las respuestas a estas dos cuestiones tanto más se logrará evitar el surgimiento de conflictos de atribuciones entre el Gobierno y las cámaras de las Cortes Generales. La certeza de las respuestas dependerá, a nuestro juicio, de la medida en que estén orientadas al escrupuloso respeto que se exige del derecho de los parlamentarios a desempeñar el cargo que ostentan. Así, ya avanzamos, el trasfondo de las ideas que aportemos en torno a estas cuestiones vendrá constituido por la salvaguarda de la facultad que el art. 23.2 CE de manera implícita reconoce a los diputados y senadores para ejercer el cargo que ostentan, y más concretamente de esa facultad de plantear iniciativas legislativas y poner en marcha el procedimiento legislativo, que consideramos la primera prerrogativa inserta en ese *ius in officium* que el derecho de configuración legal del art. 23.2 CE consagra [1].

Las dos cuestiones que consideramos el origen y núcleo de las controversias institucionales suscitadas en torno al «veto presupuestario» son consecuencia directa de la falta de claridad en la Norma Fundamental. Además, ni el RC ni el RS han dado respuesta alguna a la cuestión relativa a qué ha de entenderse por aumento de los créditos y disminución de los ingresos, falta de previsión que parece ser la consecuencia de que entiendan los reglamentos que es

[1] Respecto de las proposiciones de ley cabe recordar la siguiente consideración reiterada por el TC en varios de sus pronunciamientos: «no sólo son una forma —sin duda, la más señalada y expresiva— de participación de los parlamentarios en la potestad legislativa de las Cámaras parlamentarias, [sino] también un cauce instrumental al servicio de la función representativa característica de todo Parlamento, operando como un instrumento eficaz en manos de los distintos grupos políticos que integran el Pleno de la Cámara, y que les permite obligar a que éste se pronuncie acerca de la oportunidad de la iniciativa presentada». En este sentido SSTC 124/1995, de 18 de julio (F.3) y 242/2006 de 24 de julio (F. 5).

el Gobierno en exclusiva el que ostenta la facultad para interpretar y decidir cuándo una proposición de ley implica o no aumento de gastos o disminución de ingresos. En este sentido, la previsión del RS es más clara aún que la del RC, como tuvimos ocasión de comprobar.

A continuación abordaremos los aspectos doctrinales y jurisprudenciales surgidos en torno a la figura que nos ocupa, buscando, en última instancia, construir nuestra propia respuesta a los interrogantes que el asunto *per se* plantea, así como abordar la cuestión de la motivación que se exige (o no) al Gobierno en caso de disconformidad y el papel que podría desempeñar la Mesa en tal circunstancia.

No siendo nuestra intención la de realizar un análisis exhaustivo de las ocasiones en las que el Gobierno ha hecho uso de ese «veto presupuestario» sí que cabe señalar que salvo en la Segunda Legislatura (donde 18 proposiciones de ley experimentaron la disconformidad del Gobierno al amparo del art. 134.6 CE, aunque sólo en tres casos esa disconformidad se motivara) y en mayor medida (27 proposiciones de ley se vieron afectadas) en la Novena Legislatura, el empleo del «veto presupuestario» ha sido prácticamente inexistente hasta la Duodécima Legislatura [2].

La XII Legislatura se caracterizó por una acusada fragmentación parlamentaria, es decir, el grupo mayoritario en la Cámara no contaba con mayoría absoluta, a lo que se añade que el resto del hemiciclo también se encontraba bastante fraccionado, por lo que las mayorías, de un signo u otro, se iban articulando atendiendo a la finalidad que en cada momento se perseguía. Hasta entonces, los distintos Ejecutivos que se habían ido conformando, más o menos sólidos y con las excepciones arriba mencionadas, habían rehuido de la utilización del «veto presupuestario», optando por actuar a través de las mayorías parlamentarias que le daban sustento, «fundamentalmente por evitar un enfrentamiento del Gobierno con el Parlamento» (Giménez Sánchez, 2017, 83).

Esta práctica parlamentaria, como decimos, llegó a su fin en la Duodécima Legislatura, en la que el Gobierno del Partido Popular únicamente contaba con el respaldo de un grupo parlamentario de 134 diputados, insuficientes para rechazar cómodamente las proposiciones de ley presentadas por la oposición y contrarias a sus intereses. A menos de un mes de que una moción de censura sustituyera al Gobierno del Partido Popular por un Ejecutivo del Partido Socia-

[2] Para conocer con detalle cuáles fueron las proposiciones vetadas por el Gobierno puede consultarse Martínez Lago (2011, 58-60).

lista, la cifra de proposiciones de ley vetadas por el Gobierno *ex* art. 134.6 CE ascendía a 62 [3].

2.2 **El origen del conflicto**

El uso abusivo de la prerrogativa gubernamental que nos ocupa, por lo que supone de menoscabo al ejercicio de la función parlamentaria y de ataque directo al *ius in officium* de los representantes públicos que son los que dan virtualidad a ese derecho del art. 23.1 CE de que disponen los ciudadanos, no deja de ser una crítica a la actuación de un Gobierno determinado en una Legislatura con las características señaladas. Así, la novedad viene dada porque en octubre de 2016 la Mesa del Congreso, en una decisión sin precedentes, decidió no admitir la disconformidad, por injustificada, presentada por el Gobierno respecto de dos proposiciones de ley de las múltiples a las que aplicó el «veto presupuestario»: la iniciativa que pretendía reformar el Estatuto de los Trabajadores para mejorar las condiciones de los subcontratados y la relativa a la ley educativa, en la que nos centramos desde este momento, por ser la que dio lugar al primer pronunciamiento del Alto Tribunal.

Así, el Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes hizo llegar a la Presidenta del Congreso de los Diputados la expresa disconformidad del Gobierno a los efectos del art. 134.6 CE, lo que, en principio y de acuerdo con la práctica parlamentaria hasta el momento seguida, significaba que la proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre la suspensión del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013 no sería siquiera sometida al trámite de toma en consideración. Sin embargo, en una situación inédita, la Mesa acordó la admisión a trámite de la toma en consideración de la proposición de ley orgánica, considerando que el criterio del Gobierno no justificaba «de forma objetiva y suficiente» que la misma implicara un aumento de créditos o disminución de los ingresos del Presupuesto por entonces en vigor. Cruzándose varios requerimientos a fin de desbloquear la situación y evitar el planteamiento del conflicto ante el Tribunal Constitucional, esto no fue posible y la Mesa terminó ratificando el acuerdo por el que

[3] https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-17/el-constitucional-permite-al-congreso-rechazar-vetos-del-gobierno-a-leyes_1551240/. Así mismo, en Giménez Sánchez (2017, 79) pueden conocerse alguna de las proposiciones que también se vetaron junto con las que ocasionaron el pronunciamiento del TC. De igual manera puede señalarse que también en la misma Legislatura, pero ya bajo el Gobierno del Partido Socialista, se ejercitó el «veto presupuestario»: http://cadenaser.com/ser/2018/09/10/politica/1536599292_478801.html

rechazó la disconformidad del Gobierno. Así, el 13 de enero de 2017 el Consejo de Ministros acordó el planteamiento del conflicto de atribuciones [4]. La Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2018 de 12 de abril resolvió la cuestión, abordando por primera vez la resolución de un conflicto entre órganos constitucionales del Estado con base en el art. 134.6 CE.

3. EL TC ANTE EL PRIMER CONFLICTO DE ATRIBUCIONES *EX* ART. 134.6 CE. PROPUESTAS DE REFORMA PARA PREVENIR ULTERIORES ENFRENTAMIENTOS ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

3.1 **Ámbito objetivo y temporal del «veto presupuestario»**

Fueron cuatro los principales aspectos que el TC en su resolución se afanó en aclarar, en tanto que pilares esenciales en los que se asienta la potestad del art. 134.6 CE. En este apartado abordaremos los referidos al alcance objetivo y temporal de la facultad de veto.

Por lo que tiene que ver con el alcance objetivo de la misma, el hecho de que el Gobierno pueda mostrar su conformidad o, por el contrario, vetar la tramitación de las proposiciones de ley que impliquen un aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios se traduce en que esta limitación, que en última instancia supone el art. 134.6 CE, al poder legislativo del Parlamento, «sólo es predicable de medidas que incidan directamente sobre el Presupuesto aprobado, esto es, sobre los gastos e ingresos del sector público estatal» (FJ.7). Más claro aún, el Ejecutivo únicamente podrá hacer uso del veto del art. 134.6 CE respecto de aquellas proposiciones de ley que impliquen una alteración de los ingresos o gastos «efectivamente reflejados en el mismo Presupuesto», es decir, para que la iniciativa sea susceptible de ser vetada *ex* art. 134.6 CE la misma ha de tener una incidencia sobre el Presupuesto del Estado «real y efectiva», como señala el mismo fundamento jurídico.

En lo que tiene que ver con el alcance temporal de la potestad gubernamental, para que la iniciativa parlamentaria pueda encuadrarse en los linderos del art. 134.6 CE no sólo ha de tener una incidencia real y efectiva en el Presupuesto, sino que dicha incidencia ha de producirse en el Presupuesto en vigor, «entendiendo por tal tanto el autorizado expresamente como incluso el que ha sido objeto de prórroga presupuestaria, pues no por ello deja de cumplir la función

[4] http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2017/refc20170113.aspx.

esencial de vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno» (FJ. 7). Así, habida cuenta del carácter anual de la Ley de Presupuestos [5], de que la potestad del art. 134.6 CE «se basa en la confianza concedida al Gobierno a través de la aprobación del presupuesto para ejecutar su programa anual de política económica sin que éste sea desnaturalizado a través de iniciativas legislativas parlamentarias», como señala la STC 22/2006, de 24 de julio (FJ. 3) y de que, en definitiva, la finalidad del art. 134.6 CE no es otra que la de «salvaguardar la propia función del Presupuesto», el veto presupuestario «no podrá ejercerse por relación a presupuestos futuros» (FJ. 7).

Si bien el núcleo del conflicto entre el Congreso y el Gobierno se produjo en la «segunda fase» del veto, esto es, en lo relativo a la motivación y papel que ha de jugar la Mesa una vez recibida la disconformidad del Gobierno, de lo que nos ocuparemos en el siguiente apartado, consideramos pertinente poner el acento en un momento anterior del procedimiento en el que se sustancia el «veto presupuestario».

Delimitado el ámbito objetivo, que vendría a dar respuesta a la primera de las cuestiones más arriba planteadas, aceptamos la tesis según la cual una proposición de ley supone un aumento de los gastos o una disminución de los ingresos cuando más allá de la simple repercusión económica de toda iniciativa, esta se traduce en un impacto real y efectivo en el Presupuesto en vigor en cada momento. Esta consideración, junto a la «obligación de la Mesa de garantizar los derechos fundamentales de los diputados frente a eventuales abusos del Gobierno al vetar sus iniciativas» (Giménez Sánchez, 2017, 80), y a la ausencia de reglas en los reglamentos parlamentarios sobre el procedimiento a seguir, nos lleva a realizar las siguientes propuestas de reforma:

En primer lugar, todas las proposiciones de ley que se presenten tendrían que ir acompañadas de un documento que permita acreditar, aunque sea someramente, la repercusión económica de la misma. En el caso del RC bastaría con dictar una norma interpretativa, en forma de Resolución de la Presidencia, en el sentido de entender que en «los antecedentes necesarios» (art. 124 RC) que deben acompañar al texto de la iniciativa, se incluye un cálculo estimado del coste económico que supondría la aprobación de la iniciativa [6]. En el caso del RS, bastaría con suprimir la expresión «en su caso» del art. 108 RS, para

[5] Se ha sostenido que el «veto presupuestario» representa un «instrumento al servicio del principio de anualidad presupuestaria y de la atribución al Gobierno de funciones de dirección de la política económica» (Marrero García-rojo, 2007, 322).

[6] Con el mismo contenido se ha dictado Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía sobre significado de la expresión «antecedentes necesarios de los artículos 109.1 y 123 del Reglamento». Publicada en el BOPA núm. 82, de 2 de octubre de 2015.

hacer del acompañamiento de la Memoria económica a que ese artículo se refiere un requisito [7].

En segundo lugar, proponemos que la Mesa de la Cámara, en el trámite de calificación de la iniciativa presentada y antes de remitir la misma al Gobierno, verifique el cumplimiento de determinados requisitos a fin de que una primera interpretación sobre si la iniciativa planteada alcanza al ámbito objetivo del «veto presupuestario» sea realizada por la Mesa de la Cámara y no por el Gobierno, en una decisión de carácter jurídico-técnico sin que tenga lugar una decisión fruto de la oportunidad política [8].

En este sentido, el propio Reglamento del Congreso (art. 111.3) respecto de enmiendas a proyectos de ley que impliquen aumento de créditos o disminuciones de ingresos, atribuye a la Ponencia encargada de redactar el informe la capacidad para interpretar «las que a su juicio» estén insertas en el ámbito objetivo del art. 134.6 CE.

Por su parte, el art. 136.1 del Reglamento del Parlamento Vasco, en relación con el art. 148, señala lo siguiente:

> «no se entenderá que suponen aumento de los créditos las enmiendas que, caso de ser aprobadas definitivamente, difieran su efectividad a un ejercicio presupuestario futuro, ni aquellas respecto a las cuales, si superaran el volumen total de créditos presupuestados, la parlamentaria o parlamentario o grupo proponente indicase en el momento de su presentación con cargo a qué partida del Presupuesto en vigor habrían de sufragarse los gastos que ocasionaran» [9].

---

[7] En relación con la memoria económica, cuyo acompañamiento a las iniciativas que se presenten proponemos, puede destacarse como la Constitución Italiana, tras su reforma del año 2012, en el artículo 81 párrafo 3.º, viene a contemplar que toda proposición de ley debe asumir la carga de establecer la cobertura financiera que corresponda. Es decir, no basta con que la proposición señale los medios para afrontar la alteración presupuestaria que implique, sino que va más allá y exige la obligación activa de proporcionar los medios que se requieran. La finalidad última es que el Gobierno deje de ser en solitario el guardián del principio de anualidad presupuestaria. Se habla pues de una «clara limitación para el legislador, que se traduce en la obligación de incluir los medios necesarios para hacer frente a las cargas que implique cada nueva norma que pretenda aprobarse en el Parlamento» (Giménez Sánchez, 2017, 87).

[8] Es doctrina reiterada del TC la siguiente: Corresponde a las Mesas de las Cámaras ejercer el control sobre la regularidad de los escritos y documentos parlamentarios, de modo que los órganos rectores «cumplen la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de las Cámaras para su mayor eficiencia como foro de debate y participación de la cosa pública». STC 242/2006, FJ. 4; con cita de las SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ. 3; 203/2001, de 15 de octubre, FJ. 3; 40/2003, de 27 de febrero, FJ. 2 b) y 78/2006, de 13 de marzo, FJ. 3 a).

[9] Tomamos como referencia el Reglamento del Parlamento Vasco por ser la norma que centra la controversia resuelta por la STC 242/2006 de 24 de julio, cuya doctrina es reproducida en la STC 34/2018 que nos ocupa, al ser de las primeras resoluciones en las que el TC tuvo ocasión de tratar ciertos extremos coincidentes con los del conflicto de atribuciones que centra ahora nuestro estudio. No obstante, la regulación de la cuestión del «veto presupuestario» es tratada con gran disparidad por los Reglamentos de los parlamentos autonómicos. A modo de ejemplo puede citarse un aspecto singular que contempla el Reglamento del Parlamento de Andalucía, el cual, en su art. 124.4, atribuye al Pleno la capacidad de decisión en caso de discrepancia entre el Consejo de Gobierno y la Mesa sobre si una proposición de ley supone o no

Sin embargo, el verdadero sustento a nuestra propuesta lo encontramos en el art. 136.2 del Reglamento del Parlamento Vasco que atribuye a la Mesa de la Cámara, ni siquiera a la Ponencia como hace el RC, la capacidad para entender qué enmiendas de las presentadas encuadran o no con lo dispuesto en el art. 136.1 que acabamos de reproducir [10].

Así, en tercer lugar, proponemos que el art. 126.2 RC sea completado con la delimitación en negativo que contempla el Reglamento del Parlamento Vasco, en el sentido de aclarar cuándo no se puede entender que una iniciativa parlamentaria implica un aumento de los créditos o disminución de los ingresos [11]. En el caso del art. 151.1 RS habría que suprimir, en consecuencia, el enunciado «…si en su opinión supusiese aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios» y adoptar una regulación similar a la que proponemos incorporar en el RC.

Así las cosas, no desvirtuando la esencia y finalidad del art. 134.6 CE y por ende no privando al Ejecutivo de una facultad «inherente a su condición de tal y, más específicamente, a la función de gobierno que le toca desempeñar» (García Morillo y Pérez Tremps, 1998, 20); no obviando tampoco la función que le corresponde a la Mesa por mor del art. 31.1.4.º RC de calificar los escritos y documentos de índole parlamentaria y de acuerdo con las propuestas de reforma planteadas, la Mesa, en el primer examen de admisión y calificación de la proposición de ley presentada, habría de verificar, en primer lugar, que la misma va acompañada de la correspondiente memoria económica y, en segundo lugar, que el impacto de la iniciativa en caso de ser aprobada no se refiere a un ejercicio presupuestario futuro así como que, en caso de superar el volumen total de créditos presupuestados, no se indique con cargo a qué partida del Presupuesto en vigor habrían de sufragarse los gastos que generase. A *sensu contrario*, todas las proposiciones de ley que, acompañadas de la correspondiente memoria económica, cuyo impacto económico vaya referido al ejercicio presupuestario en vigor y no contemplen una indicación expresa a la parti-

aumento de los créditos o disminución de los ingresos del presupuesto en vigor. La singularidad viene dada porque la STC 223/2006 de 6 de julio declaró inconstitucionales dos apartados del Reglamento de la Asamblea de Extremadura por atribuir la decisión final, en caso de discrepancias como las que contempla el vigente Reglamento del Parlamento de Andalucía, al Pleno de la Cámara, solución que a día de hoy se mantiene en el Reglamento de la cámara andaluza.

[10] La redacción del art. 136.2 del Reglamento del Parlamento Vasco es la siguiente: «A tal efecto, la Mesa de la Cámara remitirá al Gobierno, por conducto de la presidencia del Parlamento, las enmiendas que *a su juicio* puedan estar incluidas en lo previsto en el apartado anterior».

[11] La redacción actual del precepto es la que sigue: «Ejercitada la iniciativa, la Mesa del Congreso ordenará la publicación de la proposición de ley y su remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios».

da concreta del Presupuesto vigente con que habría de sufragarse sus gastos en caso de rebasar el volumen total de créditos presupuestados, deberán ser admitidas y remitidas de inmediato al Gobierno para que este muestre su conformidad o disconformidad con la tramitación.

Con nuestras propuestas creemos no usurpar la facultad que el Gobierno ostenta. Si acaso, atribuir más capacidad de decisión a la Mesa con un examen de dos requisitos formales que pueden ser perfectamente verificados con el auxilio, en su caso, de la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales, la cual, actualmente, puede realizar una evaluación de la repercusión en los ingresos y gastos públicos de proposiciones de ley que se encuentren en tramitación [12].

Se trata, en definitiva, de impedir que proposiciones de ley que palmariamente no encuentran acomodo en el ámbito objetivo y temporal del art. 134.6 CE diseñado por el Alto Tribunal a raíz de la STC 34/2018, puedan siquiera quedar expuestas a la facultad del veto que el Gobierno en todo caso sigue ostentando respecto de todas aquellas iniciativas que superen ese «primer filtro» que situamos en la Mesa de la Cámara.

3.2 **La motivación del Gobierno y su posible examen por la Mesa**

De acuerdo con el ámbito objetivo que venimos describiendo, el Gobierno sólo y exclusivamente puede oponerse a la tramitación de aquellas iniciativas que incidan directamente en el presupuesto en vigor. Dado que la disconformidad del Gobierno puede suponer «una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana» [13] se requiere que el Gobierno motive suficientemente su decisión, principalmente cuando expresa disconformidad. Esta motivación se exige expresamente en el caso del Senado (art. 151.3 RS), obligación de motivación que debería contemplarse de igual manera en el RC que únicamente requiere que la disconformidad sea manifestada expresamente, pero sin llegar a exigir una argumentación que la sustente.

Coincidimos con el TC en que la motivación del Gobierno debe «precisar las concretas partidas presupuestarias que se verían afectadas», esto es, «bastará con que la motivación del Gobierno precise adecuadamente los concretos

[12] Tal y como consta en el art. 8.2 de la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 19 de julio de 2011, por la que se regula la composición y funcionamiento de la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales, creada por la Ley 37/2010, de 15 de noviembre, por la que se crea la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales.

[13] STC 242/2006, de 24 de julio, FJ 4.

créditos que se verían directamente afectados, de entre los contenidos en el Presupuesto en vigor» (FJ. 7C). En suma, se trata de que el Gobierno justifique de manera explícita la conexión que existe entre la proposición de ley y los ingresos y gastos presupuestarios, una conexión que debe ser «directa, inmediata, actual, y no meramente hipotética» (FJ 8).

Conociendo los parámetros que debe reunir el rechazo que el Gobierno *ex* art. 134.6 CE emita respecto de la tramitación de una proposición de ley, resta por saber si la Mesa puede o no rechazar a su vez esa disconformidad, es decir, si puede examinar de alguna manera el ejercicio de la facultad gubernamental.

Ni el RC ni el RS contemplan un pronunciamiento, o un posicionamiento de la Mesa al recibir la disconformidad del Gobierno *ex* art. 134.6 CE. Sin embargo, el TC considera y nosotros lo suscribimos, que ello no es óbice para entender que en cumplimiento de la genérica facultad que le compete a las mesas de calificación de los documentos de índole parlamentaria que le remita el Gobierno, el control que la Mesa debe ejercer ha de ajustarse únicamente a «comprobar que el veto ejercido es efectivamente de índole presupuestaria» (F.7 D). Es decir, la Mesa lo que puede hacer es verificar que la motivación aportada por el Gobierno reúne los requisitos que más arriba comentábamos, sin que le competa suplantar al Ejecutivo en el enjuiciamiento del impacto, «sino tan sólo constatar que el mismo es real y efectivo, y no una mera hipótesis» (F.7 D).

Entendemos, por tanto, que la actuación de la Mesa debe circunscribirse exclusivamente a comprobar que el Gobierno, en la motivación de su disconformidad, ha acreditado suficientemente la concurrencia de los requisitos del art. 134.6 CE en cuanto se refiere al aspecto material contenido en la Constitución, esto es, la disminución de los ingresos o el aumento de los créditos presupuestarios, remitiéndonos a lo dicho con anterioridad respecto a cómo deben ser esas conexiones que entre la medida propuesta y el presupuesto en vigor debe justificar en su escrito de disconformidad.

Con todas las consideraciones reproducidas, cabe señalar finalmente como el Tribunal Constitucional desestimó el conflicto de atribuciones interpuesto por el Gobierno contra el Congreso de los Diputados, en tanto que consideró que la Mesa del Congreso no produjo el menoscabo de esa facultad exclusiva del gobierno reconocida en el art. 134.6 CE al entender que la decisión de la Mesa considerando que el Gobierno «no justifica de forma objetiva y suficiente que dicha iniciativa implique un aumento de créditos o disminución de ingresos del Presupuesto en vigor» encontraba perfecto acomodo en las funciones que le corresponden al órgano rector de la Cámara una vez recibida la disconformidad del Gobierno, lo que se tradujo en aquel momento en

entender que la motivación esgrimida por el Gobierno no superaba los parámetros exigidos a la misma, por suponer, en última instancia, una limitación de los derechos de los diputados *ex* art. 23.2 CE [14].

Quedando perfilados, a partir del pronunciamiento del TC en el año 2018, los extremos de la limitada función de calificación del criterio del Gobierno que la Mesa puede llevar a cabo caben las siguientes consideraciones relativas a los pasos que se han dado hasta el momento a fin de evitar situaciones de conflicto como las que se produjeron.

En este sentido, el 24 de octubre de 2017 el Pleno del Congreso tomó en consideración una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, por la que se pretendía modificar los artículos 111 y 126 RC [15]. La reforma del Reglamento planteada diseñaba el papel a desempeñar por la Mesa en caso del ejercicio del «veto presupuestario», especificando, además, la necesidad de motivación de la disconformidad del Gobierno y la exigencia de que la misma se refiriera al ejercicio presupuestario en curso, entre otras cuestiones. Sin embargo, a la luz de las posteriores resoluciones recaídas, en las que el TC se ha pronunciado sobre el «veto presupuestario», entendemos que el texto de reforma planteado no se ajustaría hoy a la doctrina sentada por el Alto Tribunal [16]. Si bien algunos de los aspectos que pretendía introducir fueron de alguna manera confirmados por el TC, con la eventual aprobación de la iniciativa, en los términos en los que inicialmente fue planteada, se atribuiría demasiado poder y capacidad de decisión a la Mesa, hasta el punto de entender que rompería con el equilibrio que debe presidir las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, que en este caso ostenta en exclusiva la facultad del «veto presupuestario» [17].

Una oportunidad para que el Reglamento del Congreso de los Diputados se encontrase adaptado a la reciente doctrina elaborada por el TC sobre el pa-

---

[14] A la misma conclusión llega la STC 44/2018 de 26 de abril en la que resuelve el conflicto de atribuciones planteado por el Gobierno, contra el Congreso de los Diputados como consecuencia del rechazo por parte de la Mesa de la disconformidad expresada por el Gobierno a la tramitación de la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre modificación del art. 42.1 del Estatuto de los trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados.

[15] El texto de la propuesta de reforma es el siguiente:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-117-1. PDF#page=1

[16] Principalmente, nos referimos a las SSTC 34/2018 de 12 de abril; 44/2018 de 26 de abril; 94/2018 de 17 de septiembre; 139/2018 de 17 de diciembre y, la más reciente, 17/2019 de 11 de febrero de 2019.

[17] Cabe recordar, no obstante, en el ámbito presupuestario, la «función ineliminable de las Cortes Generales, por expresar los principios del pluralismo político y democracia representativa» (Martínez Lago, 2011, 54). Es decir, lo que se ha venido en llamar «la centralidad del Parlamento sobre el Presupuesto» (Ramallo Massanet, 2003, 15).

pel que ha de desempeñar la Mesa en caso de ejercicio del «veto presupuestario» se dejó pasar tan sólo tres días después de que recayera uno de los últimos pronunciamientos del TC sobre la materia. Nos referimos al debate y votación de la enmienda a la totalidad, de texto alternativo, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso a la proposición de reforma del Reglamento a la que nos venimos refiriendo [18]. El 20 de diciembre de 2018, por 166 votos a favor, 177 en contra y 1 abstención quedó rechazada la enmienda, que, a nuestro juicio, pretendía dar al art. 126 RC una redacción que recogía a la perfección la doctrina sentada por el Alto Tribunal en materia de «veto presupuestario». Basta con recordar las consideraciones del TC antes reproducidas y leer algunos puntos de la redacción propuesta para el art. 126 RC para comprobar que esto es así:

> «2. Ejercitada la iniciativa, la Mesa del Congreso ordenará la publicación de la proposición de ley y su remisión al Gobierno para que, en el plazo de treinta días naturales, manifieste (…) su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios del ejercicio en vigor, tal y como establece el art. 134.6 de la Constitución Española.»
>
> «4. Si dentro del plazo de treinta días naturales siguientes a su publicación, el Gobierno comunica, de forma expresa y motivada, su disconformidad en la tramitación de un proposición de ley, la Mesa del Congreso examinará que dicha comunicación cumple los requisitos jurídico-formales y que en la misma se justifica la afectación de la iniciativa a los ingresos y gastos contenidos en el Presupuesto del ejercicio en curso, precisando las concretas partidas presupuestarias que se verían afectadas, pudiendo solicitar al Gobierno información adicional, si fuera necesario.»
>
> «5. La Mesa del Congreso únicamente podrá tramitar una proposición de ley sobre la que el Gobierno haya mostrado expresa y motivadamente su disconformidad, en el supuesto de que, con los informes preceptivos de la Oficina Presupuestaria de las Cortes y del Secretario General del Congreso, se concluya que la disconformidad manifestada no cumple con los requisitos que exige el apartado anterior [19].»

[18] El texto de la enmienda a la totalidad puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/64524_1545298789534.pdf

[19] Al margen de las consideraciones críticas efectuadas con motivo de la propuesta de reforma del Reglamento, la Mesa de la Diputación Permanente, en su reunión del día 13 de marzo de 2019, acordó, una vez producida la disolución de la Cámara, publicar la relación de iniciativas que se encontraban en tramitación en el momento de la disolución y que caducaron como consecuencia de ésta. Así, entre las iniciativas caducadas se encuentra la Proposición de reforma del RC, por la que se modifican los arts. 111 y 126, sin que en la Legislatura subsiguiente se haya presentado, al inicio del II Periodo de Sesiones, ninguna Proposición de reforma del RC que afecte a la regulación y tratamiento del ejercicio del «veto presupuestario».

4. CONCLUSIONES

Por todo dicho, y entendiendo que los conflictos entre órganos constitucionales a partir de la facultad de veto que nos ocupa son y serán cada vez más frecuentes en un contexto político caracterizado por el fin del bipartidismo y una acusada fragmentación parlamentaria, enunciamos las siguientes conclusiones:

1. Resulta necesario llevar a cabo una reforma del Reglamento del Congreso y del Senado a fin de colmar lagunas existentes y reequilibrar el marco en el que se desarrolla hoy día el «veto presupuestario», donde el margen de actuación de las Cámaras es muy limitado.
2. En esas reformas debe incluirse la necesidad de que toda proposición de ley que se presente vaya acompañada de una memoria de impacto económico.
3. La Mesa de la cámara correspondiente, en la fase de admisión a trámite y calificación y antes de enviar la proposición de ley al Gobierno para que este muestre su conformidad o disconformidad, debe verificar que la iniciativa va acompañada de la memoria económica, que el impacto que produce no va referido a ejercicios presupuestarios futuros y que no se lleva a cabo un señalamiento expreso de las concretas partidas presupuestarias que habrían de sufragar los gastos que generase la iniciativa, en caso de superar el volumen total de créditos presupuestados.
4. Superado el examen de la Mesa, las proposiciones de ley habrán de ser sometidas a la conformidad del Gobierno para poder continuar su tramitación. La salvaguarda de los derechos y facultades que el art. 23.2 CE confiere a los diputados exige del Gobierno una motivación escrupulosa en los términos ya señalados, primordialmente en caso de disconformidad, lo que le llevará automáticamente a argumentar el cumplimiento del presupuesto material contenido en el art. 134.6 CE.
5. En caso de disconformidad del Gobierno, la Mesa, en cumplimiento de su función calificadora, sólo puede verificar que la motivación aportada por el Gobierno se ajusta a los parámetros que hemos enunciado con anterioridad. De manera que sólo en caso de que el Gobierno en su escrito de disconformidad no haya justificado de manera objetiva y suficiente que la proposición en cuestión implica un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos del Presupuesto en vigor, la decisión de la Mesa de proseguir con la tramitación de la iniciativa vetada por el Gobierno no será usurpadora de la competencia derivada del art. 134.6 CE.

6. La cada vez más acusada fragmentación y polarización parlamentaria, y las diferentes mayorías políticas que pueden controlar el Ejecutivo, por una parte, y la Mesa de las cámaras, por otra, hacen altamente probable que conflictos de atribuciones *ex* art. 134.6 CE vuelvan a producirse. Pese a ello, la XIII Legislatura transcurrió sin que se hubiesen consensuado y aprobado las reformas que lo evitaran. Probablemente haya que esperar a que se repitan similares situaciones concretas de conflicto a las ya vistas para reactivar las necesarias modificaciones.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

García Morillo, J. y Pérez Tremps P. (1998), «Legislativo Vs. Ejecutivo autonómicos: El problema del control del «veto presupuestario»», *Parlamento y Constitución,* núm. 2, 9-44.

Giménez Sánchez, I. (2017), «El control del Parlamento sobre el llamado «veto presupuestario» del Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León,* núm. 42, 76-101.

Marrero García-Rojo, A. (2007), «El control del ejercicio por el Gobierno de la facultad de veto presupuestario. (Comentario a la STC 223/2006, con consideración de la STC 242/2006)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 309-359.

Martínez Lago, M. A. (2011), «Notas sobre el veto presupuestario en las relaciones Gobierno-Parlamento», *El Cronista del Estado Social y de Democrático de Derecho*, núm. 21, 52-63.

Ramallo Massanet, J. (2003), «El bloque presupuestario en España: Presupuesto, acompañamiento, estabilidad», *Revista Jurídica de Les Illes Balears*, núm. 1, 11-40.

L'INDISPONIBILITÀ DEL TRIBUTO NEGLI ORDINAMENTI ITALIANO E SPAGNOLO: FONDAMENTO E CONTENUTI, COMPARAZIONI E DIMENSIONE EUROPEA

Antonio Guidara
Università di Catania

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La nozione dell'indisponibilità del tributo. 3. Referenti costituzionali. 4. Discrezionalità e vincolatezza nell'azione dell'amministrazione finanziaria. 5. Altre comparazioni e dimensione europea. 6. Conclusiones. 7. Riferimenti bibliografici.

1. PREMESSA

«Dare voce» al diritto tributario in un Convegno italo-spagnolo su «*Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo*» gratifica molto chi scrive, anche perché l'evento è occasionato dalla concomitanza di due importanti anniversari per Italia e Spagna e per i giuristi di Italia e Spagna, il 70.º anniversario della Costituzione italiana e il 40.º anniversario della Costituzione spagnola.

Il coinvolgimento al Convegno mi ha consentito e mi consente di riprendere e sviluppare in una dimensione sovranazionale, comparata ed europea, alcune considerazioni sull'indisponibilità del tributo [1], ossia su un tema che

[1] In riferimento è a Guidara (2010. 61 ss).

non è molto battuto dagli studiosi, per lo meno negli ultimi tempi, ed è trattato in un'ottica eminentemente nazionale [1]: non possono negarsi comunanza di principi e vicinanza di istituti e discipline, soprattutto tra ordinamenti vicini, integrati ed integrantesi, quali sono quello italiano e spagnolo, che inducono a riflessioni di più ampio respiro, le quali pur *in nuce* finiscono col coinvolgere anche ed inevitabilmente il diritto UE.

2. LA NOZIONE DELL'INDISPONIBILITÀ DEL TRIBUTO

2.1 L'attenzione al tema dell'indisponibilità è stimolata innanzi tutto da vaghezza e improprietà dei ricorrenti riferimenti. Prevalgono, infatti, i riferimenti indisponibilità all'obbligazione tributaria o al credito tributario, che della prima costituirebbe la componente attiva, i quali dimostrano un approccio datato e inadeguato al tema dell'indisponibilità: tant'è che il suo fondamento viene rinvenuto nella disciplina civilistica dei diritti indisponibili oppure in previsioni *ad hoc* stabilite dal legislatore, come l'art.18 della Ley General Tributaria spagnola (per il quale «*El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa*») o il più datato italiano art.49 del RD 23 maggio 1924, n.827 (per il quale nei contratti stipulati dallo Stato «… non si può convenire esenzione da qualsiasi specie di imposte o tasse vigenti all'epoca della loro stipulazione»).

Sennonché nel diritto tributario difficilmente può parlarsi di situazioni di debito e di credito che siano correlate tra loro, vale a dire di un rapporto obbligatorio. Ciò essenzialmente perché i rapporti tra contribuente e amministrazione sono connotati da profili che esulano dalle normali obbligazioni pecuniarie: l'amministrazione a differenza del normale creditore può azionare *ex se* le sue pretese, esercitando i poteri autoritativi di cui dispone (come è noto, essa determina l'esistenza di un eventuale debito, lo quantifica e lo riscuote, anche contro la volontà del «debitore»); inoltre, essa stessa punisce l'inadempimento del contribuente con l'applicazione di una sanzione (amministrativa), che di regola non si riscontra nei normali rapporti di debito-credito [2].

Ancora delle obbligazioni mancano connotati importanti. Manca innanzi tutto la pariteticità, almeno sul piano formale, del «rapporto» tra le parti, ma

[1] Analogamente può dirsi per buona parte dei temi del diritto tributario, essendo i tributi tipiche e gelosamente presidiate estrinsecazioni della sovranità degli Stati. Cfr. anche *infra* paragrafo 5.

[2] Tra l'altro, le eventuali clausole penali del diritto privato, cui le sanzioni amministrative tributarie si potrebbero – tutt'al più e in una visione pan-privatistica – accostare, sono pur sempre frutto dell'accordo dei contraenti.

piuttosto si constata una posizione formale (oltre che sostanziale) di supremazia dell'amministrazione. Ed ancora si constata l'assenza di un interesse esclusivo o preminente del «creditore» alla prestazione e del conseguente potere di disposizione, giacché l'interesse dell'amministrazione (o dello Stato-apparato) è servente rispetto all'interesse pubblico alla percezione dei tributi al punto che la stessa amministrazione, a differenza del normale creditore, non può sottrarsi dal far valere le sue pretese, come anche dal sanzionare eventuali comportamenti del contribuente difformi dalla legge, neppure laddove venga meno l'interesse di essa a conseguire la prestazione [3].

Non depone in senso contrario il fatto che il legislatore talora si riferisca testualmente all'obbligazione tributaria. Infatti, come è noto, l'esegesi di una disposizione non può fermarsi alla *littera legis*, ma deve guardare alla *ratio* di essa e alla sua collocazione sistematica. E per l'appunto, laddove impiegata, l'espressione «obbligazione tributaria» non designa affatto un rapporto di debito-credito, ma appare soltanto come il termine di riferimento di altri istituti, rispetto ai quali assume un'importanza per così dire secondaria, e finisce con l'acquisire un significato peculiare da individuare nelle norme e nei contesti in cui la formula ricorre: così già nello stesso art.18 LGT, richiamato in precedenza, la cui caratterizzazione, l'indisponibilità, è da riferire al tributo a prescindere dalla natura delle situazioni giuridiche di cui esso sia oggetto (come anche, per rimanere nello stesso testo di legge, definizioni e distinzioni delle obbligazioni tributarie ivi contenute sono da declinare in relazione ai contenuti e alle discipline delle stesse, a prescindere dalle etichette legislative [4]). Ciò

[3] Nel diritto civile l'obbligazione viene intesa in due accezioni: il rapporto, detto appunto obbligatorio, che intercorre tra due soggetti avente ad oggetto la prestazione che uno, detto debitore, deve eseguire per soddisfare l'interesse dell'altro, detto creditore; ma anche la posizione debitoria di tale rapporto, ossia lo specifico dovere in forza del quale il debitore è tenuto ad eseguire una data prestazione per soddisfare l'interesse del creditore. Trattasi di significati che affondano le loro origini nel diritto romano: cfr. per tutti WINDSCHEID (1904, 5 ss.).

[4] Si pensi, ad esempio, alla *relación juridico-tributaria* o alle distinzioni tra *obligaciones materiales y formales*, di cui all'art.17 Ley General Tributaria, oppure ad altre qualificazioni successive come la *obligación tributaria principal* (di cui all'art.19), la *obligación tributaria de realizar pagos a cuenta* (di cui all'art.23), le *obligaciones entre particulares resultantes del tributo* (di cui all'art.23), le *obligaciones tributarias accesorias* (di cui all'art.24), le *obligaciones tributarias en el marco de la asistencia mutua* (di cui all'art.29 bis).

Nel diritto tributario italiano mancano definizioni e distinzioni come quelle contenute nella LGT, di cui si è detto, ma le conclusioni non mutano. Così le «*obbligazioni tributarie*» che si trasmettono agli eredi, ex art.65 DPR 29 settembre 1973, n.600, sono tutte le situazioni soggettive tributarie, passive, ma non solo, facenti capo al *de cuius* (tant'è che ricorre il plurale), non diversamente da quanto accade: per l'IVA, ove ricorrono invece riferimenti a «gli obblighi derivanti … dalle operazioni effettuate dal contribuente deceduto» (così l'art.35 bis DPR 26 ottobre 1972, n.633) o, in tema di scissione di società, a «gli obblighi e i diritti derivanti dall'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto» (cfr. art.16, comma 11, della legge 24 dicembre 1993, n.537); per l'IRES, ove, sempre in tema di scissione di società, a trasferirsi sono le «posizioni soggettive della società scissa» (come anche «i relativi obblighi strumentali», «gli ob-

senza considerare imprecisione terminologica ed ambiguità espressiva di molte scelte lessicali del legislatore, che nel giovane e poco sedimentato diritto tributario risaltano maggiormente.

2.2 Piuttosto nei rapporti tra contribuente ed amministrazione finanziaria emergono una pluralità di situazioni giuridiche dal contenuto eterogeneo. Così in capo al contribuente si hanno situazioni, quali obblighi (di dichiarazione, di versamento, ecc.), diritti (a detrazione, a deduzioni, ecc.), soggezioni (alle varie potestà amministrative), interessi legittimi (a fronte dei vari provvedimenti dell'amministrazione), opzioni (per regimi contabili, regimi di determinazione del tributo, ecc.); e solo raramente veri rapporti di debito-credito, riconducibili alle obbligazioni: essenzialmente le situazioni in cui il contribuente è creditore. E parallelamente si constatano una pluralità di atti amministrativi (atti di accertamento, atti di liquidazione, ordini di pagamento, provvedimenti sanzionatori, rifiuti di rimborso, cautele amministrative, ecc.), i quali sono espressione non già di una unitaria funzione impositiva, ma di una pluralità di funzioni, essendo diversi i poteri espressi, ma anche le norme di riferimento, le situazioni coinvolte, gli interessi perseguiti.

Escluso che l'indisponibilità vada riferita all'obbligazione tributaria come anche al suo componente attivo, il presunto diritto di credito dell'amministrazione, occorre piuttosto chiamare in causa le potestà esercitate dall'amministrazione finanziaria, e tra esse quelle di accertamento e di riscossione.

Non vi sono problemi a riferire l'indisponibilità alle potestà amministrative: essa, infatti, impatta sul potere di disposizione (che appunto preclude), il quale connota le situazioni giuridiche attive e/o di vantaggio, quali sono i diritti soggettivi e le potestà amministrative (esprimenti una volontà in grado di produrre effetti giuridici, tra i quali quelli traslativi e abdicativi, che si ricomprendono appunto nella facoltà di disposizione). Senza che possano sorgere equivoci legati al diverso ambito di operatività di tali situazioni giuridiche: nei diritti soggettivi la «signoria della volontà» è tendenzialmente assoluta (finalizzata alla cura di interessi di parte in rapporti tra pari), nelle potestà pubbliche essa è limitata nel fine, il perseguimento del pubblico interesse, in funzione del quale la potestà nasce ed esiste [5].

Il fatto che l'indisponibilità sia riferibile alle potestà amministrative, non significa per ciò stesso che esse siano indisponibili, dovendosi piuttosto guardare ai loro contenuti. Più esattamente l'indisponibilità si atteggia a limite

blighi di versamento», «gli obblighi tributari … riferibili a periodi di imposta anteriori alla data dalla quale l'operazione ha effetto». Cfr. art.173 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi).

[5] Si ha riguardo a questa caratteristica delle potestà, quando si dice, spesso tralatiziamente, che tutte le potestà pubbliche sono vincolate (nel fine), irrinunciabili o indisponibili.

dell'azione amministrativa e la sua intensità non può essere prestabilita, ma va determinata in relazione al contenuto di ciascuna potestà.

Altrettanto può dirsi per le potestà che l'amministrazione finanziaria esercita: non può che guardarsi alle potestà di cui il tributo rappresenta in tutto o in parte il contenuto. Infatti, la nozione di tributo, per quanto sia atecnica (per la sua genesi extragiuridica) e poco precisa (per la relatività dei confini), va riferita alle situazioni giuridiche di cui costituisce in tutto o in parte il contenuto; solo nelle situazioni attive facenti capo all'amministrazione, le potestà, possono aversi profili dispositivi (aventi ad oggetto il tributo) come anche possono innestarsi eventuali accordi (che per l'appunto sono accordi amministrativi); le discussioni sulla possibilità di accordi nel diritto tributario hanno riguardato essenzialmente quelli aventi ad oggetto il tributo (volendosi inibire e/o condizionare l'esercizio delle potestà coinvolte oppure volendosi intervenire sugli atti espressivi delle stesse). Sicché rilevano le potestà di accertamento e di riscossione, le quali hanno ad oggetto in tutto o in parte il tributo, consistendo nella determinazione di quanto dovuto e nella sua acquisizione coattiva. Mentre non rilevano altre potestà dell'amministrazione finanziaria, quali quella investigativa o sanzionatoria, diverse per fini e contenuti, e non necessariamente legate a quelle di accertamento e di riscossione.

Considerazioni analoghe a quelle espresse per la potestà possono farsi per l'attività amministrativa, consistente in una pluralità di similari potestà e atti accomunati da medesime finalità, o per la funzione amministrativa, equivalente alla potestà amministrativa vista però nel loro farsi, nel suo trasformarsi in atti; peraltro i termini potestà, attività e funzione riferiti all'azione amministrativa sono non di rado usati come sinonimi o comunque considerati fungibili. Con la conseguenza che si può pure riferire l'indisponibilità del tributo anche alle funzioni o attività di accertamento e di riscossione.

3. REFERENTI COSTITUZIONALI

3.1 Ricondotta l'indisponibilità del tributo alle potestà di accertamento e di riscossione, occorre individuarne i possibili referenti costituzionali, al fine di coglierne significato e portata.

È frequente il riferimento al dovere di contribuzione alle spese secondo capacità contributiva, di cui agli art.53, comma 1, della Costituzione italiana («Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva») e 31, comma 1, della Costituzione spagnola («*Todos*

contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningun caso, tendrá alcance confiscatorio») [6].

Il che si motiva prevalentemente con la particolare natura del tributo, inteso come «obbligazione di riparto di spese collettive». Si dice che nei confronti dei contribuenti l'amministrazione finanziaria vanta un credito, un credito fiscale appunto, che è un credito della comunità. Esso nasce per ripartire tra i consociati spese comuni e si connota per la particolarità della suddivisione effettuata attraverso indici di riparto, ossia «… fatti e situazioni dai quali si fa dipendere la determinazione della quota di contribuzione facente carico a ciascun singolo e alla quale corrisponde il debito individuale di imposta di costui». Si tratta, più esattamente, di «fatti e situazioni … che non hanno tanto la funzione di risolvere il conflitto di interesse esterno tra Stato e contribuente, quanto il conflitto interno tra contribuente e contribuenti, determinando appunto il relativo rapporto di partecipazione individuale alla comune contribuzione». Infatti per ciascun contribuente non è indifferente che gli altri contribuenti paghino in tutto o in parte la loro quota, né che il riparto sia corretto o scorretto, in quanto il vantaggio che deriva ad alcuni contribuenti ridonda a danno degli altri. E il criterio di riparto dato dalla capacità contributiva, piuttosto che altri criteri, garantisce l'effettiva uguaglianza tributaria, che poi è anche giustizia tributaria. Ne consegue l'indisponibilità e l'irrinunciabilità del tributo, giacché esso «rappresenta una quota, una frazione di una totalità, il cui mancato incasso non riguarda solo l'erario, perché si ripercuote ed ha una ricaduta sulla posizione di quanti non

[6] In verità, a differenza della Costituzione italiana, che si rifà alla capacità contributiva, quella spagnola si riferisce alla «*capacidad economica*». I due concetti, però, sono sovrapponibili, dal momento che la capacità contributiva non è altro che la declinazione della capacità economica nelle sue accezioni, oggettiva e soggettiva, ben presenti nella formulazione della previsione spagnola dell'art.31, comma 1 (cfr. ad es. Rodríguez Bereijo (2005, 236 ss.), ove in particolare: «*La capacidad económica es, en materia tributaria, medida de igualdad así como el fundamento de la unidad y racionalidad del sistema tributario; unidad que es imprescindible para que exista igualdad economica (TIPKE) y que obliga a los poderes públicos – como ha dicho el Tribunal Constitucional en la STC 24/1981, F, J 4° - «a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra» o «a exigir esa contribución [al sostenimiento de los gastos públicos] a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación» (por todas STC 10/2005, F. J. 6° in fine*»); peraltro delle due accezioni non si prescinde (e non si può prescindere nello Stato sociale) neppure laddove, come in Germania, manchi una previsione costituzionale dedicata, tant'è che la relativa Corte costituzionale giunge allo stesso risultato, attingendo alla previsione generale di uguaglianza.

hanno beneficiato della rinuncia». E derogare al principio di indisponibilità equivale a vulnerare il principio costituzionale di uguaglianza [7].

Sennonché tali argomentazioni, che nella sostanza sono condivisibili, non appaiono decisive a fondare l'indisponibilità del tributo. Infatti, che il tributo pertenga alla comunità o, come anche si dice, che abbia una natura comunitaria o democratica (ricollegabile al dovere di contribuzione alle spese pubbliche di tutti i consociati), non significa per ciò stesso che di esso non si può disporre, ma semmai che se deve disporre negli interessi della comunità; come anche la conformità a capacità contributiva del riparto delle spese pubbliche rappresenta un limite positivo o di contenuto a tale riparto, ma non significa affatto che tale conformità non possa essere garantita dall'amministrazione ossia che questa non possa disporre del tributo nel rispetto di tale criterio [8].

Né può valere osservare, come pure giustamente si dice, che l'interesse della comunità, sotteso al disposto dei richiamati artt.53 e 31 delle due Costituzioni, richiede il «consenso» di essa, ossia l'intervento delle assemblee rappresentative, visto che il ruolo di primo piano svolto dal legislatore non escluderebbe sulla base delle sole richiamate previsioni costituzionali, un intervento dell'amministrazione, pure essa rappresentativa degli interessi della comunità [9], eventualmente a seguito di previsione del legislatore in tal senso [10].

Peraltro, siffatte previsioni costituzionali riguardano l'attività del legislatore. Il dovere di contribuzione alle spese dello Stato e l'individuazione dei fatti indici di capacità contributiva nello Stato di diritto sono prerogativa del legislatore, a maggior ragione in presenza di una riserva di legge in materia, contemplata da entrambe le Carte costituzionali (nell'ordine di citazione si vedano gli artt.23 e 31, comma 3), e di indicazioni costituzionali al legislatore dei criteri di valutazione della capacità contributiva (essenzialmente la progressività, di cui nello stesso ordine agli artt.53, comma 2, e 31, comma 1) e

---

[7] Significativamente Falsitta (2008, in particolare pp. 185 ss., 296 ss.), da cui sono tratti i passi tra virgolette.

[8] Significativa proposito è la constatazione che a volte il legislatore consente al contribuente scelte di vario tipo (ad es. per un regime contabile o per un regime di determinazione del tributo) che implichino una diversa consistenza delle prestazioni tributarie, già in punto di *quantum debeatur*, giudicandone evidentemente i risultati compatibili col dovere di cotribuzione secondo capacità contributiva. E analogo giudizio di compatibilità non potrebbe escludersi per i risultati di scelte analoghe riguardanti il tributo, che dallo stesso legislatore fossero eventualmente demandate all'amministrazione.

[9] In via esemplicativa si ricordino previsioni quali: «I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione» (ex art.98, comma 1, della Costituzione italiana); «*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...*» (ex art.103, comma 1, della Costituzione spagnola).

[10] Infatti la ragionevolezza delle discriminazioni fiscali, postulata dal dovere di concorso alle spese pubbliche secondo capacità contributiva, specifica in materia fiscale il principio di eguaglianza, nella duplice veste formale e sostanziale, e ben potrebbe essere garantita anche demandando all'amministrazione il compito di apprezzare nell'esercizio dei suoi poteri la capacità contributiva dei singoli contribuenti.

dei criteri di riparto delle competenze sulla materia in relazione agli enti territoriali (di cui, rispettivamente, ai titoli V e VIII delle due Costituzioni) [11].

In definitiva, il dovere di contribuzione alle spese pubbliche secondo capacità contributiva non appare idoneo (per lo meno da solo) a fondare l'indisponibilità del tributo: rappresenta soltanto un limite, sicuramente il più significativo, alle scelte che può compiere il legislatore tributario, delle quali vuole garantire coerenza e razionalità intrinseche e sistematiche; non esclude che, compatibilmente con tali obiettivi, scelte che riguardino il tributo possano essere demandate all'amministrazione.

3.2 Di contro è conducente riferire l'indisponibilità del tributo all'art.23 della Costituzione italiana («nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge») e all'art.31, comma 3, della Costituzione spagnola («*sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*»), i quali enunciano, in veste consolidata e attualizzata, quel principio del «consenso al tributo» o dell'«autoimposizione», altrimenti noto come «*no taxation without representation*», che ha caratterizzato fortemente la nascita dello Stato di diritto [12].

Di esso si evidenzia comunemente la preminente funzione di garanzia, la quale, venuta meno l'accezione originaria di contrapposizione delle assemblee elettive al potere «forte» del Sovrano, assume una duplice veste: di garanzia della sfera di libertà (personale e) patrimoniale da interventi autoritativi dell'amministrazione; di garanzia degli interessi pubblici sottesi agli interventi autoritativi, che si concretano nelle «prestazioni imposte». E la garanzia è data dal necessario e pregnante intervento della legge, ossia di un atto che esprime, per il tramite delle assemblee elettive, la volontà del corpo elettorale nella sua interezza; ed è accentuata dal particolare procedimento di formazione della legge e dalla sua sindacabilità da parte del Giudice Costituzionale, oltre che dalla rigidità delle due Costituzioni.

---

[11] Sicché dovrebbe semmai discutersi della invalidità (per contrasto con gli artt.53 e 31, comma 1, citt.) delle leggi che eventualmente consentano all'amministrazione un potere di disposizione del tributo (ove tale potere possa non soddisfare gli interessi della comunità e non rispettare la capacità contributiva dei singoli), non anche dell'invalidità di potestà e atti amministrativi (almeno fintanto che le leggi di riferimento non vengano dichiarate incostituzionali).

[12] Dello stesso tenore degli articoli costituzionali richiamati sono l'art.117 della Costituzione Italiana («Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:... e) … sistema tributario e contabile dello Stato; … Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: … coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario») e l'art.133 della Costituzione spagnola («1. *La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley*. 2. *Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes*»), ai quali non si farà riferimento nel prosieguo, perché, pur riproponendo i contenuti dei richiamati artt.23 e 31 delle due Costituzioni, lo fanno nei rapporti tra lo Stato e le sue articolazioni regionali (Regioni e *Comunidades Autónomas*), cui sono diretti

Ma la garanzia si coglie anche in un altro importante significato delle richiamate previsioni costituzionali, non sempre sufficientemente messo a fuoco, che riguarda direttamente l'azione dell'amministrazione finanziaria e consiste nell'escluderne o limitarne la discrezionalità amministrativa.

Infatti, laddove prevede una riserva di legge, come nell'articolo in esame, la costituzione onera il legislatore a dettare la disciplina della materia riservata, consentendo margini di intervento piuttosto circoscritti a organi e soggetti diversi dal legislatore (essenzialmente l'esecutivo e gli enti territoriali), i quali possono completare la disciplina legislativa con norme di dettaglio (di mera esecuzione) ovvero procedere all'applicazione di essa (atti vincolati).

Ciò vale di certo nei casi in cui la riserva è assoluta, ma vale anche, sia pure con qualche temperamento, in quelli di riserva cd. relativa [13], nei quali: il rigore descritto si attenua, nel senso di ritenersi sufficiente che il legislatore detti gli «elementi essenziali» della materia ovvero che la disciplini in «maniera sufficiente», la restante disciplina potendo essere demandata ad altre fonti normative (l'intensità della riserva modula, appunto, il riparto tra le fonti normative); e naturalmente maggiori sono i margini di intervento per gli atti amministrativi (e per quelli giurisdizionali, che in questa sede non rilevano) [14].

L'ambito di operatività della riserva in esame riguarda l'imposizione di prestazioni patrimoniali, all'interno delle quali si ricomprendono sicuramente quelle tributarie [15]. Donde ogni intervento normativo che disciplini queste ultime non può che essere di tipo legislativo: così le carte costituzionali riferendosi a «prestazione … patrimoniale … imposta» e a «*prestaciones … patrimoniales de carácter público*» ed esprimendosi in termini di esclusività con gli incisi «nessuna … se non» e «*solo* …». E, poiché quella contenuta negli art.23 della Costituzione italiana e 31, comma 3, della Costituzione spagnola può dirsi una riserva di legge relativa, come si evince dagli incisi «in base alla legge» e «*con arreglo a la ley*», l'intervento deve essere legislativo per lo meno

[13] Che quella in materia tributaria sia una riserva di legge relativa non è in discussione, come dimostrano a tacer d'altro le formule «in base alla legge» e «*con arreglo a la ley*». Piuttosto si discute della significatività della distinzione tra riserva di legge assoluta e riserva di legge relativa (potendo tutte le riserve essere ritenute relative, sia pure con diversa intensità) e del suo possibile fondamento (costituzionale o meno). Sul che anche per i riferimenti si vedano ad es.: Guidara (2010, 130 ss.); Andrés Aucejo (2013, 122 ss.).

[14] Le direzioni in cui opera la riserva di legge sono diverse e riguardano i rapporti: tra legge e altre fonti normative; tra legge e atti amministrativi; tra legge e atti giurisdizionali.

[15] Una conferma che i tributi ricadano tra le prestazioni patrimoniali imposte soggette alla riserva di legge viene dalla stessa Costituzione spagnola, che dopo aver stabilito all'art.31, comma 3, che «*sólo podrán establecerse prestaciones … patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*», all'art.133, comma 1, aggiunge che «*la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley*».

nelle linee essenziali. Sicché maggiore spazio può essere riconosciuto a fonti normative secondarie e a atti amministrativi. Anzi il tecnicismo della materia tributaria agevola questo secondo tipo di intervento.

La minor intensità della riserva di legge implica che una qualche discrezionalità residui alle fonti normative secondarie (ad. es. la determinazione dell'aliquota, laddove la legge fissi soltanto limiti massimi e minimi, ovvero l'istituzione di esenzioni, riduzioni e detrazioni dal tributo, laddove la legge non definisca puntualmente la base imponibile e/o lasci margini di intervento) [16]. Diversamente accade per gli atti amministrativi, i quali non possono che avere un contenuto vincolato, sia che riguardino gli «elementi essenziali» della disciplina coperta dalla riserva di legge, che devono comunque essere disciplinati dalla legge, sia che riguardino gli altri elementi, che per l'appunto possono essere disciplinati da fonti sub-primarie. Più esattamente gli atti amministrativi di regola applicano leggi e regolamenti tributari ai casi concreti, ma possono anche qualificare fattispecie ovvero contenere apprezzamenti e stime. Essi, cioè, possono completare, specificandola, la disciplina normativa senza però poter ponderare e comporre gli interessi (pubblici e privati) coinvolti. Il che vale per gli atti amministrativi generali (destinati ad una pluralità di destinatari indeterminati ed indeterminabili a priori), ma vale anche e a maggior ragione per gli atti amministrativi individuali.

3.3 Volendo meglio precisarne l'ambito di operatività, può dirsi che la riserva di legge in esame esige una sufficiente base legislativa ogni qualvolta si incida, direttamente o indirettamente, su doverosità ed entità della prestazione tributaria, ossia sull'*an* e sul *quantum debeatur*. Con la conseguenza che ad essa vanno ricondotte, non soltanto – e come comunemente si osserva – le previsioni normative contenenti gli «elementi essenziali» del tributo (da ricercarsi nella disciplina dei fatti che li rendono doverosi e nella misura degli stessi, ossia nella disciplina del presupposto, dei soggetti passivi, della base imponibile, delle aliquote, anche se per quanto riguarda le ultime due si ritiene sufficiente l'indicazione legislativa di criteri di determinazione e limiti) [17], ma

[16] Per il diverso rapporto tra riserva di legge ed agevolazioni fiscali nel diritto italiano può essere interessante leggere GUIDARA (2013, § 3); mentre la Costituzione spagnola contiene una parziale – perché relativa ai tributi statali – riserva di legge nell'art.133, comma 3, per il quale: «*todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley*».

[17] Cfr. ad es. FEDELE (1994, 177 ss. e 1978, 97 ss.).

È interessante notare come la Ley General Tributaria nell'art. 8 (ma già nel previgente art.9) determini il contenuto della riserva di legge in via decisamente sovrabbondante rispetto alla statuizione costituzionale, peraltro stabilendo in maniera abbastanza precisa gli aspetti che «*se regularán en todo caso por la ley*» (anche se vi è una previsione di chiusura nella stessa lettera *a)* dell'art. 8, laddove si fa riferimento a «*los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria*»). Il che pone il problema – di non facile soluzione, per lo meno *per tabulas*, e che non può essere trattato in questa

anche le norme attributive di potestà amministrative, e segnatamente quelle che riguardano le funzioni di accertamento e di riscossione, il contenuto delle quali è in tutto o in parte integrato dal tributo.

Nell'ordine, la prima consiste nella determinazione autoritativa di imponibile e imposta dovuta, ovverosia di *an* e *quantum debeatur*. Essa specifica il dovere di contribuzione e la misura di essa, facendo sorgere e quantificando l'obbligo di pagare il tributo in capo al singolo contribuente. Sicché essa ricade *in toto* nella previsione della riserva di legge e sui suoi contenuti è esclusa ogni discrezionalità amministrativa (individuazione, ponderazione e composizione degli interessi coinvolti competono esclusivamente al legislatore).

A considerazioni parzialmente diverse si perviene guardando all'attività di riscossione. Essa consiste nell'acquisizione coattiva delle entrate tributarie. Presuppone, di regola, che il tributo sia stato già determinato, ma in tutto o in parte non versato, dal contribuente in sede di dichiarazione o dall'ufficio in sede di accertamento: nel primo caso essa cumula anche la funzione di accertamento, visto che si controlla ed eventualmente si rettifica la dichiarazione del contribuente; nel secondo caso, invece, l'amministrazione procede soltanto all'acquisizione coattiva di quanto già determinato in un precedente provvedimento della stessa (e il fatto che l'atto di accertamento, possa essere anche titolo esecutivo e intimazione di pagamento, ossia possa svolgere anche funzioni di riscossione, non pregiudica la distinzione tra le due funzioni).

L'incidenza della riserva di legge riguarda senz'altro la componente di determinazione ed applicazione del tributo, laddove presente. Ma al di fuori di questa componente, che comunque può definirsi di accertamento e riguarda la fase iniziale della riscossione (titolo esecutivo e intimazione di pagamento), e in ogni caso superata questa fase, la riscossione si articola in una pluralità di procedimenti ed atti tendenti alla soddisfazione della pretesa fiscale, che nel tributo dovuto incontrano soltanto la giustificazione e il limite (dell'azione

---

sede – di discernere tra i contenuti dell'art. 8 quelli che godono di copertura costituzionale (di diretta derivazione dell'art.31, comma 3, della Costituziona spagnola) da quelli che non lo sono, ai fini della legittimità di interventi legislativi, che diano spazio a fonti secondarie: tant'è che si distinguono una *reserva de ley material* da una *reserva de ley formal*, come rileva ad esempio Andrés Aucejo (2013, 125 ss.), la quale peraltro evidenzia come il problema non sia di poco conto, constatandosi un abuso della fonte regolamentare in materia tributaria. E vi è anche chi distingue tra il *principio de reserva de ley* (di derivazione costituzionale) e il *principio de preferencia de ley* (di derivazione legislativa e da intendere nel senso che «*cuando una materia pueda regularse simultáneamente por ley y con una norma de rango inferior, se aplicará la ley de manera prioritaria*»), per riferire a quest'ultimo quei contenuti dell'art.8 cit. non coperti dalla riserva di legge: così in Fernández Amor, García Calvente, García Luis, Manzano Silva, Ruiz Garijo, Vaquera García (2011, 113 ss.).

amministrativa che esprimono). E l'incidenza della riserva di legge è piuttosto limitata, riguardando esistenza ed entità della prestazione tributaria, alle quali l'amministrazione non può derogare, ad esempio mediante rinunce o transazioni; al di fuori di tali profili si rinvengono significativi margini di discrezionalità amministrativa, giacché l'interesse pubblico all'acquisizione di quanto dovuto si incontra con una pluralità di interessi, aventi anch'essi dignità costituzionale, chiamati in causa dalla realizzanda compressione della sfera patrimoniale del contribuente: in via meramente esemplificativa si ricorda come già la *Ley General Tributaria* preveda in via generale la possibilità di differire e frazionare il pagamento del tributo (si tratta del *aplazamiento y fraccionamiento del pago*, di cui all'art.65, al quale poi anche altre disposizioni della stessa legga si rifanno) [18].

Si può quindi concludere che ai sensi degli art.23 della Costituzione italiana e 31, comma 3, della Costituzione spagnola su *an* e *quantum debeatur* è esclusa ogni discrezionalità nell'azione dell'amministrazione finanziaria, sia essa di accertamento che di riscossione: più esattamente nella prima è escluso ogni potere di disposizione del tributo, mentre nella seconda diventano possibili margini di disposizione purché riguardino profili diversi da *an* e *quantum debeatur.* Come anche si può concludere che l'indisponibilità del tributo nell'azione dell'amministrazione finanziaria ha fondamento nelle richiamate previsioni costituzionali, riguardando appunto *an* e *quantum debeatur*, e, così intesa, può essa stessa essere considerata un principio costituzionale.

E si comprende così perché essa rappresenti il sostrato e la chiave di lettura di importanti istituti dell'accertamento e della riscossione e più in generale si ponga alla base della dinamica delle relazioni tra contribuente ed amministrazione finanziaria nelle funzioni tipiche di quest'ultima.

---

[18] Alla previsione generale di cui all'art.65 della Ley General Tributaria («1. *Las deudas tributarias que se encuentren en período voluntario o ejecutivo podrán aplazarse o fraccionarse en los términos que se fijen reglamentariamente y previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos*. 2. …») non corrisponde un'analoga previsione generale nell'ordinamento tributario italiano, nel quale vi sono piuttosto previsioni speciali, anche se quella riguardante le imposte sui redditi, di cui all'art.19 DPR 29 settembre 1973 («L'agente della riscossione, su richiesta del contribuente, che dichiara di versare in temporanea situazione di obiettiva difficoltà, concede la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo … fino ad un massimo di settantadue rate mensili …»), è diventata una previsione quasi generale (in forza dell'estensione della disciplina della riscossione delle imposte sui redditi realizzata ad opera del D. lgs. 26 febbraio 1999, n. 46).

4. DISCREZIONALITÀ E VINCOLATEZZA NELL'AZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA

Completano la conclusione cui si è pervenuti alcune precisazioni circa i rapporti tra discrezionalità e vincolatezza nell'azione dell'amministrazione finanziaria, che forse possono apparire scontate, ma che probabilmente non lo sono nel diritto tributario, ove non sempre sono adeguatamente messi a fuoco e con convergenza di posizioni.

Come è noto la volontà amministrativa si connota per l'esistenza o per la mancanza di ponderazione e composizione degli interessi, pubblici e privati, coinvolti dall'azione della pubblica amministrazione. Laddove vi è discrezionalità, l'amministrazione è chiamata a scegliere tra più soluzioni possibili quella che meglio soddisfi gli interessi coinvolti, ossia la più opportuna e conveniente per il caso concreto; mentre laddove vi è vincolatezza, non vi è spazio per scelte di tal guisa e piuttosto l'amministrazione è tenuta a provvedere nell'unico modo possibile [19].

Poiché l'amministrazione dispone di poteri autoritativi in funzione della realizzazione di interessi pubblici, quando essa agisce come autorità, la sua scelta è finalizzata, ossia deve essere nel caso concreto la più opportuna e conveniente in ordine all'interesse pubblico perseguito. Tuttavia l'interesse pubblico non vive da solo ma sta assieme ad altri interessi, pubblici e privati, di diversa rilevanza, che con esso concorrono o che ad esso accedono: quello alla cura del quale è preposta l'amministrazione può dirsi primario o essenziale, gli altri invece sono secondari. L'amministrazione non prende in considerazione solo l'interesse primario, dovendo essa più compiutamente ponderare anche gli altri interessi (secondari) coinvolti dalla sua azione. Ed appunto la ponderazione comparativa di più interessi, e segnatamente degli interessi secondari in relazione a quello primario, connota la scelta amministrativa e costituisce la figura tipo della discrezionalità. Con la precisazione che non può escludersi la presenza di più interessi tutti primari; e soprattutto che individuazione e valutazione degli interessi (primari e secondari, pubblici e privati) coinvolti nell'a-

[19] Trattasi di temi fondamentali del diritto pubblico, che connotano gli ordinamenti giuridici moderni, avendo segnato la nascita dello Stato di diritto e dell'odierna pubblica amministrazione (legalità e disciplina all'azione amministrativa prendono il posto delle precedenti assolutezza e libertà), che hanno avuto ed hanno importanti risvolti pratici, in quanto al rispetto dei limiti dell'azione amministrativa sono legate la sindacabilità (dell'esercizio) del potere amministrativo, le possibilità di tutela degli amministrati e, in definitiva, la stessa qualità dell'azione amministrativa. Trattasi allo stesso tempo di temi che hanno subito inevitabili mutamenti con il progredire del pensiero giuridico, delle istituzioni e delle interazioni tra ordinamenti, anche in conseguenza della loro mancata codificazione. Peraltro sulla discrezionalità amministrativa si sono succedute nel passato numerose teorie, delle quali persistono talora gli echi.

zione amministrativa non possono che essere effettuate in relazione al caso concreto, ovvero in funzione del risultato da conseguire nel caso concreto. Spesso, poi, il legislatore fissa anche dei criteri generali, quali economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, alla luce dei quali la scelta dell'amministrazione deve essere compiuta [20].

Così definita, la discrezionalità amministrativa è insieme giudizio (laddove l'amministrazione pondera gli interessi) e volontà (laddove essa sceglie). Nella pratica, poi, possono riscontrarsi ipotesi più semplici o più complesse di discrezionalità a seconda del numero e dell'importanza degli interessi coinvolti, del contenuto della scelta (*an, quid, quomodo, quando*), di eventuali altri soggetti (attivi e passivi) coinvolti da essa e non è sempre facile distinguere, vista l'intima connessione di essi, i momenti del giudizio e della volontà [21].

Passando invece all'esame della vincolatezza, va evidenziato innanzi tutto come essa possa essere intesa in un'accezione ampia, in quanto dal punto di vista teleologico tutte le funzioni amministrative sono vincolate al perseguimento di un pubblico interesse (non può aversi potere amministrativo che non sia finalizzato ad un interesse pubblico). Si dice, per l'appunto, che l'amministrazione non è libera nel suo agire; e ciò vale in primo luogo per il suo agire discrezionale.

Invece in un'accezione più ristretta e riferita alla concreta azione amministrativa la vincolatezza diventa il contrario della discrezionalità amministra-

---

[20] Così ad es. nell'art.1, comma 1, della italiana legge sul procedimento amministrativo (8 agosto 1990, n. 241).

[21] Può considerarsi definitivamente superata quella teoria che identificava la discrezionalità amministrativa nel completamento da parte dell'amministrazione della norma giuridica imprecisa (a parte il fatto che difficilmente si rinvengono norme talmente precise da non poter essere «completate» dall'amministrazione – con conseguente eccessiva dilatazione delle ipotesi di discrezionalità – si è puntualmente evidenziato che di fronte a norme imprecise, definite anche non rigide, elastiche, flessibili, completabili, e simili, si pone essenzialmente un problema di interpretazione e di successiva applicazione, ossia trattasi di attività di tipo intellettivo non anche di volontà); analogamente può dirsi per altra ricostruzione che identificava la discrezionalità nella scelta operata dall'amministrazione alla stregua di norme non giuridiche, costituite segnatamente da massime d'esperienza.

Nonostante la comune sostantivazione, è ben diversa dalla discrezionalità amministrativa (detta talora «pura» per evitare equivoci) la cd. discrezionalità tecnica. Essa, infatti, non è discrezionalità, neppure di minore ampiezza, in quanto consiste nell'apprezzamento o nella qualificazione di fattispecie, avvalendosi di conoscenze scientifiche o più in generale specialistiche, tratte dalle varie discipline umane: ricorre ad es. quando si valuta la preparazione del candidato, l'infettività di una malattia, la tossicità di una sostanza chimica. Essa insomma implica attività intellettiva, ossia giudizio, non anche volontà. E il fatto che i giudizi espressi possano essere opinabili, dipende dal grado di certezza delle regole scientifiche applicate, che normalmente è maggiore nelle scienze esatte, minore nelle discipline umanistiche (peraltro non va dimenticato che accanto a fattori individuali, incidono anche fattori sociali quali tendenze dottrinali, fattori ambientali, orientamenti culturali, ecc.). Ciò non vale comunque a trasformare tali giudizi in manifestazioni di volontà, giacché manca in essi la scelta tra più soluzioni possibili di quella più opportuna e conveniente per il caso concreto, che invece connota la discrezionalità amministrativa.

tiva: l'amministrazione non può prendere in considerazione interessi diversi da quello (o quelli) cui è tenuta e non le compete alcun margine di scelta tra più soluzioni possibili, essendo obbligata nel volere; per l'appunto nel diritto spagnolo si usa la formula «*no discrecionalidad*». Ed è in questa accezione ristretta che in questa sede essa rileva.

Nonostante ciò, il suo potere è necessario alla produzione dell'effetto giuridico ossia l'atto vincolato può avere, al pari dell'atto discrezionale, efficacia costitutiva dell'effetto, tant'è che: se l'amministrazione non agisce l'effetto non si produce; per ottenere giustizia degli atti *contra legem* eventualmente emanati occorre l'annullamento del provvedimento costitutivo dell'effetto sfavorevole (non già l'accertamento giudiziale dell'inesistenza dell'effetto, come accade ove si fa questione di mero atto, cioè non costitutivo dell'effetto); il giudice, come per gli atti discrezionali e tranne che sia disposto diversamente, non può sostituirsi all'amministrazione e rendere gli stessi risultati.

La distinzione tra discrezionalità e vincolatezza va fatta in concreto, ossia avendo riguardo alle fonti che disciplinano il singolo potere o ne condizionano lo specifico esercizio: il vincolo all'esercizio del potere discende normalmente dalla legge, ma può discendere anche da fonti diverse, quali precedenti atti amministrativi o pronunce giurisdizionali. E naturalmente tale distinzione non può essere enfatizzata, dal momento che possono aversi poteri vincolati in ambiti discrezionali e viceversa.

Quanto riferito finora vale anche nel diritto tributario, occupato in buona parte dall'azione autoritativa dell'amministrazione finanziaria. Anche se i temi della discrezionalità e della vincolatezza all'interno delle funzioni dell'amministrazione finanziaria non sembrano essere stati adeguatamente valorizzati. Il che si deve, probabilmente, a diversi ordini di motivi, tra i quali: la tradizionale quanto errata ricostruzione dei rapporti tra amministrazione e contribuente nei termini dell'obbligazione tributaria, che ha valorizzato e valorizza un inesistente rapporto giuridico di tipo paritetico (con posizioni di credito-debito) tra amministrazione e contribuente; la discutibile identificazione (in termini totalizzanti) della discrezionalità con il potere amministrativo (escluso invece nelle ipotesi di vincolatezza), che in uno con l'affermazione dell'assenza di discrezionalità nell'agire dell'amministrazione finanziaria, ha suffragato e talora suffraga la ricostruzione dei rapporti tra quest'ultima e contribuente nei termini dell'obbligazione tributaria; la preponderante attenzione dedicata all'accertamento, con le note dispute circa la natura dichiarativa o costitutiva di esso; la non sempre avvertita o valorizzata distinzione delle diverse funzioni all'interno dell'azione dell'amministrazione finanziaria, spesso viste come un'unitaria funzione impositiva. Per di più sui temi della discrezionalità e del-

la vincolatezza non di rado si constatano vaghezza, eterogeneità di posizioni, forse anche confusione concettuale.

Così, e per meglio finalizzare le considerazioni svolte, si può convinire con l'affermazione che (anche) il principio di *no discrecionalidad* trovi enunciazione nella Ley General Tributaria: in tal senso l'art.6 laddove si recita che «*el ejercicio de la potestad reglamentaria y los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones tienen carácter reglado*» [22]. Tuttavia ciò non significa che esso non sia un principio costituzionale, essendo piuttosto ribadito dalla Ley General Tributaria alla stregua di quanto fanno ad esempio gli artt.4 e 8 di essa col più generale principio di riserva di legge [23]. E attribuire ad esso il giusto rilievo costituzionale consente di leggere sistematicamente alcune statuizioni, apparentemente contrastanti, della stessa Ley General Tributaria: si pensi ad esempio alla previsione dell'art.18, per la quale «*El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa*», da intendere nel senso che la legge può consentire deroghe all'indisponibilità solo su profili diversi da *an* e *quantum debeatur*; od anche a quella dell'art.65, la cui previsione di differimento e frazionamento dei debiti tributari non collide di certo col «*carácter reglado*» dei provvedimenti di applicazione dei tributi richiesto dall'art.6, trattandosi di profili che esulano dalla costituzionale indisponibilità del tributo, di cui si è detto.

5. ALTRE COMPARAZIONI E DIMENSIONE EUROPEA

5.1 L'analisi che si è condotta riguarda gli ordinamenti italiano e spagnolo in una prospettiva comparata, che consente di declinare allo stesso modo in entrambi gli ordinamenti il principio di indisponibilità del tributo: si tratta di un principio costituzionale, che discende dalla riserva di legge in materia tributaria, fissata proprio dalle due Costituzioni, da intendere come come assenza di discrezionalità amministrativa in ordine a *an* e *quantum debeatur*.

In vero altre comparazioni sono possibili: di certo con gli ordinamenti degli Stati che compongono l'Unione Europea. Così, prendendo ad esempio le Costituzioni di due Stati vicini ad Italia e Spagna, quali sono la Francia e il Portogallo, possono richiamarsi: l'art.34, comma 2, della Costituzione francese, per il quale «*La loi fixe les règles concernant: … – l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; …*»; l'art.103 della Costituzione portoghese, per il quale «*… 2. Os impostos são criados por lei, que determina a*

[22] Cfr. ad es. Calvo Ortega (2009, 97 ss.).
[23] Con riferimento all'art.8 cfr. *supra* nota 18.

incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. 3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei» [24]. Con il risultato di giungere alle medesime conclusioni anche con riferimento a tali ordinamenti.

5.2 Non può dirsi altrettanto, per lo meno *prima facie*, in relazione al diritto dell'Unione Europea. Nei Trattati, dell'Unione Europea (TUE) e di Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ma anche nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) [25], manca un'enunciazione della riserva di legge in materia tributaria alla stregua di quella contenuta nelle Costituzioni degli Stati.

Il che può spiegarsi perché l'Unione Europea dispone di una ridotta, per quanto incisiva, potestà legislativa in materia tributaria: sicuramente l'unione doganale, che rientra nella competenza esclusiva dell'Unione ai sensi dell'art. 3, comma 1, del TFUE [26], cui si possono affiancare da un lato limiti alle potestà normative dei singoli Stati e dall'altro potestà legislative europee piuttosto contenute, entrambi funzionali essenzialmente a garantire l'unità del mercato e le quattro fondamentali libertà di circolazione (delle persone, delle merci, dei servizi, dei capitali) [27].

---

[24] In difetto di specifiche enunciazioni il principio della riserva di legge si ricava dalle previsioni che riguardano la procedura di emanazione di norme tributarie, come quelle contenute negli artt.105 e 106 della Costituzione della Repubblica federale di Germania.

[25] Ma si ricorda che se la «… Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea … ha lo stesso valore giuridico dei trattati», «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati»: cfr. art. 6, comma 1, TUE (similiter l'art. 51, comma 2, CDFUE per il quale «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»). E allo stesso modo può dirsi in relazione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), cui l'UE non ha ancora prestato adesione, dal momento che «tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati» ex art.6, comma 2, TUE.

[26] Si ricorda che ex art. 2, comma 1, TFUE «Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione». Cfr. anche artt. 28 e ss. TFUE.

[27] Si ricordano principalmente le disposizioni circa: il divieto di aiuti concessi dagli stati «nella misura in cui incidano sugli scambi degli stati membri, … che favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza» e possibili deroghe (artt. 107-109 TFUE); il principio di non discriminazione fiscale come espresso dagli artt. 110-112 TFUE (riconducibile alla più generale previsione dell'art. 18 TFUE); l'armonizzazione delle imposte indirette «nella misura in cui … sia necessaria per assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza» (art. 113 TFUE); il ravvicinamento delle «disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri, che hanno per oggetto l'istaurazione e il funzionamento del mercato interno», nella misura in cui sia riferibile, come taluni interventi hanno dimostrato, alle imposte dirette (art. 114 TFUE).

Ne deriva che nella materia tributaria sostanzialmente non sono toccati principi costituzionali e potestà legislative degli stati membri, alla cui esplicazione sono semmai posti dei limiti, per lo più negativi. Peraltro gli interventi dell'Unione sono stati di regola rispettosi delle competenze degli Stati, rivestendo in molti casi significativi la forma delle direttive (si pensi, soprattutto, all'IVA e alle accise), ossia vincolando gli Stati circa i risultati da raggiungere ferma restando la mediazione del diritto interno per la ricezione delle stesse, con conseguenti e spesso importanti margini di scelta degli Stati.

Sicché acquistano rilievo le previsioni interne dei vari Stati, tra le quali innanzi tutto quelle costituzionali, di cui si è detto. In altre parole la concorrenza di fonti europee, come accade per i dazi doganali, per i quali l'art.3, comma 1, lett.a, TFUE prevede la competenza esclusiva dell'Unione, o come può accadere in presenza di competenze concorrenti o di eventuale avocazione di competenze da parte dell'Unione europea secondo quanto previsto dall'art.352 TFUE (cd. clausola di flessibilità), estrinsecandosi in atti legislativi (che prevalgono sulle leggi interne), è pur sempre rispettosa del principio costituzionale, proprio degli Stati membri, di riserva di legge in materia tributaria; e per legge, naturalmente, si intendono anche le fonti sovranazionali ad essa equiparate ed equiparabili.

Non sembrano ipotizzabili deroghe a tale principio, visto che trattasi di un principio costituzionale fondamentale degli Stati membri. Anzi, esso è suscettibile di essere considerato parte dell'ordinamento dell'Unione, valorizzando le argomentazioni addotte più volte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia circa i principi e diritti fondamentali comuni alle tradizioni costituzionali degli stati membri, ora parzialmente codificate in previsioni quali gli artt.4, 6 TUE, 340 TFUE [28].

Forse sarebbe opportuno interrogarsi sul significato, diversamente garantista degli interessi sottesi, che assume il principio della riserva di legge in esame in una dimensione europea, dal momento che si consentono (e soprattutto si sono consentiti in passato), interventi legislativi dell'Unione che, promanando anche in parte da organi non rappresentativi dei cittadini, finiscono col non esprimere la volontà popolare; analogamente può dirsi ove tuttora si prevedono procedure legislative speciali che comprimono il ruolo del parla-

[28] Il fatto che manchino pronunce specifiche della Corte di Giustizia si spiega con le limitate competenze dell'UE in materia tributaria. In ogni caso non è in discussione che quello della riserva di legge, con i corollari che ne conseguono, sia un principio comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Esso, inoltre, nella sua valenza garantista dell'individuo – della sfera di libertà dall'intervento dello Stato – può bene essere ascritto ai diritti fondamentali: in questa accezione e pur nella loro genericità possono essere ricordate le previsioni a tutela della proprietà presenti della CDFUE (art. 17) e nella CEDU (art. 1 del protocollo addizionale) alla stregua di limiti al potere degli Stati di imporre tributi.

mento europeo (come prevede espressamente l'art. 113 TFUE). Significativi passi in avanti si sono compiuti con la revisione dei Trattati sull'Unione europea (TUE) e sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) ad opera del Trattato di Lisbona, anche se l'attuale distribuzione del potere legislativo tra parlamento europeo e consiglio con rilevanti interventi della commissione europea sembra rappresentare un temporaneo compromesso tra gli interessi dei cittadini, degli Stati e dell'Unione in un processo ancora in corso.

In ogni caso e ai fini di questo lavoro ciò non interessa. Infatti, poiché il principio di riserva di legge viene affermato nelle Costituzioni degli Stati membri e gli interventi consentiti all'Unione assumono natura legislativa, deve concludersi che anche in una dimensione europea, dell'Unione e degli Stati membri, non viene in essere alcuna discrezionalità amministrativa in ordine ad *an* e *quantum debeatur* e il principio di indisponibilità del tributo può dirsi fondamentale negli ordinamenti degli Stati membri ma anche e, più in generale, dell'Unione europea, pur con gli adattamenti richiesti dalle specificità di ciascuno di essi.

6. CONCLUSIONES

De acuerdo con el espíritu ítalo-español que inspiró el Congreso, paso a exponer, en español, las conclusiones de este estudio.

A pesar de los planteamientos y referencias privatistas en relación con la obligación tributaria (o con el crédito tributario), no se puede negar que el tributo es una manifestación de la autoridad del Estado y de concretos poderes administrativos (gestión y recaudación), en la que ha de prevalecer el enfoque público.

Desde este punto de vista, la indisponibilidad del tributo ha de ser reconducida al ámbito de la reserva de ley en materia tributaria, reconocida en el artículo 23 de la de la Constitución italiana («*nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*»), así como en el artículo 31 de la Constitución española («*Sólo se establecerán las prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*»).

De tales mandatos constitucionales, se desprende que, en relación con el *an* y el *quantum debeatur* de los tributos, la configuración queda reservada al legislador; y los entes públicos en el ejercicio de su acción administrativa quedan sometidos (vinculados) a la realidad normada. Es decir, carecen de discrecionalidad. Esto implica, por ejemplo, que se ha de replantear la naturaleza de los institutos relacionados con la prevención y composición de los conflictos

tributarios, presentes en los diversos sistemas jurídicos, no como transacciones – posibles en virtud de excepciones legislativas a la regla de la indisponibilidad del tributo – sino como determinaciones conjuntas de hechos fiscalmente relevantes. Naturalmente, las conclusiones serán diversas al contemplar a perfiles de los tributos distinctos del *an* y del *quantum debeatur*, es decir el *quomodo* y el *quando debeatur*.

Las consideraciones expuestas se refieren a los ordenamientos italiano y español, como corresponde al contexto del Congreso, pero pueden extenderse a los modernos Estados de derecho (con mandatos constitucionales similares a los mencionados) y a la propia Unión Europea. En efecto, existen razones para fundamentar la (re)construcción de la indisponibilidad del tributo como un principio constitucional común a los Estados de la UE y, en consecuencia, de la misma UE; lo que contribuiría a una mayor integración: precisamente en materia tributaria, donde se localiza uno de los principales obstáculos para alcanzar tal objetivo en la UE.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Andrés Aucejo, E. (2013), *Relaciones entre «Reglamento» y «Ley» en materia tributaria*, Tecnos, Madrid.

Calvo Ortega, R. (2009), «Ordenamiento tributario», in AA. VV. Comentarios a la Ley General Tributaria directo por R. Calvo Ortega, Cizur Menor, p.13 ss.

Falsitta, G. (2008), *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Giuffrè, Milano.

— (2018), *Manuale di diritto tributario. Parte generale,* Giuffrè, Milano.

Fedele, A. (1978), «Commento all'art.23 della Costituzione», in AA. VV. *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Bologna-Roma, p.21 ss.

— (1994), «La riserva di legge», in AA. VV., *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, I, tomo I, CEDAM, Padova, p.157 ss.

Fernández Amor, J. A.; García Calvente, Y.; García Luis, T.; Manzano Silva, E.; Ruiz Garijo, M.; Vaquera García, A. (2011), *Derecho financiero y tributario. Parte General*, Madrid.

Guidara, A. (2010), *Indisponibilità del tributo e accordi nella fase della riscossione*, Giuffrè, Milano.

— (2013), «Agevolazioni fiscali», Diritto on line, Enciclopedia Treccani, Roma (www.treccani.it).

La Rosa, S. (2016), *Principi di diritto tributario*, Giappichelli, Torino.

Queralt, J. M.; Lozano Serrano, C.; Tejerizo López, J. M.; Casado Ollero, G. (2016), *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid.

Pérez Royo, F. (1972), «Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria», *Hacienda Pública Española*, p.207 ss.

— (2012), *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Aranzadi, Cizur Menor.

Rodríguez Bereijo, A. (2005), «Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria*», Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, p. 235 ss.

Windscheid, B. (1904), *Diritto delle Pandette* (traduz. it. Fadda, C. – Bensa, P. E.), II, Parte prima, Unione tipografica Editrice, Torino.

NUEVOS ACTORES EN LA GOBERNANZA ECONÓMICA EUROPEA: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

DANIELA DOBRE
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La UEM: Perspectiva general. 2.1 Orígenes: Una UEM deliberadamente desigual. 2.2 La crisis económica: El momento de las «improvisaciones jurídicas». 3. Nuevos actores en la UEM: las Cortes Constitucionales y el TJUE. 3.1 Criterios legitimadores. 3.2 La UEM y la división de poderes. Breve referencia al principio de democracia nacional. 3.3 La UEM y la «*guerre des judges*». 3.4. La UEM y los derechos fundamentales. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar, desde una perspectiva constitucional, el papel de los Tribunales Constitucionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la gobernanza económica europea, en el contexto provocado por la crisis económica de 2008. Asimismo, se persigue establecer cuál es el criterio de legitimidad que permite a estos tribunales pronunciarse sobre materias relativas a las políticas económica y monetaria. El primer capítulo desarrolla la premisa esencial del trabajo, consistente en que la construcción

de la UEM de forma desigual proyectó una escasez de recursos jurídicos que, a su vez, impidió una gestión eficiente de la crisis. El tercer capítulo analiza las razones que han permitido la judicialización de la economía en el ámbito europeo, explicando también porqué la intervención de los tribunales en materias relativas a las políticas económica y monetaria no ha sido distinta de su forma de intervenir durante todo el proceso de integración iniciado en 1951. Se concluye que la presencia de los tribunales mencionados en la gobernanza económica de la Unión debe ser observada de forma positiva, siempre que éstos desarrollen su misión última de garantizar los derechos fundamentales.

2. LA UEM: PERSPECTIVA GENERAL

2.1 **Orígenes: Una UEM deliberadamente desigual**

El presente trabajo parte de la premisa esencial de que la Unión Económica y Monetaria (UEM) adoptó un diseño inicial deliberadamente desigual. Así, se entiende que la configuración originaria de la UEM significó una mera fórmula de compromiso entre los Estados miembros a fin de poder avanzar en la construcción europea, con la preeminencia de la vertiente económica sobre la política. La crisis surgida en 2008 reveló algunas carencias flagrantes en la configuración inicial de la Constitución económica de la Unión (y de la UEM), que se podrían resumir en la idea de escasez de recursos jurídicos existentes en el marco de la Unión para poder proceder a una gestión económica y financiera eficiente en tiempos de crisis.

Es importante recordar que la construcción de la UEM se fundamentó en un determinado concepto de Constitución económica aplicado a la Unión Europea. A su vez, éste encuentra sus orígenes en la teoría normativa ordoliberal, ideada por los integrantes de la Escuela de Friburgo [1]. El ordoliberalismo se manifestó en 1958 como una teoría digna de guiar también el proceso de integración europea, y a la vez, de legitimarlo, pues la existencia de las Comunidades Europeas pivotaba sobre las cuatro libertades básicas del mercado común (posteriormente, único). La existencia de instituciones supranacionales encontraba justificación en la necesidad de garantizar la libre circulación de los factores productivos y también la libre competencia en el mercado común. De este modo, apareció en el ámbito supranacional una nueva forma de legitimar el poder. Se trataba, pues, de una legitimación distinta de la lógica estric-

[1] Véase el manifiesto oficial Böhm, Euken, Grossmann-Doerth (1989).

tamente democrática (Joerges, 2004, 471). En síntesis, y coincidiendo también con los postulados de las teorías de la integración y de la democracia de clave liberal intergubernamentalista y neoinstitucionalista [2], la legitimidad de las instituciones europeas (y específicamente de la Comisión y del TJUE) residiría en un mayor nivel de eficiencia de éstas para conseguir objetivos comunes entre los Estados Miembros, siendo uno de los objetivos primordiales la consecución del mercado interior y la garantía de las libertades fundamentales. Así, el elemento de la eficiencia se presenta en toda la historia europea como una fuente de legitimación primaria para las instituciones supranacionales («output legitimacy»: Craig, 2011, 36), y se va a mantener también durante la crisis.

Así, el establecimiento normativo de la moneda común y del BCE supuso la expresión por excelencia de la vertiente supranacional del proyecto europeo, en tanto que culminaba la veloz integración económica iniciada en 1951. Sin embargo, las políticas económicas y fiscales siguieron siendo un componente débil de la construcción europea, quedándose en manos de los «Masters of the Treaties». Se demuestra, pues, que desde los primeros momentos se configuró una UEM deliberadamente desigual (Joerges, 2004, 475). En este sentido, la UEM puede ser utilizada como metáfora del proyecto europeo en su conjunto: una construcción inédita que combina dos ideas centrales, la integración y la diferenciación (Snyder, 2011, 686-687). La propia normativa originaria de la Unión diseñó esta metáfora, ya que diferenciaba tajantemente entre la competencia exclusiva relativa a la política monetaria (tfue, 2009, art. 3.1.c; Capítulo II del Título VIII) y la competencia compartida relativa a la política económica (tfue, art. 5.1; Capítulo I del Título VIII).

Asimismo, es preciso recordar que los Tratados originarios de la Unión estructuran y materializan las competencias de la Unión y de los Estados miembros en términos amplios y a veces ambiguos, dejando claros, sin embargo, los principales objetivos de la Comunidad. Esta idea se vincula a la teoría del «relational contracting», en la que las partes contratantes acuerdan los objetivos básicos que se deben conseguir, positivizando determinadas reglas procedimentales para llegar a acuerdos posteriores y «completar» el pacto inicial (Stone Sweet, 2011, 126). Se configura, de esta manera, una amplia discrecionalidad para los agentes que reciben las competencias transferidas por los Estados miembros. Y este hecho se proyecta también en el ámbito jurisdiccional. Es más, la institución dotada de competencias jurisdiccionales (TJUE) comporta un mayor nivel de discrecionalidad a fin de conseguir los objetivos enunciados en el pacto

[2] Para profundizar en el tema pueden consultarse March, Olsen (1984), Moravcsik (1991).

originario, pues es ésta institución en primer lugar, y no los Estados miembros, la que debe interpretar y asegurar el cumplimiento del Derecho europeo. Dicha discrecionalidad del TJUE en la interpretación de las normas europeas se fundamenta, por tanto, en un «trusteeship» (Stone Sweet, 2011, 127).

2.2 **La crisis económica: El momento de las «improvisaciones jurídicas»**

La crisis surgida en el año 2008 en el terreno europeo marcó el inicio de un nuevo camino a seguir para los Estados miembros de la Unión: un camino esencialmente externo a los mecanismos normativos de clave supranacional. En el presente trabajo se sostiene que este tipo de actuación se debió, en gran medida, a las carencias iniciales existentes en la UEM. A pesar de su separación del Derecho europeo, la mayoría de los instrumentos de crisis atribuyeron la competencia jurisdiccional al TJUE (Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, 2 de marzo 2012, art 8; Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, 2 de febrero de 2012, art. 37.3). Este hecho refuerza la idea de la eficiencia del TJUE como «output legitimacy», destacando su autonomía y la necesidad de los Estados miembros de dotar las medidas de crisis de legitimación y confianza. En este sentido, el propio TJUE recuerda, en la Sentencia *Pringle*, que «en las materias que no corresponden a la competencia exclusiva de la Unión, los Estados miembros están facultados para confiar a las instituciones, fuera del marco de la Unión, funciones […], siempre que […] no desvirtúen las competencias que los Tratados UE y FUE atribuyen a esas instituciones» (STJUE de 27 de noviembre de 2012*,* párr. 158-159).

No es objeto del trabajo desarrollar un debate teórico sobre las causas de la crisis ni tampoco analizar las medidas adoptadas para su gestión en la zona europea. No obstante, merece la pena realizar una breve enumeración de tales medidas. Así, entre los actos adoptados bajo el paraguas del Derecho europeo se encuentran los siguientes: el MEEF (R (UE) n.º 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010)[3]; el Six Pack (que consiste en cinco Reglamentos y una Directiva) y el Two Pack[4]. Entre los mecanismos externos al Derecho europeo, pero en los que intervienen Instituciones europeas (la Comisión, el BCE y el TJUE), se encuentran: el FEEF (Acuerdo Marco de la Facilidad Eu-

[3] Teniendo como base normativa el art. 122.2 del TFUE.

[4] Con base en los arts. 136 y 121.6 TFUE; tenían como objetivo reforzar las vertientes preventiva y reactiva de Pacto de Estabilidad y Crecimiento (R (CE) n°. 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997).

ropea de Estabilización Financiera, de 11 de junio de 2010) [5]; el MEDE [6] y el Pacto Fiscal Europeo.

La naturaleza jurídica internacional de los mecanismos adoptados y la condicionalidad de éstos como elemento recurrente y estructural en la gestión de la crisis plantearon una exigencia adicional: la intervención de los Tribunales que tienen atribuidas funciones constitucionales [7]. En este sentido, tienen la consideración de funciones constitucionales atribuidas al TJUE: la competencia de decidir sobre la división vertical y horizontal de poderes y también la de garantizar los derechos fundamentales a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Claes, 2006, 415-417).

3. NUEVOS ACTORES EN LA UEM: LAS CORTES CONSTITUCIONALES Y EL TJUE

3.1 **Criterios legitimadores**

La adopción de las medidas de gestión de la crisis bajo fórmulas de «improvisación jurídica» (Tuori, 2012, 12) llevó a una consecuencia previsible: la intervención de los actores de naturaleza jurisdiccional, tanto a nivel nacional como a nivel de la Unión. En el presente trabajo se sostiene que el criterio legitimador de esta intervención inédita se fundamenta en la idea de necesidad y se vincula de forma directa a la naturaleza jurídica internacional de los instrumentos financieros creados por los Estados miembros. En síntesis, y aplicando los conceptos explicados en los epígrafes anteriores, se entiende que los criterios legitimadores que activaron la intervención de las Cortes que tienen atribuidas funciones constitucionales se basaron en el principio de necesidad, en la eficiencia del TJUE en virtud del «trusteeship» (Stone Sweet, 2011, 127), y en la internacionalidad de los acuerdos adoptados por los Estados miembros.

Lo anterior supone una afirmación en cierto grado distinta de las opiniones existentes en la doctrina académica referidas a la justificación del judicial review en tiempos de crisis. De un lado, se ha mantenido la idea de que la intervención de

[5] Se trataba de una institución de Derecho privado (una sociedad anónima), con sede en Luxemburgo.

[6] Es una institución financiera internacional cuya finalidad es la de «movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros» (*Tratado mede*, art. 3).

[7] Un análisis exhaustivo del TJUE como Corte con funciones constitucionales se puede consultar en Claes (2006).

los Tribunales se debió fundamentalmente al método de toma de decisiones empleado –el intergubernamentalismo–, entendido como fórmula opuesta al método comunitario o supranacional (Fabbrini, 2016, 65; 113). Así, se recomienda observar el papel de los Tribunales en la gobernanza económica europea con un alto grado de escepticismo, ya que este hecho aparta a las Cortes de su misión originaria de garantizar los derechos fundamentales (Fabbrini, 2016, 110). De otro lado, se ha sostenido que el fenómeno de judicialización de la economía a partir de la crisis no se puede justificar con base en los métodos de toma de decisión, sino que el escrutinio jurisdiccional de las medidas anti-crisis se configura como un elemento natural en el contexto de la gobernanza económica europea (Cápeta, 2018). Así, se afirma que el empleo del método supranacional tampoco hubiese evitado, *per se,* la intervención de las Cortes, sino que únicamente hubiese influido en el nivel de intervención de las mismas y consecuentemente, en sus resoluciones (Cápeta, 2018, 189). Esta última afirmación resulta acertada. No obstante, se necesita un argumento adicional que explique «la normalidad» de la presencia de las Cortes en la gobernanza económica de la Unión.

Es conveniente dar un paso más. Aunque el empleo del intergubernamentalismo puede ser un condicionante, éste no supone un factor decisivo en la judicialización de la economía en el ámbito europeo a raíz de la crisis. Más bien, se trataría de la propia naturaleza jurídica de los instrumentos financieros creados por los Estados miembros –cuya consecuencia, y no causa, es también el método de toma de decisiones elegido–, que generalmente son Tratados internacionales y, por tanto, no forman parte del Derecho europeo, pero sí pueden tener consecuencias sobre las competencias atribuidas a la Unión. Este hecho provoca la natural consecuencia de preguntarse sobre la relación de estos Tratados con el Derecho europeo y sobre la legalidad de los mismos. La naturaleza internacional de estos Acuerdos funciona en ambos sentidos, pues proyecta dudas de compatibilidad tanto respecto del Derecho como respecto del principio de democracia nacional. Y eso porque en el marco internacional –con más intensidad que en el marco europeo– la idea de legitimidad democrática es una preocupación secundaria para los Jefes de Gobierno que negocian los Tratados. El lugar de los Parlamentos es, en general, marginal (Craig, 2011, 33).

De ahí que la intervención de las Cortes en la interpretación de los instrumentos financieros adoptados en el contexto de la crisis no les aleje de su misión originaria de garantizar los derechos fundamentales. Al contrario, les permite acercarse –en principio– a esta misión, ordenando el poder en materias novedosas (política económica y monetaria), para analizar posteriormente las consecuencias de los instrumentos creados sobre el ámbito de los derechos fundamentales (Aguilar Calahorro, 2015). En síntesis, la naturaleza interna-

cional de los instrumentos financieros requería desde los primeros momentos el escrutinio de las Cortes dotadas de funciones de revisión constitucional: tanto de las Cortes nacionales como del TJUE (Claes, 2006, 405).

Si la UEM funciona como metáfora del proyecto europeo en su conjunto, la intervención de las Cortes en materias relativas a las políticas económica y monetaria no ha sido distinta de su forma de intervenir durante todo el proceso de integración iniciado en 1951. En efecto, el protagonismo de los actores jurisdiccionales en la zona europea se ha manifestado en tres sentidos: en primer lugar, interpretando la normativa europea y constitucional con el propósito de asegurar la división horizontal y vertical de poderes y también el principio de democracia nacional. En segundo lugar, dejando ver, en este ámbito novedoso también, la conocida «*guerre des judges*» (Claes, 2006, 399-401). En tercer lugar, (in)cumpliendo la misión originaria de limitar el poder en garantía de los derechos fundamentales.

3.2 La UEM y la división de poderes. Breve referencia al principio de democracia nacional

El primer debate relevante relativo a la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros se encuentra en la conocida Sentencia *Pringle*. Se trata de una petición de cuestión de prejudicial planteada por la Supreme Court de Irlanda, a raíz del litigio interno entre Thomas Pringle, en condición de demandante, y el Gobierno irlandés como demandado. En concreto, se analiza la legalidad de la Decisión 2011/199, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 TFUE.

El TJUE confirma la validez de la Decisión 2011. El elemento clave sobre el que pivota su argumentación se encuentra en la estricta condicionalidad prevista para la asistencia financiera en el marco del MEDE. Se entiende que este elemento persigue «garantizar que el MEDE respetará en su funcionamiento el Derecho de la Unión». Por su parte, la Abogada General Juliane Kokott manifiesta una interpretación similar, centrándose en el contexto normativo y en la génesis del artículo 136 TFUE. Según la Abogada, el objeto de las condiciones estrictas debe tener una naturaleza política-económica. En este sentido, recuerda que la Unión ya tiene atribuida una competencia general en materia de política económica, «incluida la regulación de la ayuda financiera», en los artículos 5.1, 119.1 y 120 TFUE. Se concluye que la Decisión 2011/199 no introduce competencias nuevas para la Unión, por lo que no se vulnera la

prohibición del artículo 48.1 TUE (STJUE de 27 de noviembre de 2012, párr. 72-73; Conclusiones ag de 26 de octubre de 2012, párr. 43-46).

El TJUE también logra salvar la legalidad del MEDE respecto de una posible invasión por parte de los Estados miembros a las competencias atribuidas a la Unión en las normas materialmente constitucionales. Concretamente, se trata de la competencia en materia de política monetaria y de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. Y es aquí donde reside el núcleo del debate, pues era evidente que sólo una interpretación literal y restringida de los preceptos de Derecho originario que atribuye dicha competencia a la Unión era apta de salvar la legalidad del MEDE. Se observa una argumentación escueta y poco convincente tanto por parte del Tribunal como del Abogado General (Craig, 2013, 3). Asimismo, lo anterior supone un cambio de preferencia en las técnicas de interpretación generalmente utilizadas por el TJUE –el método teleológico y el contexto de la norma– (Claes, 2006, 416).

El TJUE separa conceptualmente la competencia relativa a la política monetaria y la relativa a política económica. Mientras que la primera tiene naturaleza exclusiva (arts. 3.1, apartado c); y 127 a 133 tfue), la segunda se reduce a una función compartida entre la Unión y los Estados miembros (arts. 2.3, 5.1, 123 y 125 TFUE). El TJUE entiende que el objetivo del MEDE («preservar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto») no se puede equiparar al objetivo de la política monetaria (el mantenimiento de la estabilidad de precios). Se produce, en realidad una negación de las consecuencias efectivas que el MEDE conserva en la práctica, y esto se refleja en las propias palabras del TJUE: «una medida de política económica no puede equipararse a una medida de política monetaria por el solo hecho de que pueda tener efectos indirectos en la estabilidad del euro». En cuanto a los medios previstos para lograr el objetivo pretendido por el MEDE, el TJUE argumenta de forma breve que «evidentemente, la concesión de una ayuda financiera a un Estado miembro no forma parte de la política monetaria» (STJUE de 27 de noviembre de 2012, párr. 56-57).

En síntesis, el Tribunal define al MEDE como un instrumento «complementario del nuevo marco normativo para el reforzamiento de la gobernanza económica de la Unión», vinculándose éste a la competencia compartida relativa a la política económica. Teniendo en cuenta que los Tratados originarios no establecen una competencia específica de la Unión en el marco de la política económica –además de la previsión genérica de adopción de medidas de coordinación–, se concluye que la competencia de introducir un mecanismo permanente de estabilidad corresponde a los Estados miembros, en virtud de los artículos 4.1 y 5.2 TFUE. De esta forma, la Decisión 2011/199 y la reforma del artículo 136 TFUE resultan plenamente compatibles con el Derecho de la

Unión. Y es que no sólo no invaden las competencias atribuidas a la Unión, sino que contribuyen a reforzar la gobernanza económica europea (STJUE de 27 de noviembre de 2012, párr. 64, 68).

Es importante hacer una breve mención a la defensa constitucional del principio de democracia nacional respecto del MEDE. El ejemplo por excelencia de lo anterior se sustancia a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TFCA), de 12 de septiembre de 2012, que resuelve de forma conjunta seis recursos de inconstitucionalidad contra el Tratado MEDE, la Ley de Financiación que lo acompaña y la reforma del artículo 136.3 TFUE (BVerfG, 2 BvR 1390/12, de 12 de septiembre de 2012) [8]. El Tribunal recuerda en esta Sentencia los requisitos básicos que se deben cumplir a fin de que una cesión de competencias por parte del Estado resulte constitucionalmente válida. Así, la pieza central se materializa en el concepto de «*Kompetenz-Kompetenz*» (la competencia de decidir sobre la competencia), que está vetada a cualquier posible cesión. De ahí que Alemania no pueda transferir competencias genéricas (o competencias «en blanco») a la Unión o a instituciones creadas en relación con la Unión. En otras palabras, la operación de transferencia de competencias a tales entes debe crear también garantías necesarias para que los poderes esenciales del Estado sigan ejerciéndose de forma efectiva por los órganos constitucionales estatales (BVerfG, 2 BvR 1390/12, de 12 de septiembre de 2012 párr. 105). Vinculando la idea anterior al principio democrático que subyace al artículo 38.1 de la Ley Fundamental, el Tribunal entiende que la función presupuestaria que le corresponde al *Bundestag* refleja la capacidad del Estado constitucional de modelarse a sí mismo, de una forma democrática. Así, la transferencia de competencias a cualquier institución ligada a la UE (o a la propia UE) debe conservar la autonomía del Parlamento para decidir sobre los ingresos y sobre los gastos estatales –tanto en el presente como en el futuro–. En definitiva, la Norma Fundamental requiere que, en el momento de contraer obligaciones internacionales –sean éstas de germen supranacional o intergubernamental–, el Parlamento asegure de forma suficiente su presencia continua y autónoma en el marco del nuevo Tratado. En este sentido –y siendo el elemento esencial de esta Sentencia–, el Tribunal se declara deferente con el legislador, aclarando que la decisión acerca del *modo* de cumplimiento del mandato constitucional le corresponde discrecionalmente al representante estatal democrático. Dicha discrecionalidad se manifiesta en la negociación de las obligaciones contraídas internacionalmente y, también, en el articulado de la Ley de Financia-

[8] La Sentencia tiene carácter provisional, quedando confirmada por la BVerfG, 2 BvR 1390/12, de 14 de marzo de 2014.

ción que acompaña el Tratado MEDE (BVerfG, 2 BvR 1390/12, de 12 de septiembre de 2012, párr. 106-110, 114).

3.3 **La UEM y la *«guerre des judges»***

La historia de la Unión ha sacado a luz una cierta rivalidad entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJUE. Un ejemplo de tal rivalidad es la doctrina de los actos *ultra vires* del TFCA [9]. La doctrina mencionada ha sido utilizada por el TFCA para someter a escrutinio constitucional y europeo el Programa Outright Monetary Transactions (OMT) del BCE (Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, 6 de septiembre de 2012). La declaración del BCE respecto de una futura puesta en práctica de las OMT fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el TFCA. Como resultado del mismo, el TFCA planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE –la primera, en la historia de la Unión– formulando las preguntas de tal forma que se pueda sustraer de ellas fácil –y deliberadamente– una respuesta anticipada, propuesta por el TFCA al TJUE. En concreto, se pregunta sobre la incompatibilidad de las OMT con los artículos 119 y 127 TFUE, apartados 1 y 2, y con los artículos 17 a 24 ESEBC, en tanto que las mismas exceden del mandato del BCE en materia de política monetaria y usurpan así competencias de los Estados miembros (BVerfG, 2 BvR 2728/13, de 14 de enero de 2014) [10].

La trascendencia de la Sentencia *Gauweiler* se materializa en el hecho de que el TFCA intenta llevar a cabo una judicialización del principio de independencia técnica, en el sentido de que formula, en su cuestión prejudicial, preguntas de alta complejidad, pues ni siquiera en el terreno académico especializado

[9] La doctrina de los «actos ultra vires» (*«ausbrechende Rechtsakte»*) permite la realización de un escrutinio constante de los actos de Derecho europeo por parte del TFCA. Dicho control se ha configurado como un requisito constitucional permanente a fin de que Alemania preserve su condición de socio en el proyecto europeo. Enunciada primero en la Sentencia *Maastricht* (bVerfGE 89, 155), la doctrina mencionada implica la imposibilidad de los actos de Derecho europeo (tanto el originario como el derivado) dictados en extralimitación de competencias alteren el camino de la integración europea inicialmente aceptado por el Parlamento nacional. Y eso por la simple razón de que la alteración del programa originario no goza de la aprobación democrática exigida por la Ley Fundamental. La doctrina de los «actos ultra vires» ha sido confirmada en la Sentencia *Lisboa* (bVerfGE 123, 267) y reformulada en la Sentencia *Honeywell* (bVerfGE 126, 286), imponiendo ciertas condiciones que dificultan la inaplicación del Derecho europeo como consecuencia de la declaración, por el Tribunal Federal, de existencia de una extralimitación de las competencias atribuidas a la Unión.

[10] A través de la Sentencia mencionada se suspende el recurso de inconstitucionalidad ante el TFCA y se decide, por éste, la interposición de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Tal decisión se basa en una mayoría de 6 votos y 2 votos disidentes (concretamente, de los jueces Lübbe-Wolff y Gerhardt). La cuestión prejudicial se resuelve por el TJUE en la Sentencia *Gauweiler* (2015).

existe un acuerdo sobre la interpretación de los asuntos económicos planteados en sede jurisdiccional. Lo anterior se pone de manifiesto en los propios votos disidentes de la BVerfG, 2 BvR 2728/13/13, entendiendo que el TFCA no puede sugerir una respuesta o una propuesta interpretativa al TJUE –ya que es éste el intérprete último del Derecho de la Unión– ni es competente para analizar la compatibilidad de las OMT con la política monetaria de la Unión, pues es el mismo TFCA el que incurriría en una extralimitación de sus funciones constitucionales. Dichos riesgos son advertidos por la jueza Lübbe-Wolff, en su voto disidente: «In an effort to secure the rule of law, a court may happen to exceed judicial competence. In my view, this has occurred here. The motions should have been rejected as inadmissible» (BVerfG, 2 BvR 2728/13*,* de 14 de enero de 2014, lübbe-wolff, párr. 1). La jueza da un paso más y recuerda que la interpretación ofrecida por el TFCA puede proyectar sus consecuencias más allá de Alemania. Este hecho debería provocar, según la jueza, una autocontención del TFCA (BVerfG, 2 BvR 2728/13*,* de 14 de enero de 2014, Lübbe-Wolff, párr. 28), pues el hecho de que la voz de un solo Tribunal nacional pueda tener consecuencias tan profundas sobre la zona europea proyecta una «anomalía de dudosa calidad democrática» (Azpitarte Sánchez, 2014, 309).

La Sentencia *Gauweiler* se podría reducir a una idea clave: la reafirmación jurisdiccional de la legitimación del BCE y de su poder discrecional. El TJUE deja a un lado la interpretación propuesta por el TFCA, y formula en sus propios términos las cuestiones prejudiciales planteadas. Así, establece que las OMT se enmarcan en el ámbito de la competencia relativa a la política monetaria y afirma que «teniendo en cuenta el carácter controvertido que habitualmente presentan las cuestiones de política monetaria y la amplia facultad de apreciación del SEBC, lo único que cabe exigir a este último es que utilice sus conocimientos especializados en economía y los medios técnicos necesarios de que dispone para realizar dicho análisis con la máxima diligencia y precisión» (STJUE de 16 de junio de 2015, párr. 75).

La Sentencia *Gauweiler* ha sido recibida por el TFCA con una cierta moderación. Aunque este último inadmitió parcialmente el recurso inicial que había dado lugar a la cuestión prejudicial, aceptando la interpretación ofrecida por el TJUE, existen elementos que ponen de relieve la desconfianza nacional acerca del BCE. De este modo, se recuerda una vez más la doctrina de los *actos ultra vires*, y la dependencia del proyecto europeo del consentimiento soberano estatal constante. Así, se afirma que el Programa OMT es compatible con el Derecho de la Unión y por ende con el Derecho constitucional alemán únicamente en la medida en que se respeten las condiciones establecidas por el TJUE (con base en un juicio de proporcionalidad).

3.4 **La UEM y los derechos fundamentales**

La intervención de las Cortes en la interpretación de los instrumentos relacionados con la política económica y monetaria adoptados tras la crisis resultaba positiva en tanto que permitía crear una herramienta para la aplicación de la CDFUE, y, por tanto, asegurar los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las posibles medidas vulneradoras de los poderes públicos, en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Esta idea se puede extraer también de las palabras literales del AG en sus Conclusiones al asunto *Pringle*:

> «La compatibilidad de la actuación de los Estados miembros en el marco del MEDE con el Derecho de la Unión —como muestra también el presente litigio— está sometida, con arreglo al procedimiento habitual del artículo 267 TFUE, a control por parte del Tribunal de Justicia y de los órganos jurisdiccionales nacionales. A este respecto, conforme al artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, los Estados miembros deben establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva, al menos en relación con la ejecución de las condiciones a nivel nacional» (Conclusiones ag de 26 de octubre de 2012, párr. 19).

El TJUE parecía dispuesto a crear posibilidades para el control de los Memorandos de Entendimiento en el marco del MEDE, en tanto que «el Memorándum de Entendimiento que se negocia con el Estado miembro solicitante de un apoyo a la estabilidad debe ser plenamente compatible con el Derecho de la Unión» (STJUE de 27 de noviembre de 2012, párr. 173). Un argumento adicional se refiere a la obligación de las Instituciones europeas de cumplir con el Derecho de la Unión, en el desarrollo de sus actividades en el marco de las instituciones financieras internacionales: «las tareas atribuidas a la Comisión por el Tratado MEDE le permiten, como prevé el artículo 13, apartados 3 y 4, de éste, velar por la compatibilidad con el Derecho de la Unión de los Memorandos de Entendimiento concluidos por el MEDE» (STJUE de 27 de noviembre de 2012, párr. 164). Así pues, a pesar de que la CDFUE no resulta directamente aplicable debido a que los Estados miembros no aplican el Derecho de la Unión (STJUE de 27 de noviembre de 2012, párr. 180), se entiende que las instituciones europeas sí la deberían tener en cuenta en el desempeño de sus actividades en el marco del MEDE.

Sin embargo, la práctica del TJUE posterior a la Sentencia *Pringle* resultó sorprendente en tanto que éste evitó llevar a cabo su misión de proteger los derechos fundamentales, a través de la inadmisión a trámite de varios recursos de nulidad y recursos de responsabilidad extracontractual de las instituciones

de la Unión por daños y perjuicios presentados por diversas empresas y particulares chipriotas. Un ejemplo de lo anterior sería el asunto *Mallis c. Comisión y el BCE* (2014). El Auto desestima un recurso de anulación contra de la Declaración de 25 de marzo de 2013, del Eurogrupo, relativa a la reestructuración del sector bancario en Chipre, realizada en el marco del procedimiento de concesión de asistencia financiera del MEDE [11]. El recurrente solicitaba la anulación de tal Decisión, en tanto que había adquirido su forma definitiva en virtud del Decreto del Gobernador del Banco Central de Chipre como representante del SEBC. Se sostenía por el recurrente que la decisión de venta de determinadas actividades del Cyprus Popular Bank constituía, en esencia, una decisión común del BCE y de la Comisión. Se alegaba que, como consecuencia de las condiciones impuestas a través del Memorándum de Entendimiento en el marco del MEDE, la aplicación de las medidas de reestructuración bancaria adoptadas en Chipre provocó una reducción considerable del valor de los depósitos de los que los demandantes eran titulares. De este modo, se planteaba de forma clara una posible vulneración del derecho de propiedad (art. 17 cdfue) en el marco de la resolución bancaria, como consecuencia de las negociaciones aplicadas al Memorando de Entendimiento concluido en el marco del MEDE (Aguilar Calahorro, 2015).

El TG expresa, antes de desestimar el recurso, que:

> «las declaraciones adoptadas por el Eurogrupo, como la Declaración impugnada, no pueden imputarse a la Comisión o al BCE. Cabe añadir que no hay ningún elemento […] que pueda llevar a la conclusión de que la Declaración impugnada debiera considerarse una declaración adoptada en realidad por la Comisión y el BCE» (atg de 16 de octubre de 2014. párr. 45).

Se observa, pues, que a pesar de las posibilidades reales de analizar la compatibilidad del MoU con la CDFUE, el TJUE evita abrir el debate relativo a los derechos fundamentales de los ciudadanos afectados por la medidas de crisis. Y lo hace estimando equívocamente que las instituciones europeas no son responsables de los actos dictados en el marco del MEDE, sino que lo es el propio MEDE. Pero, ¿acaso no están las instituciones europeas obligadas a respetar el Derecho de la Unión en todas sus actuaciones, incluidas las del MEDE (Aguilar Calahorro, 2015)?

[11] Otros ejemplos similares, con igual resultado: atg de 21 de septiembre de 2017. atg de 10 de noviembre de 2014.

4. CONCLUSIONES

La crisis económica activó la competencia de los Tribunales Constitucionales y del TJUE en ámbitos novedosos, como son los relativos a la política económica y monetaria. A pesar de la objeción contramayoritaria y de la especifidad de la materia enjuiciada, la judicialización de la economía supone un hecho inevitable tras la crisis. Además, la intervención de los Tribunales ha de observarse positivamente debido a la legitimación propia de las instituciones supranacionales («output legitimacy») y a la especial condición de fiador del TJUE en asegurar el cumplimiento de los objetivos primordiales de la Unión.

Asimismo, la intervención de los Tribunales en la UEM es necesaria. La idea de necesidad se vincula de manera inexorable a la propia forma de distribución de competencias de la Unión, que en ocasiones resulta ambigua. En adición, se observa una escasez de recursos jurídicos el marco de la UEM, que llevó a la formulación de improvisaciones jurídicas en la gestión de la crisis, girando éstas en torno a una naturaleza jurídica internacional. Estas medidas requirieron desde el primer momento un enjuiciamiento de los tribunales, tanto desde el punto de vista de la división de poderes como desde la perspectiva del principio de democracia nacional. En definitiva, el criterio de legitimidad que fundamenta la intervención de estos tribunales se vincula de forma directa al uso de improvisaciones jurídicas en la gestión de la crisis.

La presencia misma de los tribunales en la gobernanza económica europea ha sido un hecho novedoso. Sin embargo, sus actuaciones en este ámbito han seguido las pautas ya existentes en la historia de la Unión. La conflictividad entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJUE ha sido un elemento recurrente, así como la predisposición del TJUE de dar preferencia a la lógica del mercado, en detrimento de los derechos fundamentales.

La intervención de los tribunales en los ámbitos económicos en sentido amplio debía haber permitido la creación de posibilidades para proteger de manera efectiva los derechos de los ciudadanos afectados por las medidas de crisis. Se demuestra que la mayoría de las Cortes de la zona europea –y de forma específica el TJUE– se han decantado por la realización de una de sus misiones: ordenar y limitar el nuevo poder económico, a través del establecimiento de pautas acerca de la división de poderes y el principio de democracia nacional. Sin embargo, han evitado desarrollar su misión última: garantizar también la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Calahorro, A. (2015), «La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a las medidas de la crisis económica», *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, *24, Julio-Diciembre*, Recuperado de https://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/04_AGUILAR.htm#51bis (consultado el 10 de noviembre de 2018).

Azpitarte Sánchez, M. (2014), «Los confines de la democracia y solidaridad», *Revista Española De Derecho Constitucional,* 101, Mayo-Agosto, 301-336.

Böhm, F.; Euken, W.; Grossmann-Doerth, H. (1989), «The Ordo Manifest of 1936», en Peacock, A. T.; Willgerodt, H, *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, MacMillan, Londres.

Cápeta, T. (2018), «The role of courts in economic governance in the European Union», en Carrera Hernández, F. J. ¿Hacia una nueva gobernanza económica de la Unión Europea?, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.

Claes, M. (2006), *The National Courts' mandate in the European Constitution*, Hart, Portland.

Craig, P. (2011), «Integration, Democracy, and Legitimacy», en Craig, P.; De Búrca, G. *The Evolution of EU LAW,* Oxford University Press, New York.

— (2013), «Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology», *Maastricht Journal Of European And Comparative Law*, *20*(1), 3-11, doi: 10.1177/1023263x1302000101.

Fabrrini, F. (2016), *Economic Governance in Europe,* Oxford University Press, Oxford.

Joerges, C. (2004), «What is Left of the European Economic Constitution?», *SSRN Electronic Journal*, doi: 10.2139/ssrn.635402.

March, J. G.; Olsen, J. P. (1984), «The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life», *The American Political Science Review,* 78(3).

Moravcsik, A. (1991), «Negotiating the Single European Act: National Interests and Conventional Statecraft in the European Community», *International Organization,* 45(1).

Snyder, F. (2011), «EMU–Integration and differentiation: metaphor for European Union», en Craig, P.; De Búrca, G. *The Evolution of EU LAW,* Oxford University Press, New York.

Stone Sweet, A. (2011), «The European Court of Justice», en Craig, P.; De Búrca, G. *The Evolution of EU LAW,* Oxford University Press, New York.

Tuori, K. (2012), «The European Financial Crisis: Constitutional Aspects and Implications», *SSRN Electronic Journal*, doi: 10.2139/ssrn.2171824.

Legislación

Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, firmado en Luxemburgo el 11 de junio 2010. Boletín Oficial del Estado, 11 de julio de 2011, núm. 164, pp. 76137 a 7615.

Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012. Boletín Oficial del Estado, 21 de junio de 2012, núm. 239, pp. 70375 a 70397.

Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, hecho en Bruselas el 2 de marzo de 2012. Boletín Oficial del Estado, 26 de julio de 2012, núm. 178, pp. 53541 a 53553.

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales. Proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000. Diario Oficial de la Unión Europea C 202, de 7 de junio de 2016, pp. 389- 405.

Unión Europea. Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. Diario Oficial de la Unión Europea L 209, de 2 de agosto de 1997, pp. 1-5.

Unión Europea. Reglamento (UE) 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera. Diario Oficial de la Unión Europea L 118, de 12 de mayo de 2010, pp. 1-4.

Unión Europea. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Diario Oficial de la Unión Europea C 326, de 26 de octubre 2012, pp. 0001-0390.

Jurisprudencia

Conclusiones del Abogado General. Caso Pringle (C-370/12). EU: C:2012:675. Sra. Julianne Kokott. Presentadas el 26 de octubre de 2012.

República Federal de Alemania. BVerfG, 2 BvR 1390/12 de 12 de septiembre de 2012.

República Federal de Alemania. BVerfG, 2 BvR 1390/12, de 14 de marzo de 2014.

República Federal de Alemania. BVerfG, 2 BVR 2728/13, de 14 de enero de 2014.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Gauweiler (C-62/14). EU: C:2015:400. Sentencia de 16 de junio de 2015.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Pringle (C-370/12). EU: C:2012:756. Sentencia de 27 de noviembre de 2012.

Tribunal General. Caso CMBG Ltd (T-290/13). EU: T:2017:677. Auto de 21 de septiembre de 2017.

Tribunal General. Caso Mallis (T-327/13). EU: T:2014:909. Auto de 16 de octubre de 2014.

Tribunal General. Caso Theophilou (T-293/13). EU: T:2014:979. Auto de 10 de noviembre de 2014.

Comunicado de prensa

Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo. (2012). *Decisiones sobre ciertas características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa de títulos por parte del Eurosistema en los mercados secundarios de deuda soberana*. Recuperado de https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html.

MINISTRO DELL'ECONOMIA, FORMA DI GOVERNO E UNIONE EUROPEA

Luca Bartolucci
Luiss Guido Carli

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I fattori che hanno determinato un mutamento nel ruolo del Ministro dell'economia: in particolare, il rafforzamento derivante dalla globalizzazione e dal processo di integrazione europea. 3. Il Ministro dell'economia e delle finanze nell'esperienza italiana. 3.1 Nel procedimento di formazione del governo. 3.2. All'interno del governo. 4. Conclusioni. Ministro dell'economia e vincoli di bilancio nel governo Conte. 5. Riferimenti bibliografici.

1. PREMESSA

Il Ministro dell'economia riveste un ruolo sempre più centrale in virtù del rapporto dell'Italia con l'Unione europea e coi mercati finanziari: ruolo che si è via via accresciuto a causa dei vincoli di bilancio euro-nazionali derivanti non solo dalla riforma della *governance* economica europea (2011/2013) ma anche dalla legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, con la quale sono stati introdotti in Costituzione i principi di equilibrio di bilancio (art. 81, primo comma, Cost.) e di sostenibilità del debito pubblico (art. 97, primo comma, Cost.) [1].

[1] Sulla riforma costituzionale del 2012 la letteratura è vastissima. Cfr., almeno, Morrone (2015); Luciani (2015), p. 1673 s.; Buzzacchi (2015); Bergonzini (2014); Bifulco (2012); Grasso (2012);

Negli ultimi anni vi è stato pertanto un (sostanziale e non dichiarato) mutamento che ha portato a una concentrazione del potere di spesa in un «superministro» dell'economia. Già da prima, invero, il processo di integrazione europea e, in particolare, la creazione dell'Unione economica e monetaria erano stati potenti fattori di rafforzamento del governo e, al suo interno, del (Presidente del Consiglio e del) Ministro dell'economia, anche in virtù del ruolo di «snodo» che quest'ultimo ricopre tra il piano nazionale e quello europeo.

Nel contributo si analizzeranno dapprima i fattori che hanno comportato tale mutamento del ruolo del Ministro dell'economia: in primo luogo, la globalizzazione e lo «sdoppiamento» della sovranità e, in secondo luogo, il processo di integrazione europea, che non ha soltanto rinforzato la posizione del governo nei confronti del Parlamento, ma anche – all'interno del governo – quella del Presidente del Consiglio e del Ministro dell'economia, incidendo persino sulle caratteristiche personali di quest'ultimo. Tale mutamento del ruolo del Ministro dell'economia ha pertanto comportato conseguenze sul piano della forma di governo: infine, dunque, sarà analizzata la posizione del Ministro dell'economia nel procedimento di formazione del governo e all'interno di quest'ultimo.

Il Ministro dell'economia – il «più 'democratico' tra i guardiani della stabilità finanziaria» (Crescenzi, 2017, p. 87) – può essere il punto di equilibrio e di snodo tra diverse istanze: l'indirizzo politico del governo e della maggioranza parlamentare, l'Unione europea e l'UEM, i mercati finanziari. Dunque, «mediatore» tra le richieste di spesa e i vincoli (europei, nazionali, e «imposti» dai mercati) di bilancio.

2. I FATTORI CHE HANNO DETERMINATO UN MUTAMENTO NEL RUOLO DEL MINISTRO DELL'ECONOMIA: IN PARTICOLARE, IL RAFFORZAMENTO DERIVANTE DALLA GLOBALIZZAZIONE E DAL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA

La formazione di uno spazio giuridico oltre lo Stato, il c.d. «sdoppiamento» della sovranità – derivato dalla globalizzazione dei mercati finanziari – e l'indipendenza delle banche centrali sono tutti fattori che hanno trasformato il ruolo dello Stato, condizionando alcune dinamiche, come quella relativa all'indebitamento. In particolare, il finanziamento del debito pubblico attraverso la vendita di titoli di Stato è oggi influenzato non soltanto dalla credibilità delle politiche economiche poste in essere dai governi nazionali, ma anche dalla fidu-

Rivosecchi (2012); Lippolis, Lupo, Salerno, Scaccia (2011).

cia che gli investitori ripongono in quelle politiche economiche. La sovranità si è, in questo senso, «sdoppiata»: vi è la «sovranità dei mercati» e la «sovranità dei popoli» (Pitruzzella, 2014, p. 3). Poiché vi è una «doppia sovranità», lo Stato deve conseguentemente godere di una «doppia fiducia». In particolare, questo è avvenuto nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore» [2].

Nel passaggio dallo Stato fiscale a quello debitore avviene questo: che lo Stato trova le risorse di cui ha bisogno non solo attraverso il prelievo fiscale, ma soprattutto attraverso i creditori, cioè i mercati finanziari. A differenza del popolo dello Stato, però, il «popolo del mercato», pur non godendo di diritti costituzionali, può influenzare l'attività di Parlamento e Governo – e il processo di bilancio – «indirettamente» e, in particolare, chiedendo tassi di interesse più elevati se ne giudica negativamente l'operato (Pitruzzella, 2014) [3].

Il contrasto tra dimensione globale dei mercati e dimensione nazionale della politica ha pertanto prodotto, oltre alla c.d. «*vertical accountability*» (quella propria del rapporto tra elettori e istituzioni democratico-rappresentative), una nuova «*horizontal accountability*», in base alla quale lo Stato deve rispondere del suo operato, sebbene in modo diverso, anche ai mercati e agli altri Stati [4], soprattutto nell'UE, dove la crisi di un paese può contagiarne altri: anche a tal fine sono state riviste le regole della *governance* economica europea nel periodo 2011/2013.

Di qui il ruolo che, almeno per l'Italia, ha svolto l'integrazione europea prima e l'Unione economica e monetaria poi: il c.d. «vincolo esterno» (Carli, 1996) [5] dei parametri di Maastricht e le misure che si sono succedute nel tempo hanno agito da limitazione per i decisori politici [6]. I vincoli di bilancio

---

[2] Quando, cioè, lo Stato si è trovato a «sopportare una responsabilità nei confronti di due *constituencies* diverse e spesso confliggenti», poiché «i due ambienti […] funzionano secondo logiche diverse e tendenzialmente incompatibili» (Pitruzzella, 2014). Lo «Stato debitore» va dunque inteso come un tipo di Stato che dipende non solo dal prelievo tributario ma anche dalla fiducia dei suoi creditori. Da una parte vi è dunque il popolo dello Stato, formato da cittadini che godono di diritti costituzionali: come quelli politici, che permettono ai cittadini di scegliere i propri rappresentanti, così condizionando l'attività del Parlamento e del Governo anche relativamente ai contenuti delle politiche economiche e finanziarie. Su tale passaggio cfr. Streeck (2013). Sul rapporto tra spesa pubblica, indebitamento, misure sociali e leggi elettorali cfr. Di Nucci (2016). Sul passaggio dallo Stato fiscale a quello debitore v. anche Saitto (2017).

[3] Sebbene i mercati non possano influenzare l'attività di Parlamento e Governo attraverso le dinamiche democratiche, possono influenzare il processo di bilancio «indirettamente», e in particolare chiedendo tassi di interesse più elevati se ne giudicano negativamente l'operato. In questo senso, dunque, esiste un'opinione pubblica del mercato che è più precisa e comprensibile di quella che opera nella sfera pubblica dello Stato, perché espressa in forma quantitativa. Queste diverse istanze possono entrare in conflitto poiché diverse sono le richieste degli ambiti di riferimento.

[4] Cassese (2017).

[5] Per un approfondimento cfr. Carli (1996).

[6] Già poco dopo il Trattato di Maastricht in dottrina si notava come i vincoli di bilancio europei avrebbero avuto effetti sulla democrazia interna, soprattutto in termini di trasparenza delle decisioni politico-economiche che sarebbero state obbligate a comporre gli interessi sull'impiego delle risorse pubbli-

europei, in questo senso, possono essere considerati come una sorta di compromesso tra le due sovranità.

Per l'Italia, in particolare, la presenza di un vincolo giuridico sovranazionale ha avuto «una funzione positiva agli effetti del ripristino di una sana finanza pubblica, ritenendo, pessimisticamente, che senza questo obbligo difficilmente la […] classe politica avrebbe mutato indirizzo» (Carli, 1996, p. 406). Almeno dal Trattato di Maastricht fino alla crisi economico-finanziaria, sebbene con alcuni intervalli, il vincolo esterno ha funzionato per disciplinare la politica economica italiana, cosa che non era avvenuta, invece, negli anni che seguirono il c.d. «divorzio» tra il Tesoro e la Banca d'Italia [7].

Le dinamiche europee hanno pertanto portato a cambiamenti anche nelle forme di governo nazionali (Ibrido, Lupo, 2018). In particolare, è evidente come il processo di integrazione europea abbia innanzitutto rafforzato la posizione del governo nei confronti del Parlamento. Spingendosi più nel dettaglio, la dinamica europea ha influenzato anche gli equilibri e gli assetti all'interno del governo: questo «vale sia per i rapporti tra le diverse componenti del Governo (con la […] preminenza del Presidente del Consiglio dei Ministri quale riflesso del ruolo di indirizzo giocato in seno al Consiglio europeo), sia per l'individuazione dei Ministri (si pensi, in particolare, alla figura del Ministro dell'economia, che ha sempre avuto, negli ultimi Governi, un profilo tecnico spiccato, in modo da poter reggere efficacemente il duro e qualificato confronto che si svolge, tra i suoi colleghi, in seno al Consiglio dell'Unione europea) [8], sia infine per la stessa legittimazione dei Governi» (Lupo, 2018) [9]. È evidente, peraltro, come l'esistenza di rapporti tra più livelli istituzionali comporti una riconfigurazione anche interna ai governi, a tutto vantaggio di sedi ristrette o singole figure [10].

In questo senso la «dimensione europea» dei governi, che devono appunto godere non solo della fiducia parlamentare ma anche di quella europea [11],

che a causa del giudizio dei mercati sul debito pubblico. In questi termini v. Della Cananea (1996) p. 58 s. e Pinelli (1997). Invero, spesso si tende a sovrapporre l'influenza delle istituzioni europee a quelle dei mercati. Esplicitamente, cfr. Ruggeri (2011) p. 2, dove si rileva che «la fiducia dell'Unione è, in buona sostanza, conseguenziale a quella dei mercati».

[7] Anche questo un potente fattore di cambiamento delle dinamiche istituzionali, posto che il tasso di interesse sui titoli di Stato iniziò ad essere sottoposto interamente alle dinamiche dei mercati.

[8] Su questo fenomeno cfr., seppure in modo critico, Crescenzi (2017) p. 87 s.

[9] Sul rafforzamento del governo e all'interno di questo del Presidente del Consiglio cfr.: Pérez Tremps (1991) p. 93 s.; Fabbrini, Donà (2003) p. 31 s.; Lupo, Rivosecchi (2010) p. 293; Fabbrini (2011) p. 33 s.

[10] Sul punto cfr. Ruggeri (2002) p. 334.

[11] Si pensi, per citare l'esempio più discusso, al passaggio di consegne tra il governo Berlusconi e il governo Monti, nell'ottobre 2011, che può spiegarsi proprio con il venir meno della fiducia dei *partners* europei – e dei mercati – nei confronti di Berlusconi e del suo governo. Per una ricostruzione di quelle

rende centrali «la reputazione e l'affidabilità sul piano anche personale e professionale dei membri del governo» (Lupo, 2015, p. 100), che sono pertanto considerati «elementi di forza, indispensabili se si intende partecipare attivamente ai consessi europei, e altresì per fronteggiare i nervosismi dei mercati finanziari» (Lupo, 2015). Questo contribuisce a spiegare la scelta di affidare «costantemente, all'interno dei governi tecnici come di quelli più prettamente politici, la casella del Ministro dell'economia a figure dotate di un solido profilo tecnico e di una autonoma notorietà presso le istituzioni economiche internazionali» (Lupo, 2015).

Inoltre, bisogna sottolineare il ruolo del Ministro dell'economia nell'ambito della *governance* economica dell'UE e dell'UEM. In particolare, come è noto, i Ministri delle Finanze siedono nell'ECOFIN e nell'Eurogruppo prendendo decisioni che hanno ricadute cruciali nei loro rispettivi paesi e fungendo da vero contraltare politico ad istituzioni tecnico-finanziarie come la BCE (Crescenzi, 2017, p. 98).

Le riforme per contenere l'indebitamento e il più stretto coordinamento delle politiche economiche che si è avuto con la riforma della *governance* economica europea, infatti, hanno portato ad un ulteriore rafforzamento del ruolo e dei poteri del Ministro dell'economia [12]. Quest'ultimo è, infatti, uno dei principali interlocutori sia del Parlamento nazionale sia della Commissione europea nel corso del c.d. «calendario comune di bilancio» e, dunque, tanto nel semestre europeo tanto nel semestre nazionale. È, infatti, il Ministro dell'economia a presentare il Documento di Economia e Finanza, la Nota di Aggiornamento al DEF, il Documento Programmatico di Bilancio e il disegno di legge di bilancio al Parlamento nazionale e alla Commissione europea. Su tutti questi documenti, peraltro, è sempre il Ministro dell'economia che dialoga con la Commissione europea e che, a livello interno, ha l'obbligo di riferire alle competenti commissioni parlamentari.

Si rende pertanto necessario analizzare le ricadute «a cascata» della dinamica europea sugli equilibri della forma di governo italiana e, in particolare, nei due ambiti riguardanti l'individuazione dei Ministri nel procedimento di formazione del governo e nei rapporti tra le diverse componenti del governo stesso.

---

vicende cfr. Fusaro (2012) p. 83 s.; Bartole (2018) p. 15 s. Ancora, la dinamica europea ha già altre volte portato a condizionare la stessa composizione di taluni governi: si pensi alla «sostituzione dei titolari di dicasteri economici verificatasi, pressoché in contemporanea, alla fine di agosto 2014, all'immediata vigilia di un Consiglio europeo di notevole rilievo, nei governi francese e austriaco» (Lupo, 2015). Sostituzioni, come ricorda lo stesso A., peraltro avvenute «per opposte ragioni, invero, essendo il primo (Montebourg) accusato di posizioni troppo «a sinistra' e critiche verso i vincoli europei, mentre il secondo (Spindelegger) di essere un fautore estremo delle politiche di *austerity*».

[12] Sul punto cfr. Orlandi (2014) p. 136.

3. IL MINISTRO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE NELL'ESPERIENZA ITALIANA

Questi processi, oltre ad influire sulla posizione e sulle funzioni del Ministro dell'economia, hanno influenzato innanzitutto il profilo della persona scelta per ricoprire il ruolo in questione. All'interno delle forme di governo nazionali, infatti, il Ministro dell'economia può avere diverse funzioni e una prima distinzione può essere individuata nella sua presenza nel testo costituzionale: mentre in alcune Costituzioni esso non viene mai espressamente nominato [13], in altre viene nominato in relazione ad alcune funzioni [14]. Per restare al caso italiano, è evidente come pur non essendo nominato in Costituzione, la disciplina costituzionale da applicarsi al Ministro dell'economia può desumersi dalle disposizioni relative all'organizzazione del governo in generale.

Nella figura del Ministro dell'economia possono oggi rintracciarsi due anime: quella del «politico di governo» e quella di «garante interno al governo», che ha l'obiettivo di «assicurare il rispetto, da parte dei colleghi, dell'imperativo di perseguire il programma politico nel rigoroso rispetto dell'equilibrio dei saldi di bilancio» (Crescenzi, 2017, p. 95). Questa seconda anima del Ministro dell'economia conferisce allo stesso un profilo istituzionale simile a quello degli organi di garanzia e che ha portato, insieme ad altri fattori, ad attribuire la carica a personalità con uno spiccato profilo tecnico, vuoi per rassicurare i mercati sulla reale volontà di perseguire la stabilità finanziaria, vuoi per permettere alla politica di precostituirsi un capro espiatorio per le decisioni di bilancio impopolari (Crescenzi, 2017, p. 97).

Il Ministro dell'economia è il vertice del Ministero economico generale per eccellenza, almeno da quando vi è un dicastero unitario come il MEF (prima del 2001, infatti, il MEF era scisso nei Ministeri Finanze, Tesoro e Bilan-

[13] Si tratta delle costituzioni di Francia, Spagna, Portogallo, Belgio e Italia. Costituzioni, peraltro, nelle quali invece vengono nominati altri Ministri: si pensi alla Costituzione italiana e al Ministro della Giustizia, espressamente nominato agli artt. 100 e 107.

[14] Ad esempio: la funzione di presentare al Parlamento il bilancio preventivo (art. 79, co. 3, Cost. Grecia); il rendiconto (art. 114, co. 1, GG tedesca); altri disegni di legge che comportino oneri per la finanza pubblica (art. 73, co. 2, Cost. Grecia). Ancora, in alcune Costituzioni è assegnato al Ministro dell'economia il compito di vigilare sulla salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, allegando una relazione ai singoli disegni di legge che comportino un onere finanziario (art. 75, co. 3, Cost. Grecia), introducendo vincoli di spesa a carattere provvisorio (art. 51a, co. 2, punto 2, Cost. Austria), autorizzando stanziamenti straordinari e ulteriori rispetto a quelli iscritti in bilancio previa verifica dei casi e dei presupposti di necessità previsti dalla normativa di riferimento (art. 112 GG, art. 51b, co. 3, Cost. Austria, art. 104 Cost. Malta), esercitando un controllo sulla finanza periferica, o controfirmando i progetti di legge istitutivi di tasse locali (art. 73, co. 5, Grecia) oppure sovrintendendo alla gestione di imposte nazionali amministrate dalle autonomie territoriali (art. 108, co. 3, GG). Sul punto, cfr. Crescenzi (2017) pp. 92-93.

cio [15]). Prima degli anni Novanta i ministri economici furono uomini politici con rare eccezioni [16]. Al contrario, per tutto il periodo di vigenza del secondo sistema dei partiti (1992-2018) il Ministro dell'economia «tecnico» è stata la normalità, a partire dal governo Amato del 1992. Peraltro, questo si è verificato proprio in coincidenza col progressivo accorpamento delle funzioni economiche in un unico grande Ministero.

Così, in Italia, tutte le personalità poste al vertice politico del Ministero dell'economia hanno avuto – dal 1992 al 2018 – una spiccata caratura tecnica: si sono avuti solo tre periodi nei quali non si è registrata la presenza di tecnici nei Ministeri economici generali per complessivi nove anni circa su un totale di ventiquattro (Crescenzi, 2017, p. 106). Pertanto, il profilo tecnico dei Ministri dell'economia sembra rappresentare una regolarità della storia italiana recente, soprattutto considerando che ci sono stati tecnici anche in momenti nei quali non vi erano necessità dettate da crisi economico-finanziarie e anche nell'ambito di governi puramente politici. L'ultimo Ministro dell'economia ad essere stato parlamentare al momento della nomina è Giulio Tremonti (anch'esso, tuttavia, con un solido *background* tecnico).

Dunque, solo parzialmente possono ravvisarsi i motivi della scelta «tecnica» nella delegittimazione della politica agli occhi dei mercati, ma, evidentemente, vi sono state altre ragioni. Una di queste, come poc'anzi accennato, può rintracciarsi nel processo di formazione di un Ministero unico dell'economia e delle finanze, che ha portato ad un deciso rafforzamento del ruolo del Ministro corrispondente. Un'altra ragione può individuarsi nelle maggioranze composite che comportano una difficoltà nel posizionare nella carica di Ministro dell'economia un politico di uno dei partiti della coalizione [17]. Inoltre, l'insofferenza dei leader politici verso il «superministro» del MEF può anch'essa aver portato alla scelta di profili tecnici, che non avendo proprie «truppe parlamentari» avrebbero minor peso anche nel Consiglio di Ministri [18].

L'importanza del Ministro dell'economia, all'intersezione tra forma di governo nazionale, Unione europea e mercati finanziari è stata recentemente

[15] L'inizio di tale processo può considerarsi il referendum abrogativo della legge n. 1589 del 1956, col quale è stato abrogata, appunto, la disposizione con la quale si era istituito il Ministero delle partecipazioni statali le cui competenze furono trasferite al Ministero delle finanze. Processo poi proseguito con la legge n. 94 del 1997, che ha accorpato il Ministero del Tesoro con quello del Bilancio, dando vita al Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, e poi con il d. lgs. n. 300 del 1999 (adottato in virtù della legge delega n. 59 del 1997, c.d. «legge Bassanini») che ha portato alla nascita del MEF.

[16] Come quella di Gustavo Del Vecchio nel governo De Gasperi IV, giugno 1947-maggio 1948.

[17] In precedenza, invece, con l'esistenza dei tre Ministeri economici generali, era possibile la spartizione delle cariche tra i partiti della coalizione. Sul punto cfr. Verzichelli (1999) p. 89.

[18] Ragioni individuate da Crescenzi (2017) p. 108.

dimostrata dalle vicende avvenute durante il procedimento di formazione del governo Conte.

3.1 **Nel procedimento di formazione del governo**

L'esempio del «caso-Savona» [19], durante il procedimento di formazione del governo Conte è straordinariamente esemplificativo del tentativo, da parte della Presidenza della Repubblica, di trovare un compromesso tra le due sovranità, per difendere da una parte la libertà di voto degli elettori e, dall'altra, i risparmi dei cittadini italiani. Il caso Savona ha mostrato due evidenze: da una parte il ruolo – sempre più forte – della Presidenza della Repubblica come garante non solo del risparmio dei cittadini ma anche del principio di sostenibilità del debito pubblico [20] e, dall'altra, l'estrema importanza che riveste il Ministro dell'economia, anche simbolicamente.

Ripercorrendo brevemente la vicenda, questa era dapprima sfociata nella rinuncia del prof. Conte all'incarico di formare il Governo ed era poi stata risolta con la riassunzione dell'incarico e la composizione di una compagine governativa interamente «gradita» al Capo dello Stato [21]. La motivazione del diniego al prof. Savona come Ministro dell'economia era dovuta ad uno scritto dello stesso che prospettava il c.d. «piano B»: quello, cioè, cui l'Italia dovrebbe prepararsi in caso di uscita dall'Euro.

La vicenda non può che inserirsi anch'essa all'interno del paradigma della «doppia fiducia» e ha mostrato il triangolo tra credibilità del governo, mercati finanziari e Unione economica e monetaria. Il discorso del Presidente del-

[19] Sul c.d. «caso-Savona», cfr., almeno, Spadaro (2018a) spec. pp. 28 s.; D'Aloia (2018); Spadaro (2018b); Chessa (2018); Caruso (2018); Bin (2018a); Curreri (2018); Gigliotti (2018); Alberti (2018); Trucco (2018); Bin (2018b).

[20] A dimostrazione del legame che intercorre tra i due principi costituzionali si pensi al fatto che alcune proposte di riforma costituzionale inserivano il principio di sostenibilità del debito pubblico direttamente nell'art. 53 Cost.

[21] Sul punto cfr. Anzon Demmig (2018) p. 3, la quale sostiene che il rifiuto del Presidente della Repubblica di condividere la proposta di nomina del Prof. Savona (come Ministro dell'Economia) – con la conseguente rinuncia all'incarico del Presidente del Consiglio incaricato Conte – «non si può certo intendere e giustificare come una banale ritorsione, ma è invece una reazione pienamente inscrivibile nel suo ruolo di garanzia». Per quanto riguarda il ruolo del Presidente della Repubblica, è stato notato come «in caso di disaccordo tra Capo dello Stato e Presidente del Consiglio incaricato sul nome di un Ministro, neppure la fase della nomina del Premier incaricato si perfeziona, perché è impensabile che un Governo si formi lasciando una casella vuota (specialmente se è importante come quella del ministero dell'economia)» (Alberti, 2018). Infatti, mentre il Capo dello Stato, durante la fase della nomina del Governo, è un organo costituzionale *pleno iure*, chi presenta la lista dei ministri, seppure denominato dall'art. 92 come «Presidente del Consiglio», lo è soltanto *in pectore*, sicché non può esercitare, ai sensi dell'art. 95 Cost., la funzione di direzione della politica generale del Governo (assumendosene la responsabilità) (Alberti, 2018).

la Repubblica Sergio Mattarella dopo il primo tentativo fallito di far nascere il governo Conte sembra porsi precisamente in quest'ottica. Il Capo dello Stato, infatti, ha dichiarato di non condividere il nome proposto da Giuseppe Conte come Ministro dell'Economia perché la designazione di quest'ultimo costituisce sempre un messaggio immediato, di fiducia o di allarme, per gli operatori economici e finanziari. L'incertezza sulla posizione italiana nell'euro ha posto in allarme gli investitori e i risparmiatori, italiani e stranieri, che hanno investito nei titoli di Stato e nelle aziende [22]. È pertanto dovere del Capo dello Stato, come da lui stesso dichiarato, nello svolgere il compito di nomina dei ministri, essere attento alla tutela dei risparmi degli italiani. Per farlo, in particolare nella nomina del Ministro dell'economia, il Presidente ha valutato troppo rischioso affidare tale incarico a qualcuno che aveva messo in dubbio l'appartenenza dell'Italia alla moneta unica, senza peraltro che questo fosse stato oggetto esplicito di campagna elettorale.

Al di là del potere affidato al Capo dello Stato dalla Costituzione italiana, tuttavia, bisogna porsi nel più ampio contesto della Costituzione «composita» europea (Besselink, 2007): in particolare, in forza della «clausola europea» di cui all'art. 11 Cost. [23] (oltre alle altre clausole europee più di recente inserite negli artt. 97 e 117, primo comma, Cost. [24]), la Costituzione italiana deve intendersi integrata dai trattati dell'Unione europea e dalle norme da questi derivate. In questo contesto [25], i comportamenti del Presidente della Repubblica «risulterebbero pienamente ispirati ai princìpi della Costituzione «composita» oggi vigente in Italia» (Lupo, 2015, p. 102).

Infine, è necessario analizzare la posizione del Ministro dell'economia all'interno del governo e, in particolare, nel suo rapporto col Presidente del Consiglio dei Ministri e con gli altri componenti del governo.

---

[22] L'impennata dello *spread*, giorno dopo giorno, aumenta il debito pubblico e riduce le possibilità di spesa dello Stato per nuovi interventi sociali. Le perdite in borsa, giorno dopo giorno, bruciano risorse e risparmi delle aziende e di chi vi ha investito. E configurano rischi concreti per i risparmi dei concittadini e per le famiglie italiane. Occorre fare attenzione anche al pericolo di forti aumenti degli interessi per i mutui, e per i finanziamenti alle aziende.

[23] Sulle «clausole europee» cfr. Claes (2005) p. 283 s. Sulla clausola di cui all'art. 11 Cost., cfr., tra i tanti, Tosato (2013) p. 69 s.; Cartabia, Chieffi (2006) p. 263 s. Recentemente, peraltro, il dibattito sull'art. 11 e sulle clausole europee ha ripreso vigore: cfr. Fabbrini, Pollicino (2017); Lupo, Piccirilli (2017) pp. 317 s.; Mastroianni (2018); Morrone (2018); Manzella (2018a), pp. 40 s., spec. pp. 44-45.

[24] Inserite, rispettivamente, con la legge costituzionale n. 1 del 2012 e con la legge costituzionale n. 3 del 2001. Sugli effetti di una loro eventuale rimozione dalla Costituzione sia consentito un rinvio a Bartolucci (2018).

[25] Invero, tutt'altro che pacifico: per una sintesi del dibattito sulla natura costituzionale dell'Unione europea cfr. Ruggeri (2014) p. 2 s., spec. 14 s.

3.2 **All'interno del governo**

Storicamente, fu proprio nel momento in cui il Ministro dell'economia conquistò il controllo sulla spesa dell'intero apparato pubblico che divenne perno centrale dell'esecutivo spesso addirittura offuscando il ruolo di leader del capo del governo e vanificando la volontà di quest'ultimo di perseguire gli indirizzi programmati [26]. Anche con gli altri membri del governo i rapporti possono non essere semplici, poiché il Ministro dell'economia e gli altri Ministri hanno diversi obiettivi. Con la crisi finanziaria c'è stato un mutamento a causa del quale vi è stata una concentrazione del potere di spesa nel Ministro dell'economia, l'unico con «potere di portafoglio» e che ha deciso per tutti sulla base dei margini europei. La coesione interna dei governi, le lotte «di spesa» tra ministri all'interno del governo, le vicende relative alle procedure di bilancio: sono tutti elementi in grado di influenzare le funzioni e il ruolo del Ministro dell'economia.

In particolare, all'inizio degli anni Novanta due fattori hanno modificato lo scenario italiano: il cambiamento del sistema elettorale in senso maggioritario e il cambiamento del sistema politico a causa di inchieste giudiziarie (c.d. «mani pulite' o «Tangentopoli»). Da quel momento si sono alternate due coalizioni, per la prima volta nella storia del paese. Ci sono state poi una serie di riforme istituzionali: si pensi alla riduzione dei ministri con portafoglio da 25 a 10 e alla concentrazione del potere di spesa nel «superministro» dell'economia [27]. Questo ha portato a «costanti bracci di ferro tra apparati di Palazzo Chigi e strutture del Ministero dell'economia e delle finanze (tra cui spicca la Ragioneria Generale dello Stato), che spesso giungono ad interessare anche il livello politico, ponendo il Presidente del Consiglio in qualche modo non in grado di agire, nell'esercizio delle sue funzioni di direzione e coordinamento, senza il consenso del Ministro dell'economia» (Lupo, 2018, p. 22) [28]. All'interno del governo, più in generale, il Ministro dell'economia ricopre un «ruolo prevalentemente interdittivo, di garante del rispetto dei vincoli europei, la cui accettazione da parte degli altri componenti del Governo non è indipendente dal profilo tecnico del Ministro» (Cuniberti, 2016, p. 54).

In particolare, quello tra Presidente del Consiglio e Ministro dell'economia è stato, in Italia, un rapporto spesso complicato. Per restare ai tempi recenti, sono

[26] Cfr. Crescenzi (2017) p. 93. Sul punto cfr. anche Melis (2015) p. 39.

[27] Cfr. Galli, Padovano (2008) p. 62. Questo ha comportato anche il rafforzamento del ruolo delle commissioni parlamentari permanenti con competenze traversali – le commissioni affari costituzionali e per quel che qui rileva le commissioni bilancio di Camera e Senato – in virtù del riflesso parlamentare del maggior peso all'interno del governo del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro dell'Economia: cfr. Gianniti, Lupo (2013) p. 127. Questo ha comportato anche un rafforzamento della dimensione sistemica delle commissioni permanenti, non più viste come monadi. Sul punto, cfr. Fasone (2012).

[28] In questo senso cfr. anche Lippolis (2011) p. 7 s.

note le «frizioni» tra il Presidente Berlusconi e il Ministro Tremonti. La stessa «caduta» del governo Berlusconi, nell'ottobre 2011, può spiegarsi col venir meno della fiducia dei *partners* europei nei confronti di Berlusconi e del suo governo. Tale perdita di fiducia, tuttavia, è derivata dal fatto che Berlusconi, pur essendo risultato netto vincitore alle elezioni del 2008, non era poi riuscito a porre in essere le politiche e le riforme promesse, e a più riprese ricordate in sede europea, anche a causa dei contrasti registratisi all'interno della sua ampia maggioranza [29] e, soprattutto, tra il Presidente del Consiglio e il Ministro dell'economia, Giulio Tremonti, con conseguenze negative sia sui mercati finanziari, sia sulla stessa maggioranza parlamentare [30].

Non solo. Ad inizio 2011 si era consumata la rottura tra il Presidente del Consiglio e il Ministro dell'economia. Rottura decisiva anche in sede europea, posto che era stato proprio Tremonti, nei primi anni di quel governo, che «aveva spesso rappresentato il «volto» dell'Italia in sede europea (in particolare nell'Ecofin e nell'Eurogruppo), anche giocando un ruolo piuttosto significativo» (Lupo, 2015, p. 103). Tale rottura tra Presidente del Consiglio e Ministro dell'economia non può essere sottovalutato ed è stato uno dei motivi – insieme, ovviamente, al precipitare della situazione della finanza pubblica italiana, che rischiava di contagiare tutta la zona euro – che ha portato alla (celebre) lettera a firma congiunta Trichet-Draghi.

Particolare è stato in seguito anche il rapporto che si instaurò tra il Presidente Renzi e il Ministro Padoan: il primo che tentava di allentare i «cordoni della borsa» – anche con le richieste poi accolte di maggiore «flessibilità» – col secondo che cercava invece di attuare la sua dottrina del c.d. «sentiero stretto».

Tuttavia, un vero e proprio cambiamento di paradigma vi è stato nel governo Conte.

4. CONCLUSIONI. MINISTRO DELL'ECONOMIA E VINCOLI DI BILANCIO NEL GOVERNO CONTE

Quello del rapporto tra Presidente del Consiglio e Ministro dell'economia è pertanto un tema ricorrente dei rapporti endogovernativi, ma del tutto centrale ai fini della determinazione del raggiungimento degli obiettivi del

[29] Come si ricorda in Lupo (2018) p. 30. Si pensi, in particolare, all'uscita del Presidente della Camera Gianfranco Fini dal Popolo della Libertà, partito che pure aveva contribuito a fondare.

[30] Malumori della maggioranza che si manifestarono, in particolare, nella reiezione, a parità di voti, dell'art. 1 della legge di approvazione del rendiconto per l'esercizio 2010. Cfr., tra gli altri, Piccione (2011) p. 925 s., Fusaro (2012) p. 85.

programma di governo, che in larghissima parte è influenzato dalla capacità di spesa, a sua volta influenzata dalle regole europee e dalla fiducia dei mercati finanziari.

La dinamica dialettica tra Presidente del Consiglio (o, nel 2018, tra i due vicepresidenti del Consiglio) e il Ministro dell'economia ha, tuttavia, raggiunto vette alle quali non si era mai giunti. Sul piano dell'assetto dei poteri costituzionali è sempre più vistoso, infatti, il «gioco» dialettico tra i leader dei due partiti della coalizione di governo e il Ministro dell'economia, che ha sovente tentato di tranquillizzare i mercati dopo le dichiarazioni dei due vicepresidenti del Consiglio: questi ultimi, quasi ogni giorno, almeno fino all'autunno 2018, hanno rilasciato dichiarazioni sui conti pubblici che il Ministro dell'economia è stato chiamato a smentire per evitare che lo *spread* si alzasse ingentemente e ulteriormente. Questo ruolo di «calmante» è stato assunto – almeno nella prima fase del governo Conte – dal Ministro dell'economia e si può inserire nel più ampio contesto dello «sdoppiamento» della sovranità: da una parte i due leader che parlavano al «popolo», dall'altra il Ministro che si rivolgeva ai mercati.

Il primo dato da mettere in risalto è quello per cui nel governo Conte 1 non è il Presidente del Consiglio il *dominus* dell'indirizzo politico, bensì lo sono i due vicepresidenti del Consiglio, rispettivamente i leader delle due forze politiche che hanno firmato il c.d. «contratto di governo» [31]. In secondo luogo, per quanto potuto osservare nell'esperienza del Ministro Tria, sembra possibile distinguere tre fasi: una prima fase, nella quale il Ministro ha tentato di «stemperare» le dichiarazioni dei vice-presidenti del Consiglio. È poi iniziata una seconda fase nella quale il Ministro si è «piegato» all'indirizzo politico-finanziario prevalente nei due partiti che formano la maggioranza di governo [32]. La causa di questo cambiamento è stata individuata nel fatto che il Ministro dell'economia non fosse un politico di professione e conseguentemente non avesse «truppe» politiche. Tuttavia, come visto poc'anzi, la stragrande maggioranza dei Ministri dell'economia degli ultimi cinque lustri non potevano essere considerati politici di professione, ma nonostante questo sono riusciti ad imporre una certa disciplina di bilancio. Infine, vi è stata una terza

[31] Manzella (2018b) p. 670, parla di programma di Governo «ridotto bizzarramente a «contratto» anche in fase fiduciaria, quasi come *res* negoziata soltanto tra le due forze di Governo: in una concezione partitocratica senza precedenti, non parlamentarizzata come «politica generale del governo», secondo l'art. 95 Cost.».

[32] Già con la nota di aggiornamento al DEF e poi con la legge di bilancio il Ministro dell'economia ha iniziato ad avallare le scelte economico-finanziarie dei due principali partiti di governo e portato ad uno scontro frontale con la Commissione europea e coi mercati finanziari (che hanno, rispettivamente, bocciato il Documento Programmatico di Bilancio e portato lo *spread* stabilmente intorno a quota 300).

ed ultima fase durante la quale vi è stato un rafforzamento del ruolo del Ministro dell'economia (e del Presidente del Consiglio) causato dal fatto che le istituzioni europee (e, in particolare, la Commissione), durante il semestre nazionale di bilancio, abbiano dialogato non con i vicepresidenti del Consiglio bensì con Presidente del Consiglio e Ministro dell'economia.

Anche in virtù del rafforzamento del ruolo del Ministro cui si è assistito nell'ultima fase delle «trattative» con la Commissione UE sulla legge di bilancio per il 2019, ci si può chiedere come mai, allora, il Ministro Tria non sia riuscito ad imporre una certa disciplina di bilancio.

È possibile spiegare questa differenza, almeno a parere di chi scrive, con la natura «nuova» del governo Conte: si tratta, infatti, di un governo che esplicitamente rinnega i vincoli di bilancio, siano essi costituzionali, europei o derivanti dai mercati finanziari. I Ministri dell'economia dei governi precedenti, invece – pur soffrendo sempre un certo isolamento istituzionale e pur trovandosi spesso in conflitto coi rispettivi Presidenti del Consiglio e con gli altri Ministri – si muovevano in un «ambiente» nel quale vi era una generale accettazione dell'importanza dei vincoli di bilancio.

Il ruolo centrale del Ministro dell'economia è confermato dalle ripetute voci di dimissioni che sono circolate dall'estate fino ad ottobre 2018 sulla stampa e che sembrano essere poi rientrate su richiesta del Capo dello Stato [33]. Questo conferma, in ultima analisi, la scomoda posizione in cui si è venuto a trovare il Ministro che, da una parte, probabilmente, avrebbe evitato volentieri lo scontro frontale con la Commissione europea, ma dall'altra parte, se avesse ostacolato in modo più deciso l'indirizzo politico-finanziario della maggioranza, sarebbe potuto incappare in una mozione di sfiducia individuale, o sarebbe stato «costretto» a dimettersi, contro la volontà del Capo dello Stato e soprattutto scatenando grande incertezza sui mercati. Soltanto l'«appoggio» della Commissione UE e il dialogo di quest'ultima col Ministro dell'economia e con il Presidente del Consiglio ha portato ad un rafforzamento di queste due figure istituzionali e conseguentemente all'approvazione di una legge di bilancio (un po') più oculata.

Si può pertanto concludere che il Ministro dell'economia possa rivestire il ruolo di «democratico» guardiano del bilancio solo laddove si trovi in un

[33] È evidente, infatti, come le dimissioni del Ministro dell'economia di un paese con un debito pubblico molto elevato come quello italiano e per di più a ridosso della sessione di bilancio avrebbero portato ad una forte volatilità dei mercati finanziari e dei tassi di interesse sui titoli di Stato. Stesso effetto avrebbe avuto, probabilmente, l'approvazione di una mozione di sfiducia individuale (Corte cost., sentenza n. 7 del 1996) qualora il Ministro dell'economia non avesse deciso di «piegarsi» all'indirizzo politico-finanziario dei due partiti della coalizione governativa.

contesto di governo che condivide i vincoli di bilancio; al contrario, il suo ruolo rischia di non poter essere efficace nel momento in cui il governo del quale fa parte rinnega il ruolo dei vincoli di bilancio per la sostenibilità delle finanze pubbliche.

Se è vero che i vincoli di bilancio europei possono essere considerati come una sorta di compromesso tra le due sovranità, il Ministro dell'economia, negli anni 1992/2018, ne è stato una sorta di garante. Non rispettare tali vincoli, pertanto, avrà come conseguenza più rilevante non tanto le possibili procedure attivabili dall'UE, ma le reazioni dei mercati: reazioni che potrebbero essere meno «ragionevoli» e portare ad un cambiamento dell'equilibrio tra le due sovranità.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Alberti, A. (2018), «Perché il decreto di nomina dei ministri proposti dal Presidente del Consiglio incaricato non ha natura 'sostanzialmente governativa'», *LaCostituzione.info*.

Anzon, Demmig A (2018), «Partecipazione alle consultazioni e principio di leale collaborazione», *Osservatorio Costituzionale*, n. 2.

Bartole, S. (2018), *La Repubblica italiana e la sua forma di governo*, Mucchi: Modena.

Bartolucci, L. (2018), «Sugli effetti di una ipotizzata rimozione della «clausole europee» dalla Costituzione», *Osservatorio sulle fonti*, n. 3.

Bergonzini, C. (2014), *Parlamento e decisioni di bilancio*, FrancoAngeli, Milano.

Besselink, L. (2007), *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, Groningen.

Bifulco, R. (2012), «Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio», *Rivista AIC*, n. 2.

Bin, R. (2018a), «Mattarella non poteva, ma doveva rifiutare la nomina», *LaCostituzione.info*.

— (2018b), «A mente fredda. I poteri del Presidente della Repubblica e l'importanza delle prassi», *LaCostituzione.info*.

Buzzacchi, C. (2015), *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Giuffrè: Milano.

Carli, G. (1996), *Cinquant'anni di vita italiana*, in collaborazione con P. Peluffo, Laterza: Roma-Bari.

Caruso C. (2018), «Mattarella e il veto presidenziale: quando la Costituzione resta in silenzio», *LaCostituzione.info*.

Cartabia, M.; Chieffi, L. (2006), «Commento all'art. 11», in Bifulco R.; Celotto, A.; Olivetti, M. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Utet, Torino, I.

Chessa, O. (2018), «Nomina del primo ministro e nomina dei ministri: quali sono le differenze?», *LaCostituzione.info*.

Claes, M. (2005), «Le «clausole europee» nelle costituzioni nazionali», *Quad. Cost.*, n. 2.

Coduti, D. (2012), «Il Governo, in Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica», in Angelini, F. e Benvenuti, M., *Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Jovene: Napoli.

Crescenzi, D. (2017), «I ministri dell'economia e delle finanze in Italia e in Europa: una deriva tecnocratica al tempo della crisi?», in Volpi, M., *Governi tecnici e tecnici al governo*, Giappichelli, Torino.

Cuniberti, M. (2016), «L'organizzazione del governo tra tecnica e politica», in Grasso, G., *Il governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa»*, Como, 20 novembre 2015, Editoriale scientifica, Napoli.

Curreri, S. (2018), «Le ragioni di Mattarella nel rifiutare quella nomina, ma lo ha fatto nella sede sbagliata», *LaCostituzione.info*.

D'Aloia, A. (2018), «Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso 'Savona'», *AIC-Osservatorio Costituzionale*, fasc. 2.

Della Cananea, G. (1996), *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Il Mulino:-Bologna.

Di Nucci, L. (2016), *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna.

Fabbrini, F.; Pollicino, O. (2017), «Constitutional Identity in Italy: European Integration as the Fulfi lment of the Constitution», *EUI Working Paper LAW*, 06.

Fabbrini, S.; Donà, A. (2003), «Europeanisation as Strengthening of Domestic Executive Power? The Italian Experience and the Case of the Legge Comunitaria», *Journal of European integration*, vol. 25.

Fabbrini, S. (2011), «Governare l'Italia: il rafforzamento dell'esecutivo tra pressioni e resistenze», in AA. VV., *Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*, Il Filangieri. Quaderno 2010, Jovene: Napoli.

Fasone, C. (2012), *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*, CEDAM: Padova.

Fusaro, C. (2012), «La formazione del governo Monti e il ruolo del presidente della Repubblica», in Bosco, A.; Mc Donnell, D., *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni. Edizione 201*, Il Mulino, Bologna.

Galli, E.; Padovano F. (2008), *Sustainability and Determinants of Italian Public Deficits before and after Maastricht*, in Neck, R.; Sturm J. E. (a cura di), *Sustainability of Public Debt*, MIT Press: Londra.

Gianniti, L.; Lupo N. (2013), *Corso di diritto parlamentare*, II ed., Il Mulino: Bologna.

Gigliotti, A. (2018), «In tema di nomina dei ministri e poteri del Presidente della Repubblica», *LaCostituzione.info*.

Grasso, G. (2012), *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale scientifica, Napoli.

Ibrido, R.; Lupo N. (a cura di) (2018), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino: Bologna.

Lippolis, V. (2011), «La centralità del Governo nel sistema politico. Le specificità del caso italiano», *Il Filangieri. Quaderno 2010. Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*, Jovene: Napoli.

Lippolis, V.; Lupo, N.; Salerno, G. M.; Scaccia, G. (a cura di) (2011), *Costituzione e pareggio di bilancio*, Il Filangieri, Quaderno 2011, Jovene, Napoli.

Luciani, M. (2015), *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, tomo III, Giuffrè: Milano.

Lupo, N.; Rivosecchi, G. (2010), «I limiti di un approccio esclusivamente nazionale ai problemi della forma di governo», in Cerreto, R. (a cura di), *La democrazia italiana: forme, limiti, garanzie*, Italianieuropei, Roma.

Lupo, N. (2015), «I «governi tecnici». Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica», *Rassegna Parlamentare*, n. 1.

— e Piccirilli G. (2017), «Conclusion: «Silent» Constitutional Transformations: The Italian Way of Adapting to the European Union», in Lupo, N. e Piccirilli G. (a cura di), *The Italian Parliament in the European Union*, Hart Publishing: Oxford.

— (2018), «Il governo italiano, settanta anni dopo», *Rivista AIC*, n. 3.

Manzella, A. (2018a), «La Costituzione italiana come Costituzione «europea»: 70 anni dopo», *Nuova Antologia*, n. 3.

— (2018b), «Centralità proclamata ma difficile senza rispetto per opposizione e minoranze», *Quad. Cost*., n. 3.

Mastroianni, R. (2018), «L'art. 11 Cost. preso sul serio», *DPCE*, n. 3.

Melis, G. (2015), *La burocrazia*, III ed., Il Mulino: Bologna.

Morrone, A. (a cura di) (2015), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino.

— (2018), «I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea», *Federalismi.it*, n. 20.

Orlandi, M. A. (2014), «Decisione di bilancio e sistemi di governo nell'Europa centro-orientale», in Giovannelli, A. (a cura di), *Aspetti della* governance *economica nell'UE e in alcuni Stati dell'Unione*, Giappichelli: Torino.

Pérez Tremps, P. (1991), «Il rafforzamento dell'Esecutivo come conseguenza della integrazione nella Comunità europea», in Rolla, G. (a cura di), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Giuffré: Milano.

Piccione, D. (2011), «Anatomia di una crisi di governo», *Rassegna parlamentare*, n. 4.

Pinelli, C. (1997), «Cittadini, responsabilità politica, mercati globali», *Riv. dir. cost.*

PITRUZZELLA, G. (2014), «Crisi economica e decisioni di governo», *Quad. Cost*., n. 1.
RIVOSECCHI, G. (2012), «Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione», *Rivista AIC*, n. 3.
RUGGERI, A. (2002), «Il Governo tra vecchie e nuove regole e regolarità», in AA. VV., *Il Governo. Atti del XVI convegno annuale A. I. C., Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, CEDAM: Padova.
— (2011), «Art. 94 della Costituzione vivente: «Il governo deve avere la fiducia dei mercati» (nota minima a commento della nascita del governo Monti)», *Federalismi.it*.
— (2014), «Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita», in Costanzo, P.; Mezzetti L.; Ruggeri A. (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, IV ed., Giappichelli: Torino.
SAITTO, F. (2017), «'Costituzione finanziaria' ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo 'stato fiscale' allo 'stato debitore'», *Rivista AIC*, n. 1.
SPADARO, A. (2018a), «L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale», *Forum dei Quad. Cost*.
— (2018b), «Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al 'populismo sovranista'», *Forum dei Quad. Cost*.
STREECK, W. (2013), *Gekaufte Zeit – Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlino, Surhkamp Verlag, trad. it. *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Laterza: Roma-Bari.
TOSATO, G. L. (2013), «L'articolo 11 della Costituzione e il diritto dell'Unione europea», in Ronzitti, N. (a cura di), *L'articolo 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Editoriale scientifica: Napoli.
TRUCCO, L. (2018), «La 'non nomina' di un ministro nell'epoca dei social», *LaCostituzione.info*.
VERZICHELLI, L. (1999), *La legge finanziaria*, Il Mulino: Bologna.

EUROBONDS FOR GERMANY AND ITALY: A WIN-WIN SOLUTION

Damiano Censi*
University of Ferrara

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. 2. The Italian situation a ticking time bomb. 3. Eurobonds as a long run stability solution. 4. Conclusions. 5. Bibliographic references.

1. INTRODUCTION

Public debt is the burden over the shoulder of the Europe that is, and the Europe to come. Most of the southern European members (Spain, Italy, Portugal and obviously Greece) have an overhang level of debt largely exceeding their GDP. Consequently, is widely recognized that these economies are less resilient to shock and with less capacity to create an anticycle fiscal policy, both factors hampering the possibilities of growth (Checherita & Rother, 2010).

That on account of what analyzed by Checerita and Rother (2010) on the sample of 12 European states between 1970 and 2010. A level of debt over than 90% of GDP (but in presence of a high private debt also near the 70%) has been deleterious on the level of growth compromising long-term private sav-

* PhDs in Public Law, attending the «European Union law and national legal systems» academic course.

ing and investments, the only real shields against any looming economic shock [1].

In view of this situation, and the economic crisis of 2008, the European institutions had created the European Stability Mechanism and the so-called Fiscal Compact.

Following the concern of the governments, numerous investigations have focused their attention on the field. From one side has been addressed the efficacy of these two treaties in connection with their nature, with the former EU legislation on the theme and with the tasks performed by the Commission, the Council, and the European Court of Justice. From the other attracted much attention the nature of differentiated integration of the treaties, and its consequence in the implementation operated by the states (De Grauwe, 2016; Tosato, 2012, 681; Torres, 2010, 227; Besselink, 2012, 1; De Witte, 2012, 141). In connection also with the use of the highest legislative source, the constitutional, in order to ensure a certain level of stability, the most important difference with the former legislation, six and two pack, stability and growth pact (Stevanato, 2018; Saitto, 2016; Silvestri, 2013, 905; Bucci, 2012; Guazzarotti, 2017; Lupo, Rivosecchi, 2016, 113).

The Italian case, particularly, has shown itself crucial in order to tangle the matter. In Greece, for instance, the economic approach has been criticized as unfit for the task (Guerrera, 2012, 2; Kriakopoulus, 2015, 34). In Belgium, those fiscal rules have been too generic and with no interconnection with the national institutional system (Vandenbruwaene, 2015; Lebrun, 2015; Joos, 2012).

Hence since 2010 growth in popularity the idea of sharing the guarantee of bonds that will cover all or part of the European states' public debt. Called mainly «Eurobond», those assets will in theory give the possibilities for the creditors to obtain their investment back from all of the Euro-governments and as a result the interests and ratings of those will be respectively lower and higher for south European countries. Whereas those tools have received widespread concern and reviews from the economic and political world, with harsh discussion about their capacity to solve the present and long-term crisis, little work has been done by the legal side.

The masters of this game are however north European countries, whose reliability will be used as guarantee in order to increase the lower rating levels of the southern European ones.

[1] The reason for an economic shock to come are many. Not least the new protectionist deal in the USA, the Brexit, the risk of a Greece default, finally is endemic in the capitalist cycle as shown by the recent economic history.

In this study will be consequently developed the real question under that prologue: how a debt emission reform would be acceptable for Germany (for instance) and not seen only as a way to lower its debt rating and damaging so its how economic position?

2. THE ITALIAN SITUATION A TICKING TIME BOMB

Italian Public debt in 2016 has largely exceeded the 2 trillion of Euro, reaching nearly the 132.7% of the GDP.

The youth jobless rate in (Evans Pritchard, 2016) the south of the country is over the 50pc. Exodus of young workforce has increased again reintroducing a strong element of emigration.

Moreover, the Italian banking system is near to collapse, and the government is bounded by the EU rules to no proceed in any form of bail-in solution [2].

Consequently, the interest rate of the Italian bonds is steadily increasing, undermining all the possibility of anti-crisis investment policy together with the austerity pact signed by Italy with all the Eurozone states called Fiscal Compact.

The results suggested by those indicators are simple: either the bankruptcy of the state or a planned exit of the Euro in order to have back the monetary sovereignty (Mitchell, 2015).

Whereas the Italian situation has been extensively studied, there is not a common ground about the effects of those options for Germany.

The default of the Italian states will mean the impossibility for German's banks to receive back their 83 billion of bonds, most of them owned by Deutsche Bank already in deep troubles [3].

What is more France banks hold 300 Billion of the Italian public debt. Is clear how the risk of general collapse of the French banking system has to be considered, followed necessary by the state itself.

The snowfall effect will be, at that point, overwhelming (Samuelson, 2016).

A planned exit from euro could mean absurdly a better scenario for the other European states, with their loan changed in lira.

Nevertheless, the economic cost of Italexit will mean for Germany the exit from a common market of her fifth importer. The return of border taxation alone will mean billion lost for the locomotive of Europe. Apart from that, the

[2] Ibidem. Rules confirmed again with the creation of Fiscal Compact and ESM.
[3] http://www.bbc.co.uk/news/business-15748696 Last: 06/03/2017.

exit of a founder state of EU will undermine the union itself, with the possibility to reveal itself an open door to a massive exodus [4].

The import-export balances clearly say that Germany is the state that is receiving economically more since the creation of the EMU, and who most receive more has to loose.

3. EUROBONDS AS A LONG RUN STABILITY SOLUTION

Quoting George Soros (2013), Germany has to choose «has to understand that going back is hard and will be far more damaging that going further».

Eurobonds, in a moderately optimistic scenario, will decrease the rate of interest of the Italian's bonds meaning nearly 60 billion of euro for year saved (Jones, 2016). That will allow structural and longtime reforms, with the possibility of a reducing debt policy and long-term stability program.

What is more, the creation of Eurobonds itself is ultimately a strong tool in the hand of a central union system (Vallée, 2013) in order to control the fiscal policy of each single state.

Secondly, this new instrument will create a domino's effect of building a stronger European union with a real grip on government policy, that in turn will need a democracy-based system leaded by the European parliament, annihilating the anti-euro populist forces [5].

The downside effects for Germany is the growth in the interest rates that could vary by a figure near 0 in the most positive option, (as to say bonds backed by all the European states with joint and several guarantees [6]), to an increase of 2% [7] meaning an immediate loss of nearly 40 billion of euro for year.

However, meanwhile is not necessary to explain that a general default will outreach by far this loss, is fundamental to underline that a strong fiscal union will have a positive effects all around Europe contending and finally beating out all the negative aspects of Eurobonds for each state, particularly for Germany.

---

[4] Greece for instance will follow, with Portugal and probably even Spain.

[5] Directorate general for internal policies and policy department, «*EU Public Debt Management and Eurobonds*» ECON 2010.

[6] *What will Eurobonds cost?,* Ifo Institute, 17/8/ 2011.

[7] The actual average between all the European bonds.

Only concentrating our vision on the positive effect on the German economy of the stability of the consuming Italian market, the result would by far . overrun the increase of the financing cost due by the growing of the interest rate.

Although, is no possible to deny the switch of power into the European system that that reforms will need. Nearly risk free Eurobonds will easily be the founding stone of a new system, but a system where the single state sovereignty is by far diminished.

If that could have been the real ultimate fear of thousands of the European before the start of the crisis, after 2008, the possibility to never see the end of cyclical crisis has now to be clear for every European citizen.

On the other hand, what can be a fear for the German politician could be also their main allied.

A common source of financial revenue will mean eventually the overrun of the fiscal European division. If not in the formal way, by fact, the states ministries will be under the control of the central overseer of the agency, ministry or institution, which will manage the common debt. At the same time in order to be part of this system Italy will accept whatever compromise and legislative changes, also with a huge popular consensus.

The creation of a political ground were the democratic and political issues of the Europeans could be addressed and lead, will need a hard and long work, but still Eurobonds gives at the central European governor a powerful and final tool over the control of the peripheral economies.

Control that has since now fall in is duty [8].

4. CONCLUSIONS

This research has only lightly touched the discussion related to the pro and cons of the Eurobonds and to the situation of the Italian economy; both thesis have been widely addressed by scholars with deep and excellent research (Philippon, Hellwig, 2011; Delpla, Weizsäcker, 2010; De Grauwe, Moesen, 2009; Vallèe, 2012; Varoufakis, Holland, 2011; Bordo, Markiewicz, Jonung, 2011).

Therefor its aim has been from the beginning a specific call for the German policy makers.

Three were the main worries of those related to the Eurobonds:

[8] Is not necessary to quote the Greek default and the even worse inefficacy of the fiscal compact in reducing the PIIGS debt level.

– First, the economic downside for their own economy. As largely shown a likely default of Italy will be the greatest downside for it.

– Second, the moral hazard question (Dullien, Guerot 2012, 433-447; Aspromourgos, Rees & White, 2010 [9]). Instead of fearing a deeper engagement with the periphery countries Germany has to look at the Eurobonds as the first real tools in order to control their fiscal policy (Guazzarotti, 2018; Mostacci, 2013, 492; Chessa, 2016, 406; De Grauwe, 2013; Cesaratto, 2018 [10]).

– Third, popular consensus. Is not necessary to underline the renewal of enthusiasm in the European project that a very common sharing of responsibilities will generate in the PIGS electorate. Moreover, also the German electors would face a real and final solution for Europe with less hardness being led till the long-term outrun of it. Thought Europe, how perfectly underlined by Ritzen talking about modification in the education system (Ritzen, 2010), could help national politician to introduce deal that they were not able to sell domestically, as already done with the Fiscal Compact.

Germany must choose which future for Europe, and from the point of view of these pages, a future where a German farmer would like to live, comprehend Eurobonds with joint and several guarantees by all the Euro states.

5. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

Aspromourgos, T.; Rees, D. & White, G. (2012), «Public debt sustainability and alternative theories of interest», *Cambridge Journal of Economics*.

Besselink, L. (2012), «The Fiscal Compact and the European Consistutions: Europe Speaking German», *European Constitutional Law Review,* p. 1.

Bordo, M. D., Markiewicz, A. & Jonung, L. (2011), «A fiscal union for the euro: some lessons from history», National Bureau of economic research, Cambridge.

Bucci, G. (2012), «Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali», www.*costituzionalismo.it*, n. 3.

Cesaratto, S. (2018), «Chi non rispetta le regole? Morali e doppie morali nell'Europa dell'euro», *Dipartimento di Economia politica e statistica-Università di Siena*.

Checherita, C. & Rother, P. (2010), «The impact of high and growing government debt on economic growth an empirical investigation for the euro area», *WORKING PAPER SERIES*.

[9] About the economic background of the German ruling class

[10] Approach resumed as «austerity now, solidarity tomorrow maybe», with some underlined conflicts with the economic constitution of other member states, themes widely analyzed also from an economic point of view

Chessa, O. (2016), *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, ES: Napoli.

Claessens, S.; Mody, A., & Vallee, S. (2012), «Paths to Eurobonds», *IMF Working Papers*.

Contiades X., Tassopoulos I. (2013), «The Impact of the Financial Crisis on the Greek Constitution*», Constitutions in the Global Financial Crisis*, Ashgate, p. 195.

De Grauwe, P. (2013), «Design Failures in the Eurozone: Can they be fixed?», *LEQS Paper*, n. 57.

— (2016), «Economia dell'unione monetaria», *Il Mulino*: Bologna.

— , Moesen, W. (2009), «Gains for All: A proposal for a common Eurobond», *CEP commentary*.

De Witte, B. (2012), «Treaty Games – Law as Instrument and as Constraint in the Euro Crisis Policy», in VV. AA., *Governance for the Eurozone. Integration or Disintegration?*, FIC: Philadelphia.

Delpla, Von Weizsäcker J. (2010), «The Blue Bond proposal», *Bruegel policy brief Issue*.

Dullien, S.; Guerot, U. (2012), «The long shadow of ordoliberalism: Germany's approach to the euro crisis», *ECFR Policy Briefs*, p. 433-447.

Evans Pritchard, A. (2016), «Italy must choose between the euro and its own economic survival», *The Telegraph Business*.

Guazzarotti, A. (2017), «Sovranità e integrazione europea», *Rivista AIC*, n. 3.

— (2018), «Quanto è pluralista la «costituzione economica europea»? si prega di riformulare la domanda», *Rivista AIC*, n. 3.

Guerrera, A. (2012), «Da dove vengono i guai della Grecia», *ECONOMIA*, p. 2.

Jones, E. (2016), «The Eurobond Proposals, Comments, and Speeches, in Samuelson, R., «Why the Economic Situation in Italy Matters», Real markets, n. 1.

Joos, P. (2012), «La sixiemme reforme de l'etat », *http://www.legalworld.be.*

Kriakopoulus, I. (2015), «In the Name of the Euro: What Have the EU's Policies Achieved in Greece?», *Review of the European economic policy,* p. 34.

Lebrun, I. (2015), «What has been the damage of the financial crisis to Belgian GDP*», An assessment of the federal planning bureau*.

Lupo, N.; Rivosecchi G. (2016), «Il controllo parlamentare sulla finanza pubblica e la valutazione delle politiche euro- nazionali di bilancio», in Bergonzini, C.; Borelli, S.; Guazzarotti, A. (by), *La legge dei numeri, Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Jovene: Napoli, p. 116.

Mitchell, W. (2015), «Eurozone Groupthink and Denial on a Grand Scale», University of Newcastle: Australia.

Mostacci, E. (2013), «La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico», *Politica del Diritto*, n. 4, p. 492.

Philippon, T.; Hellwig, C. (2011), «Eurobills, not Eurobonds», *CEPR Policy portal*.

RITZEN, J. (2010), «A chance for European Universities. Or: avoiding the looming university crisis in Europe», Amsterdam University Press: Amsterdam.

SAITTO, E. (2016), «Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT», *Costituzionalismo.it*, n. 3.

SAMUELSON, R. (2016), «Why the Economic Situation in Italy Matters», *Real markets*, n. 1.

SILVESTRI, G. (2013), «Costituzionalismo e crisi dello stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, p. 905.

SOROS, G. (2013), «Eurobonds or euro-exit: the choice is Germany's», *The Guardian*.

STEVANATO, D. (2018), «Il MES tra deficit democratico e sovranità perduta», *giustizia fiscale.com*.

TORRES, R. (2010), «Incomplete crisis responses: socioeconomic costs and policy implications», *International Labour Review*, p. 227.

TOSATO, G. L. (2012), «L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro», *Rivista di Diritto Internazionale*, p. 681.

VANDENBRUWAENE, W. (2015), «Constitutional Change through Euro Crisis law», European University Institute, Published on: http://eurocrisislaw.eui.eu.

VAROUFAKIS, Y.; HOLLAND, S. (2011), «Eurobonds: not a question of 'whether' but one of 'who will issue them' and 'who will back them'», in *https://www.yanisvaroufakis.eu/2011/09/05/eurobonds-not-a-question-of-whether-but-one-of-who-will-issue-them-and-who-will-back-them/*.

PROSPETTIVE PER UNA UNIONE «SOCIALE» EUROPEA: I VINCOLI DI BILANCIO E LA GARANZIA DEI DIRITTI SOCIALI IN ITALIA

GIUSEPPE EDUARDO POLIZZI*
Università degli Studi di Pavia

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. Gli «obiettivi dimenticati» nel quadro degli obblighi internazionali e dei vincoli eurounitari. 3. La Corte costituzionale italiana, fra Stato sociale e l'equilibrio-pareggio di bilancio. Le tipologie delle decisioni e gli effetti temporali. 4. Nel merito delle questioni: dai «diritti finanziaramente condizionati», al «nucleo essenziale del diritto», alla «gerarchia mobile fra valori costituzionali». 5. L'obbligo di motivare le scelte allocative. 6. Prospettive. 7. Riferimenti bibliografici. 8. Riferimenti giurisprudenziali.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il dibattito sulla garanzia delle prestazioni sociali collegate al godimento di taluni diritti di origine legislativa, e quindi non esplicitati nel testo costituzionale, comunque riconosciuti come «servizi», affonda le radici nello Stato liberale, ove determinante fu il tema del costo e della loro compatibilità col

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Pavia.

bilancio centrale del Regno (Ferrari, 1979, 97) [1]. In effetti, nelle varie epoche di vigenza dello Statuto albertino, il finanziamento delle prestazioni sociali, sul piano dell'*an* e del *quantum*, dipese in larga misura dalla volontà del Legislatore che, in considerazione del più generale quadro macro-economico, modulò la spesa sociale funzionalizzandola agli obiettivi dello Stato liberale. Fra tali obiettivi non vi era (sul piano costituzionale) la promozione sociale della persona, che avrebbe presupposto l'adozione di una concezione sostanziale dell'eguaglianza. Infatti, lo Stato liberale era (a voler semplificare e in riferimento alla sua origine) «monoclasse» ed «elitario», fondato *ex* art. 24 Statuto albertino su una concezione meramente formale dell'eguaglianza.

In tale contesto il Legislatore ordinario non subì alcun limite costituzionale nella destinazione delle risorse finanziarie, o nell'individuazione dei livelli di governo cui imputare gli oneri finanziari: in altre parole la sua discrezionalità era libera e non vincolata da uno statuto costituzionale rigido di spesa.

Invece, l'entrata in vigore della Costituzione italiana ha inciso profondamente sul tema del finanziamento delle prestazioni collegate al godimento di taluni diritti sociali (Manzetti, 2015, Modugno, 1994, 71, Baldassarre, 1989, 30): molti servizi di epoca liberale furono elevati sul piano costituzionale a veri e propri diritti. Lo vediamo in una serie di norme volte a sancire, nel crisma della solidarietà sociale, uno specifico dovere per lo Stato di promuovere la persona in ambiti «qualificati», ove la sua dignità si esprime. Qui lo Stato «riconosce» «tutela» «agevola» «promuove» il diritto sociale affinché «la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana» (Corte cost. n. 217 del 1988, Ferrari, 1988, 842).

Nel quadro indicato, fin dall'enunciazione del principio di eguaglianza sostanziale all'art. 3, comma 2, Cost., il Costituente italiano ha indicato al Legislatore delle «piste preferenziali» per l'allocazione delle risorse finanziarie, a favore di chi subisce gli «ostacoli di ordine economico e sociale» (Carlassarre, 2015, 3; Antonini, 2017, 8, e 2018); nei confronti di tale categoria di soggetti è individuato il «compito della Repubblica» di «rimuovere» gli ostacoli anzidetti, 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».

Per garantire questa particolare attenzione ai soggetti economicamente fragili, sul punto del riparto delle competenze, allo Stato è stata devoluta, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m*, dopo la revisione per opera della legge

[1] Ferrari (1979, 97) approfondisce il tema in relazione al «servizio» istruzione dalla legge Casati del 1859 e sino alla legge Daneo-Credaro del 1911.

costituzionale 3 del 2001, la legislazione esclusiva per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che in ossequio al principio di unitarietà dello Stato italiano (*ex* art. 5 Cost.), devono essere garantiti in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale.

2. GLI «OBIETTIVI DIMENTICATI» NEL QUADRO DEGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI E DEI VINCOLI EUROUNITARI

Il quadro sommariamente accennato è la premessa per riflettere su alcuni temi di rilevanza costituzionale, primo fra gli altri quello volto all'individuazione delle attività pubbliche obbligatorie per realizzare il programma costituzionale dello «Stato sociale». Tale operazione interpretativa è ancor più ardua in un contesto, come quello attuale, in cui il governo della spesa è «irrigidito» dal cosiddetto «equilibrio di bilancio».

Sotto quest'ultimo profilo, l'ordinamento italiano si è adeguato agli impegni assunti in materia di *governance* economica europea (nello specifico dei profili riguardanti il disavanzo e l'indebitamento) mediante la revisione dell'art. 81 Cost. e degli articoli 97, 117 e 119, per effetto della legge costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1 [2]. La sostenibilità del debito pubblico è stata assunta a priorità delle politiche di integrazione europea, ed è stata perseguita con misure volte a limitare il disavanzo e l'indebitamento entro stringenti parametri economici. Vero è che lo stesso Trattato di Maastricht sul lato degli obiettivi ha posto l'attenzione fin dai suoi primi articoli (anche) alla «protezione sociale», al «miglioramento della qualità della vita», alla «coesione economica e sociale» e, inoltre, alla «solidarietà tra gli Stati membri». Purtuttavia tali obiettivi hanno subito nel corso del tempo una sorta di flessione, a favore di quelli legati al contenimento della spesa pubblica (Buzzacchi, 2005; Pérez, 2002, 1000; Tosato & Basso, 2007, 38; Brancasi, 2012, 108-110; Tosato, 2015, 12).

Riguardo «il governo delle uscite», l'art. 81 Cost. riformato, in combinato disposto con l'art. 3, comma 5, legge n. 243 del 2012, ha prescritto un sistema «rigido» sul piano dell'*an* e del *quantum* della spesa sociale: il ricorso al debito deve essere ora giustificato dalla necessità di attivare politiche anticicliche, sì da consentire misure temporane *una tantum* o politiche di investimento (Buzzacchi, 2015, 65; Scaccia, 2013; Dirkmann, 2012, 10; Bilancia, 2012, 2-3; Brancasi, 2012, 8).

[2] Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione.

Un aspetto che si segnala fin da subito riguarda l'impossibilità, allo stato attuale, di indebitamento del bilancio per (almeno) finanziare i livelli essenziali della spesa sociale. Purtuttavia, occorrerebbe riflettere se fosse possibile qualificare, in talune ipotesi e senza compromettere gli equilibri di bilancio, la spesa sociale come «spesa di investimento», almeno quando è volta a proteggere l'ambito inviolabile della dignità umana. Con una suddetta qualifica sarebbe sottratta ai parametri di spesa definiti dopo la revisione del 2012 dall'art. 81 Cost. e agli obblighi scaturenti da altri trattati internazionali (come il cosiddetto *Fiscal compact*); al contempo, agevolerebbe la realizzazione degli obiettivi del mercato unico posti dal Trattato di Maastricht del 1991, riferibili allo Stato sociale, che comportano il dovere/obbligo di intervenire a tutela della dignità della persona, in un'ottica di eguaglianza sostanziale, negli ambiti ove questa si esprime.

3. LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA, FRA STATO SOCIALE E L'EQUILIBRIO-PAREGGIO DI BILANCIO. LE TIPOLOGIE DELLE DECISIONI E GLI EFFETTI TEMPORALI

La Corte costituzionale italiana in diverse decisioni ha cercato di individuare il «punto di equilibrio» fra i beni di rilievo costituzionale coinvolti dal tema della garanzia dei diritti sociali [3].

Nel quadro delle tipologie di pronunce in materia di sostenibilità finanziaria delle prestazioni sociali, la Consulta ha frequentemente deciso per l'inammissibilità della questione (Carosi, 2016 e 2018, 26). Pare emergere la volontà di non invadere l'ambito riservato alla discrezionalità del Legislatore

[3] Giusto per accenni: il bene giuridico protetto dal pareggio di bilancio è l'interesse finanziario dello Stato, inteso come sistema di moneta e di obbligazioni pecuniarie che costituiscono la provvista del funzionamento della Repubblica (Sucameli, 2017, 15). L'art. 81, comma 1, Cost. afferma che lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle diverse fasi –avverse o favorevoli– del ciclo economico; al secondo comma è ammesso il ricorso all'indebitamento, fuori dai limiti indicati, al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e al verificarsi di eventi eccezionali, consistenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge costituzionale 1 del 2012, in gravi recessioni economiche, crisi finanziarie e gravi calamità naturali. Il ricorso all'indebitamento straordinario in deroga dev'essere autorizzato da entrambe le Camere a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti. A corredo del principio del pareggio di bilancio, il terzo comma dell'articolo 81 prevede che ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri –ivi inclusa la legge di bilancio– deve indicare i mezzi per farvi fronte. Il quarto comma sancisce il principio dell'annualità del bilancio e del rendiconto consuntivo, che devono essere presentati dal Governo e approvati dalle Camere; mentre al quinto comma è prevista la possibilità dell'esercizio provvisorio per un periodo non superiore complessivamente a quattro mesi. Infine, il sesto comma demanda a una apposita legge rinforzata la definizione del contenuto della legge di bilancio, delle norme fondamentali e dei criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese, nonché la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni.

e l'assenza di «rime obbligate» impedisce di decidere con una sentenza di tipo addittivo (Corte cost. n. 155 del 2015, *Considerato in diritto*, 7.1.).

In alcune altre decisioni, sul piano temporale, in deroga al principio generale della retroattività della sentenza di accoglimento [4], gli effetti dell'incostituzionalità sono stati modulati eccezionalmente *ex nunc* e non *ex tunc*: centrale è il tema del «costo» conseguente agli effetti della declaratoria di incostituzionalità. Significativa è la sentenza n. 10 del 2015 (Picchi, 2017, 3) dove in materia di addizione Ires per le aziende petrolifere ed energetiche, la Corte argomenta la deroga al principio di retroattività in ragione dell' «impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale». La rimozione *ex tunc* delle norme incostituzionali avrebbe reso necessaria una nuova manovra finanziaria, impattante sui beni giuridici già lesi dalla norma incostituzionale, e in particolare sulla dignità e l'eguaglianza, sì che la deroga al principio di retroattività si palesava come «costituzionalmente necessaria».

Ciò a ben vedere non ha segnato un orientamento costante: lo stesso anno, infatti, la Corte costituzionale si è pronunciata nel senso di dichiarare retroattivi gli effetti della sentenza di accoglimento della questione di legittimità costituzionale su talune norme restrittive di prestazioni pubbliche: il riferimento è alla sentenza n. 70 del 2015 (Anzon Demming, 2015, 155, Ceccanti, 2015), in materia di trattamenti pensionistici INPS tre volte superiori la «soglia minima». Probabilmente, la Corte costituzionale torna alla regola degli effetti *ex tunc* in ragione del monito (non ascoltato) dal Legislatore, contenuto nel suo precedente n. 316 del 2010 (Corte cost. n. 70 del 2015, Considerazioni in diritto 9, Corte cost. n. 316 del 2010) [5]. In tale pronuncia, peraltro, la Consulta sottolinea l'inadeguatezza delle motivazioni del Legislatore sottostanti alla decisione di comprimere la spesa per il trattamento pensionistico, giacché riferite in via generale alla «contigente situazione finanziaria» [6].

In ragione di tali elementi, nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale di talune delle norme impugnate, sancisce il diritto dei pensionati «a una prestazione previdenziale adeguata» (Corte cost. n. 70 del 2015, Considerazioni in diritto 4, ult. cpv.) [7].

---

[4] Cfr. art. 136 Cost. e art. 30 della legge 11 marzo 1953 n. 87, Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale.

[5] Cfr. Id., 4, ult. cpv.

[6] Cfr. Id., punto 9, terz'ultimo cpv., Corte cost. 316 del 2010.

[7] Cfr. Id. punto 9, ultimo cpv., Corte cost. 316 del 2010.

4. NEL MERITO DELLE QUESTIONI: DAI «DIRITTI FINANZIARAMENTE CONDIZIONATI», ALLA «GERARCHIA MOBILE FRA VALORI COSTITUZIONALI»

Volgendo al merito di alcuni profili delle questioni sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale (D'Amico & Biondi, 2017, Gambino, 2015, Ciolli, 2012), un risalente filone giurisprudenziale definisce i diritti sociali come «finanziariamente condizionati», dipendenti quindi dalla determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi definiti dal Legislatore ordinario (Merusi, 1990, 30-31). In altre parole, ragioni di natura finanziaria possono giustificare il mancato soddisfacimento di un diritto le cui prestazioni «costano», per quanto il diritto sia di rango costituzionale (Luciani, 2016, 7). La sentenza n. 455 del 1990 è indicativa di tale filone: la Consulta dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, primo e secondo comma, della legge della Provincia autonoma di Trento n. 6 del 1983, nella parte in cui prevede che la spesa per le prestazioni nei confronti degli anziani «non autosufficienti» possa essere subordinata a esigenze di bilancio. In motivazione si legge che condizionare il godimento di un diritto sociale alle risorse finanziarie comporta l'attuazione graduale della tutela di un determinato bene, a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per l'attuazione [8].

Tale pronuncia ruota intorno al principio di gradualità nel soddisfacimento dei diritti sociali, per cui un diritto è garantito solamente se vi sono risorse finanziarie disponibili (Ciolli, 2012). Per tale via sono posti sullo stesso piano gerarchico due beni: da un lato, quello al soddisfacimento del diritto sociale, da altro lato, quello della copertura finanziaria. Da tale bilanciamento, afferma la Corte, è legittimo che la scelta (discrezionale) del Legislatore di finanziarie le prestazioni collegate ai diritti sociali sia condizionata dalla loro sostenibilità in termini di risorse organizzative ed economiche (Corte cost. n. 509 del 2000, Considerazioni in diritto, 4). Si è parlato a tal proposito di «riserva del possibile e del ragionevole» (Pinelli, 2012, 269), per cui compito del Legislatore è graduare l'attuazione dei diritti sociali con gli altri valori costituzionali (e fra questi vi è l'interesse finanziario che presidia «il governo delle uscite»).

La dottrina italiana ha criticato tale impostazione: fra le motivazioni v'è quella per cui condizionare il godimento dei diritti sociali alle risorse finanziarie significherebbe subordinare l'istanza di eguaglianza (collegata al loro godi-

[8] Cfr. ancora Id., Considerato in diritto 3.

mento) alle risorse finanziarie disponibili (Giorgis, 1999, 176, Corso, 1981, 755); peraltro così si opererebbe un bilanciamento «eguale» fra il godimento dei diritti sociali e i vincoli di bilancio, nondimento è osservato che il fine (garanzia del diritto sociale) non può essere messo sullo stesso piano dei mezzi (risorse disponibili) (Carlassarre, 1995, 38; Pinelli, 1994, 548). Si è altresì affermato che le ragioni finanziarie hanno un carattere recessivo rispetto alla tutela dei diritti, seppure nel rispetto del principio di proporzionalità e non eccessività e ferma la possibilità, in momenti di crisi economica, di interventi riduttivi e regressivi della spesa pubblica (Luciani, 1995, 127 e 1990, 378).

Sul finire degli anni Novanta emerge un limite al bilanciamento stante nella garanzia del «nucleo essenziale» del diritto sociale, «ambito inviolabile della dignità umana» (Corte cost. n. 309 del 1999, Considerato in diritto, 3). Sicché dal bilanciamento deve essere escluso tutto quanto di quella dignità è espressione. Di difficile soluzione appare l'individuazione delle prestazioni che integrano il nucleo essenziale, che può essere sì definito normativamente (attraverso i livelli essenziali delle pretazioni) ma che, dalla disamina della giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile, dipendono (anche) dalle circostanze del caso concreto (Corte cost. numeri 203 del 2008, 271 del 2008, 341 del 2009)[9].

Di recente, in coerenza rispetto l'attenzione espressa nei confronti di talune categorie di soggetti (il riferimento è alle persone con disabilità) la Corte costituzionale ha affermato che le esigenze di bilancio retrocedono di fronte alla garanzia delle prestazioni pubbliche necessarie all'inclusione degli alunni/studenti disabili a scuola. Pare emergere l'impostazione teorica della cosiddetta «gerarchia mobile» fra i diritti per cui questi sono in reciproca integrazione e spetta al Legislatore individuare, di volta in volta, un ragionevole punto di equilibrio. In materia di diritto all'istruzione delle persone con disabilità, con la sentenza n. 275 del 2016 (Gambardella, 2017, 74, Furno, 2017), la Corte costituzionale ha riconosciuto che il servizio di trasporto scolastico è espressione del diritto di istruzione, tutelato dall'art. 34 Cost: il ragionamento ruota attorno all'istanza di eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, comma 2, Cost. per cui in un ordinamento pluralistico è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli economici e sociali al pieno godimento dei diritti. Sicché non v'è un diritto «tiranno», un «diritto architrave», che debba avere netta prevalenza o primato su altri diritti, piuttosto fra i diritti v'è, come si diceva poc'anzi, una sorta di reciproca integrazione.

[9] Il riferimento è ad esempio alle sentenze della Corte cost. 13 giugno 2008, n. 203, in *Giur. cost.* 2008, 2304; 10 luglio 2008, n. 271, in *Giur. cost.* 2008, 3049; 30 dicembre 2009, 341 in *Giur. cost.* 2009, 5075.

5. L'OBBLIGO DI MOTIVARE LE SCELTE ALLOCATIVE

Su queste premesse si può accennare, seppur con brevità, al complesso dibattito sul controllo delle scelte in ordine alla destinazione delle risorse finanziarie da parte del Legislatore.

In recenti pronunce, infatti, il Giudice delle leggi ha ampliato il proprio scrutinio sino all'istruttoria della legge, per valutare la ragionevolezza della scelta allocativa del Legislatore, indagata sul piano della *ratio legis*, e non (soltanto) su quello dell'*occasio legis*.

Ad esempio con la sentenza n. 188 del 2016 (come nel suo precedente, sentenza n. 155 del 2015) centralità assume l'attività istruttoria del Legislatore da cui deriva la scelta allocativa di cui alla norma impugnata (Pepe, 2015). Che un obbligo di «motivazione della legge» sussista è stato oggetto di critiche da parte di chi ne ha negato l'esistenza nell'ordinamento italiano (Anzon Demming, 2015), in ragione peraltro della natura libera della politica (Morrone, 2015, Vespignani, 2015, 221).

Ad ogni modo, nell'ordinamento paiono esservi alcuni riferimenti volti a rendere obbligatoria l'istruttoria della legge. Ad esempio l'art. 7 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica) al primo comma afferma che: «L'impostazione delle previsioni di entrata e di spesa dei bilanci delle amministrazioni pubbliche si conforma al metodo della programmazione». Il Legislatore deve quindi compiere una profonda attività istruttoria volta a individuare i tempi, gli obiettivi e le ragioni che hanno comportano la selezione di opzioni allocative in entrata (nuovi/maggiori oneri fiscali) e in uscita (*an* e *quantum* della spesa sociale). Sotto analoga prospettiva il successivo art. 19, comma 2, afferma che le norme con effetti finanziari innovativi a carico della finanza delle Regioni e della finanza di altre amministrazioni pubbliche devono essere corredate da particolare istruttoria, per dimostrare la loro compatibilità con il complessivo equilibrio dei bilanci partecipanti al consolidato pubblico. In virtù della violazione di tale obbligo, nella sentenza n. 188 del 2016, la Corte costituzionale ha pronunciato l'incostituzionalità delle norme regionali impugnate, volte al taglio dei trasferimenti dallo Stato alle Province, con riferimento a generiche esigenze di bilancio.

Un obbligo di istruttoria è comunque desumibile per la legge del Parlamento, come dispone l'art. 72, comma 1, Cost., dove è affermato l'obbligo di assegnare un disegno di legge prima alla Commissione competente e dopo al *plenum* della Camera. Ciò a sottolineare l'esigenza che le scelte del Legislatore siano trasparenti, anche in ottica democratica (Carosi, 2018) e, nell'ambito della propria discrezionalità, sottoponibili al giudizio di ragionevelezza da

parte della Corte costituzionale. Una prospettiva che consente al giudice costituzionale di valutare se il legislatore ha orientato la sua discrezionalità al testo costituzionale, il quale indica infatti delle «piste preferenziali» e altre «obbligatorie» per l'allocazione delle risorse finanziarie, in ossequio ai doveri di solidarietà sociale, di eguaglianza e di dignità.

In definitiva nell'operare le scelte di allocazione delle risorse finanziarie, il Legislatore deve seguire le priorità costituzionali, e deve graduare il suo intervento in ragione di quella spesa considerata «costituzionalmente necessaria» (Antonini, 2017, 8, e 2018).

Emerge, dal quadro considerato, che «non tutti i capitoli di bilancio sono uguali» (Pace, 2013), dato che alcuni sono assistiti da norme costituzionali, e sono preposti al raggiungimento dei fini qui individuati: «La legge, infatti, «vincolata ai fini costituzionalmente imposti», trova in quei fini un vincolo non soltanto negativo ma positivo: oltre a non contraddirli, è tenuta a svolgerli e a realizzarli» (Pace, 2013).

6. PROSPETTIVE

Una prospettiva offerta per migliorare la garanzia dei diritti sociali potrebbe derivare dal rafforzamento dello *status quo* della Carta sociale europea (CSE), la cui mancata incorporazione nel diritto UE è indicata fra le motivazioni per cui gli obiettivi sociali tracciati fin dal Trattato di Maastricht, nel tempo, hanno subito una sorta di flessione (sino a far parlare la dottrina di «obiettivi dimenticati») (De Schutter, 2016).

La giurisprudenza della Corte di giustizia, da un lato, ha riconosciuto alle norme della Carta sociale il valore di principio, nel diritto sociale dell'Unione europea, ma, da altro lato, ha negato che queste potessero essere applicate direttamente, affermando che al più potessero essere utilizzare come canone di interpretazione di altre norme europee e internazionali (Corte di Giustizia UE, cause C-116/06, *Kiiski* e C-268/06, *Impact*). Similmente, la giurisprudenza costituzionale italiana ha richiamato le norme della CSE come parametro di interpretazione della legge e non come parametro interposto di costituzionalità (Corte cost. n. 46 del 2000, Considerato in diritto, 5 ult. cpv., Corte cost. n. 178 del 2015, Considerazioni in diritto, 16 quarto cpv.).

Nondimeno, di recente, la Corte costituzionale ha ammesso le norme della Carta sociale europea fra i parametri interposti di legittimità costituzionale della legge.

Con la sentenza n. 120 del 2018 pronunciandosi sulla legittimità costituzionale del divieto per i militari di costituire associazioni a carattere sindacale, la Corte ha dichiarato l'illegittimità del divieto lamentando la violazione *anche* dell'art. 5 della Carta sociale europea (Monaco, 2018). L'innovatività di tale pronuncia risiede nel fatto che l'art. 5 cit. è stato ricondotto fra i parametri interposti di costituzionalità, al pari dell'art. 11 CEDU. Si è dunque dato seguito a quelle posizioni della dottrina che riconoscevano alle norme della CSE la funzione di «completare» l'assetto di tutela del diritti tracciato dalla CEDU: «Se quest'ultima, infatti, ha inteso costituire un 'sistema di tutela uniforme' dei diritti fondamentali civili e politici (sentenza n. 349 del 2007), la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo» (Corte cost. n. 120 del 2018, Considerato in diritto, 10.1. primo cpv., Spadaro, 2011, 14).

Sull'ammissione delle norme CSE fra i parametri di legittimità costituzionale la Consulta si è pronunciata con una sentenza successiva, la n. 194 del 2018 (l'idennizzo nel cosiddetto *Jobs Act*), ove ha confermato le novità introdotte con la precedente n. 120 del 2018: ancora una volta le norme della CSE sono state utilizzate coma parametro interposto di legittimità costituzionale della legge.

Sul piano legislativo, si è aperta così la porta alla «positivizzazione comunitaria della CSE», come auspicato da tempo dalla dottrina italiana e spagnola; paiono esservi diversi elementi, fra questi alcuni fattuali, stanti nella necessità di contrastare i movimenti ostili all'Unione europea, affinché le sue norme siano recepite nei Trattati UE, «esattamente allo stesso livello dell'adesione fatta nel Trattato di Lisbona per la CEDU» (Spadaro, 2011, 14), sì da offrire al *demos* europeo un elemento di «appartenenza» nei livelli qualitativi e quantitivi dei diritti sociali (De Schutter, 2016, 18-20).

Tale processo dovrebbe essere seguito dalla revisione in senso giurisdizionale del Comitato europeo dei diritti sociali, per colmare il *deficit* di protezione giuridica dei diritti *ex* CSE rispetto ad altri diritti (fondamentali) (Spadaro, 2011, 14), come quelli di cui alla CEDU. Questo tema è di particolare rilevanza quando i livelli di tutela offerti dalla Carta sociale europea sono più favorevoli di quelli individuati in altre enunciazioni di diritti fondamentali [10].

[10] Per una comparazione fra i livelli di tutela offerti dalla Carta sociale europea e quelli offerti dalla Carta fondamentale dell'UE, ove è messo in evidenza il miglior livello di tutela offerto dalla prima rispetto alla seconda, vedi ancora De Schutter (2016, 18-20).

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Anzon Demmig, A. (2015), «Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario», *Giurisprudenza costituzionale*, 1.

Antonini, L. (2017), «Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte», *Federalismi*, 22.

— (2018), «Conversación sobre las constituciones italiana y española», relazione tenuta al Seminario italo-spagnolo IV Congresso internazionale *Prospettive del costituzionalismo contemporaneo. In occasione del 70° anniversario della Costituzione italiana e del 40° anniversario della Costituzione spagnolo*, 28-30 novembre 2018, Università di Murcia.

Baldassarre, A. (1989), «Diritti sociali», *Enciclopedia giuridica*, XI.

Brancasi, A. (2012), «Le nuove regole di bilancio», in Chiti, M. P. & Natalini, A. (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna.

— (2012), «L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione», in *Quaderni costituzionali*, 1.

Bilancia, F. (2012), «Note critiche sul c.d. «pareggio di bilancio»», *Rivista AIC*, 2.

Buzzacchi, C. (2005), *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale. Il percorso comunitario*, Giuffrè editore, Milano.

Carlassarre, L. (1995), «Forma di Stato e diritti fondamentali», *Quaderni costituzionali*, 1.

Carosi, A. (2016), «Prestazioni sociali e vincolo di bilancio. Incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo 7 ottobre 2016», pubblicato sul sito della Corte costituzionale italiana.

— (2018), «Il principio di trasparenza nei conti pubblici», *Rivista AIC*, 3.

Ceccanti, S. (2015), «Una sentenza che lascia due seri motivi di perplessità», *Federalismi*, 10.

Ciolli, I. (2012), *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne editrice, Roma.

— (2012) «I diritti sociali al tempo della crisi economica», *Costituzionalismo.it*, 3.

Corso, G. (1981), «I diritti sociali nella Costituzione italiana», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1.

D'Amico, M. & Biondi, F. (2017), *Diritti sociali e crisi economica*, FrancoAngeli, Milano.

De Schutter, O. (2016), «Direzione generale politiche interne. Unità tematica: diritti dei cittadini e affari costituzionali», *La Carta sociale europea nel contesto dell'attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Unione europea. Pubblicato sul sito www.europarl.europa.eu.

Dirkmann, R. (2012), «Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea», *Federalismi*, 10.

FERRARI, G. F. (1979) *Stato ed enti locali nella politica scolastica: l'istituzione delle scuole da Casati alla vigilia della riforma Gentile,* Cedam, Padova.

— (1988), ««Diritto alla casa» e interesse nazionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1.

FURNO, E. (2017), «Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili», in *Nomos-Le attualità del diritto*, 1.

GAMBARDELLA, F. (2017), «Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale», in *Nomos-Le attualità del diritto*, 1.

GAMBINO, S. (2015) (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Dossier IV.

GIORGIS, A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli.

LUCIANI, M. (1990), «Economia nel diritto costituzionale», *Digesto discipline pubblicistiche*, V.

— (1995), «Sui diritti sociali», in AA. VV., *Studi in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, vol. II, Cedam, Padova.

— (2016), «Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale», *Rivista AIC*, 3.

MANZETTI, V. (2015), «La tutela dei Diritti sociali nello «Stato delle crisi», relazione al Convegno *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Camera dei deputati, 12-13 maggio 2015» pubblicata sul sito internet *Nomos-Le attualità del diritto*, consultato il 21 ottobre 2018.

MERUSI, F. (1990), «I servizi pubblici negli anni 80», in AA. VV., *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna.

MODUGNO, F. (1974), *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino.

— (2007), *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli.

MONACO, G. (2018), «Il vincolo degli obiettivi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità delle leggi», *Forum costituzionale*.

MORRONE, A. (2015), «Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale», *Federalismi*, 10.

PACE, A. (2013), «Il diritto all'istruzione in tempi di crisi», *Astrid-Rassegna*, 4.

PEPE, C. (2015), «Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015», *Forum quaderni costituzionali*, 5.

PEREZ, R. (2002), «Il Patto di stabilità e crescita: verso un Patto di flessibilità?», *Giornale di diritto amministrativo*, 9.

PICCHI, M. (2017), «Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare», *Osservatorio delle fonti*, 3.

Pinelli, C. (1994), «Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario», in Ruggeri, A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino.
— (2012), «Diritti costituzionali e condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario», in Id., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Editoriale scientifica, Napoli.
Scaccia, G. (2013), «L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei», *Osservatorio delle fonti*, 2.
Spadaro, A. (2011), «I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile», *Rivista AIC*, 4.
Sucameli, F. (2017), «La «iurisdictio» contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica dell'attuazione «domestica» del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio», *Federalismi*, 21.
Tosato, G. L. & Basso, R. (2007), *L'unione economica e monetaria, Aspetti giuridici e istituzionali. Studio introduttivo e materiali di base*, Giappichelli, Torino.
Tosato, G. L. (2015), «L'impatto della crisi sulle istituzioni dell'Unione», in Bonvicini G.; Brugnoli F. (a cura di) *Fiscal Compact*, Edizioni Nuova Cultura, Roma.
Vespignani, L. (2015), «Measure for measure. Osservazioni sulla motivazione delle leggi a margine della sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale», *Stato*, 4.

8. RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 217.
Corte cost. 16 ottobre 1990, n. 455.
Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309.
Corte cost. 7 febbraio 2000 n. 46.
Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509.
Corte cost. 13 giugno 2008, n. 203.
Corte cost. 10 luglio 2008, n. 271.
Corte cost. 30 dicembre 2009, n. 341.
Corte cost. 11 novembre 2010, n. 316.
Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10.
Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70.
Corte cost. 15 luglio 2015, n. 155.
Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178.
Corte cost., 16 dicembre del 2016, n. 275.
Corte cost. 13 giugno 2018, n. 120.
Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194.
C-116/06, *Kiiski*
C-268/06, *Impact*

IL PRINCIPIO DI EQUILIBRIO FINANZIARIO E I VINCOLI DI BILANCIO: L'IMPATTO DELLE POLITICHE FISCALI EUROPEE SUI DIRITTI SOCIALI

Antonio Tipaldi
Università degli studi di Salerno

SOMMARIO: 1. Vincoli di bilancio e giustizia costituzionale europea: il dialogo tra le Corti. 2. Il «contrasto» tra il principio dell'equilibrio di bilancio e la tutela dei diritti sociali. 3. L'orientamento della giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola: Corte costituzionale sent. 275/2016 e Tribunal constitucional sent. 215/2014. 4. Riferimenti bibliografici.

1. VINCOLI DI BILANCIO E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE EUROPEA: IL DIALOGO TRA LE CORTI

Come Hemingway nel suo racconto «Il vecchio ed il mare» descrive l'endemico conflitto per la sopravvivenza tra il vecchio pescatore e la sua forte e giovane preda, così il conflitto tra la Consulta e la più giovane Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) nasce dal timore che la prima ha sempre nutrito nei confronti della giurisprudenza europea, ritenuta in grado di minare, se pur in modo indiretto, l'ordine gerarchico nazionale al cui vertice essa è posizionata. La struttura piramidale propria del nostro ordinamento mal si adatta al contesto sovranazionale, dove il criterio gerarchico lascia il posto,

soprattutto all'indomani del Trattato di Amsterdam, ad un diverso sistema, c.d. *multilevel costitutionalism* [1], non dotato di uno scheletro piramidale, bensì reticolare, volto a facilitare la creazione e lo sviluppo di strumenti di cooperazione fra gli ordinamenti nazionali, al fine di ottenere soluzioni giuridiche condivise.

Tale sistema ha trovato compiuta realizzazione con il riconoscimento della tutela previsto dalla CEDU in materia di diritti fondamentali. Circa i rapporti tra CEDU e costituzioni nazionali, la Consulta si è mostrata riluttante ad abbracciare l'idea che Convenzione e Costituzione possano interagire ed essere interpretate reciprocamente, ad un livello per così dire paritario; al contrario ha esteso e rafforzato i confini della propria competenza, che non si limita a giudicare eventuali contrasti fra norme interne e Convenzione europea, ma anche la compatibilità delle norme di quest'ultima con i principi informatori dell'intera Costituzione. Per tal via, risulta sminuita la portata degli artt. 2, 10 e 11 Cost, che sembrerebbero assegnare ai trattati internazionali, e dunque alla CEDU, una posizione equiordinata alle norme costituzionali interne in materia di diritti fondamentali. In altri termini la Consulta, pur riconoscendo la funzione interpretativa della Corte EDU, cui spetta l'ultima parola, non attribuisce alla Convenzione copertura costituzionale, vale a dire che la CEDU non riceve lo stesso trattamento spettante ai trattati concernenti la condizione giuridica dello straniero di cui all'art. 10, comma 2, cost. ed ai Trattati UE, ricondotti al successivo art. 11 cost. In particolare i giudici della Corte Costituzionale ritengono che l'articolo 11 della Costituzione non possa disciplinare il rapporto tra l'ordinamento interno e la CEDU, perché aderendo a tale Convenzione, l'Italia non ha acconsentito ad alcuna limitazione di sovranità a favore della CEDU.

La giurisprudenza costituzionale ha, invece, identificato nell'articolo 117, comma 1, Cost. la norma che contiene le disposizioni che regolano il rapporto tra ordinamento interno e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; tale disposizione sancisce che il legislatore nazionale deve rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, ai quali vengono ricondotti gli obblighi che promanano dall'adesione alla CEDU. L'articolo 117 della Costituzione è un esempio di «rinvio mobile ad una fonte» [2], poiché esso è integrato dalle norme CEDU, le quali rappresentano delle «norme interposte», che trovano la loro collocazione nella gerarchia delle fonti interne a metà strada tra norme di rango ordinario e norme

[1] Per un approfondimento si veda Pernice (1999, 703); D'Ignazio (2011).
[2] Per un approfondimento si veda Novelli (2012, 100).

della Costituzione, in quanto sono dotate di una maggiore forza di resistenza rispetto alle leggi ordinarie, ma sono comunque gerarchicamente inferiori alle norme costituzionali.

La diffidenza, e talvolta la aperta ostilità, della nostra corte avverso le disposizioni comunitarie ha reso contorto il dialogo, – o meglio il conflitto – tra corti municipali e corti europee, anche sul tema specifico della tutela dei diritti fondamentali, complice anche la mancanza di un vero e proprio decalogo dei *fundamental rights* nel contesto sovranazionale. Con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nota come Carta di Nizza, 2000), incorporata nel Trattato di Lisbona nel 2007, il problema del contrasto tra regole comunitarie e regole nazionali è stato risolto nei seguenti termini: ove le norme europee abbiano efficacia diretta orizzontale [3], vale a dire siano sufficientemente dettagliate per trovare applicazione nei rapporti inter privati, senza necessità di un intervento attuativo del legislatore interno, il giudice nazionale potrà disapplicare la norma interna contrastante con il diritto comunitario.

Un atteggiamento radicalmente diverso nel dialogo tra Carte e Corti si rinviene in maniera esplicita nella trattazione delle situazioni giuridiche aventi contenuto economico- finanziario e strettamente legate al pieno riconoscimento dei diritti sociali nell'ambito delle moderne costituzioni pluraliste [4] come quella italiana e spagnola. Al riguardo non va sottovalutata la possibilità di eventuali sinergie dialettiche tra le Corti Costituzionali dei paesi membri e la Corte di giustizia UE, anche, in materia di regole di bilancio, pur se confinate nell'ambito della possibilità di intervento prevista all'art. 8 del Fiscal Compact [5], il quale regola le possibilità d'intervento della Corte di Lussemburgo nella citata materia economico-finanziaria [6]. Nonostante la debolezza politica di molti Paesi dell'UE, aggravata dalla crisi economica che a fasi alterne attanaglia e condiziona le economie nazionali, ivi inclusa quella italiana, il nostro ordinamento si è sottratto agli stringenti vincoli degli accordi internazionali in materia di bilancio.

---

[3] Per un approfondimento si veda Lipari (2003, 125).

[4] Per un approfondimento si veda Zagrebelsky, Marcenò (2012, 50).

[5] Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione Europea firmato da 25 paesi il 2 marzo 2012, fra i suoi punti più significativi vanno evidenziati: l'inserimento del principio di pareggio di bilancio (cioè un sostanziale equilibrio tra entrate e uscite) di ciascuno Stato in «disposizioni vincolanti e di natura permanente, preferibilmente costituzionale» (art.8); il vincolo dello 0,5 di deficit «strutturale» (quindi non legato a emergenze) rispetto al PIL; l'obbligo di mantenere al massimo al 3% il rapporto tra deficit e PIL, già previsto da Maastricht; per i paesi con un rapporto tra debito e PIL superiore al 60% previsto da Maastricht, l'obbligo di ridurre il rapporto di almeno 1/20esimo all'anno, per raggiungere quel rapporto considerato «sano» del 60%.

[6] Per un approfondimento si veda Tosato (2013,).

Attraverso lo scivolo della teoria dei controlimiti, la Corte costituzionale è riuscita a creare, e preservare, una via di uscita nel processo di progressiva integrazione giuridica tra i sistemi e gli ordinamenti giuridici sovranazionali, europei e internazionali [7]. Sin dagli anni settanta la Corte, pur riconoscendo il primato della legislazione UE su quello interno, ha sempre ribadito nelle sue sentenze il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento e dei diritti inalienabili della persona [8]. All'indomani della costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio, avvenuta nel 2012 con la modifica dell'art. 81, in analoghi termini si è espressa con la sentenza n. 30/2015, nella quale reclama per sé il compito «di verificare la compatibilità con i principi fondamentali e con i diritti inviolabili della persona», che costituiscono gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale.

Chiaramente in periodi di recessione economica si è reso necessario considerare la sostenibilità del welfare come un valore di rango costituzionale, atteso che uno Stato privo di mezzi economici è uno Stato incapace di tutelare, concretamente, i diritti sociali [9]. La questione dell'impatto delle misure economico-finanziarie sollecitate dall'Europa sul sistema del welfare italiano, ed in particolare sui diritti di seconda generazione tra cui i diritti sociali, ha caratterizzato il dibattito giuspolitico italiano.

Sul piano squisitamente politico il confronto circa il contenuto da dare alla Costituzione è sfociato in un conflitto circa la reale attuazione di quel contenuto, vale a dire sulla scelta, rimessa alla discrezionalità politica, dell'ordine e dell'intensità di realizzazione concreta delle diverse previsioni costituzionali, pur con l'onere di non dimenticarne nessuna; sul piano giuridico è il bilanciamento, se pur a volte definito ineguale, l'unico strumento attraverso cui princìpi diversi trovano, contestualmente, totale o parziale attuazione nella regola di volta in volta sancita dal legislatore o dal giudice.

Tali princìpi sono destinati a limitarsi reciprocamente creando nel nostro sistema costituzionale la possibilità di raggiungere sempre nuovi e diversi punti di equilibrio; spetterà pertanto al legislatore scegliere, di volta in volta, quello più rispondente ai rapporti di forza (politici, economici e sociali), sempre mutevoli, che in un dato momento insistono nella società [10]. Tuttavia la discrezionalità del legislatore nel maneggiare la tecnica del bilanciamento [11] trova un

[7] Per un approfondimento si veda Luciani (2013).
[8] Cass. n. 183/1973.
[9] Per un approfondimento si veda Coletta (2014).
[10] Per un approfondimento si veda Pallante (2018).
[11] Sul tema del bilanciamento si veda Morrone (2014).

limite invalicabile, che la scienza giuridica ha definito nocciolo duro, soglia invalicabile, elemento incomprimibile ovvero quello del non totale annullamento di un diritto, nella sua intima essenza, per favorire la totale espansione di un altro, se pur in quel dato momento storico-politico all'apparenza preponderante. Tutto ciò è ben delineato dalla Corte costituzionale nelle sentenze 264/2012 e 85/2013 ove si afferma, rispettivamente, che è compito della Corte costituzionale proteggere la Costituzione quale un insieme unitario ed assicurare una tutela sistemica e non frazionata di tutti i diritti e i princìpi in essa contenuti; che a voler diversamente ritenere si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe *tiranno* nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette e che per tale motivo, la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi.

2. IL CONTRASTO TRA IL PRINCIPIO DELL'EQUILIBRIO DI BILANCIO E LA TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI

In tema di misure di riduzione dei diritti di prestazione, la Corte Costituzionale, nel rispetto delle prerogative del legislatore, ha posto l'accento sul rispetto dei principi della ragionevolezza e della salvaguardia del nucleo essenziale dei diritti costituzionalmente tutelati. Invero, il concetto di nucleo essenziale dei diritti è per sua natura sfuggente, inafferrabile, e va riempito di contenuto caso per caso. Nel corso del tempo, la Corte si è, dapprima, preoccupata di estendere la tutela dei diritti sociali anche attraverso sentenze *costose,* mentre in seguito si è affermata e consolidata l'idea secondo cui i diritti sociali di prestazione sono diritti finanziariamente condizionati. Ne discende che ne è legittima la compressione in relazione alle risorse disponibili o la riduzione, dal punto di vista quantitativo, in situazioni di difficoltà finanziaria.

Con specifico riferimento al diritto alla salute, significativa è la sentenza n. 455/1990 della Corte costituzionale, la quale fa segnare un deciso cambiamento di rotta, affermando che considerato come diritto ad ottenere trattamenti sanitari, il diritto alla salute è basato su norme costituzionali di carattere programmatico e condizionato all'attuazione che ne dà il legislatore ordinario: attuazione, costituzionalmente obbligatoria, da realizzare gradualmente attraverso il ragionevole bilanciamento - sindacabile dalla Corte Costituzionale - con altri interessi o beni assistiti da pari tutela costituzionale nonché con l'obiettiva disponibilità di risorse organizzative e finanziarie.

La crisi economico-finanziaria, ereditata dallo scoppio della bolla immobiliare negli Stati Uniti, si è trasformata in una vera e propria crisi sistemica, che dal 2008 ha investito anche l'Europa. L'UE ha tentato di reagire a tale situazione adottando una serie di misure sia sul piano politico-istituzionale, sia sul piano strettamente giuridico, le quali denotano l'urgenza di assicurare la tenuta generale dei conti pubblici dei paesi membri, se del caso a scapito della tutela di alcuni diritti di natura sociale costituzionalmente garantiti dai legislatori nazionali.

Com'è noto, le istituzioni dell'Unione Europea, fedeli al carattere economico che connota la normativa europea, hanno tradizionalmente privilegiato la regolamentazione dei diritti *dell'avere*, glissando sulle questioni pertinenti ai diritti *dell'essere*, considerate appannaggio dei diritti municipali [12].

I negoziati in corso per l'adesione dell'UE alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e, più di recente, l'incorporazione della Carta di Nizza (2000) nel Trattato di Lisbona hanno, giocoforza, riproposto prepotentemente il tema dei diritti fondamentali nel panorama sovranazionale, la cui tutela, oltre ad essere affidata a Carte internazionali, può confidare nel costante apporto ermeneutico della giurisprudenza delle Alte corti europee (Corte di Giustizia di Lussemburgo e Corte EDU di Strasburgo), pur se il dialogo tra giudici europei e nazionali ha sovente assunto le vesti di vero e proprio scontro – si pensi all'annosa diatriba tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia – a dimostrazione della ritrosia delle istituzioni comunitarie ad occuparsi di situazioni giuridiche riconducibili alla persona umana.

Paradossalmente, ma non in maniera inaspettata alla luce di quanto detto, le corti costituzionali italiana e spagnola non hanno esitato a emendare il dettato delle rispettive carte costituzionali quando si è trattato di uniformarsi ai diktat del legislatore europeo in tema di pareggio di bilancio, *rectius* di principio di equilibrio di bilancio. Tra le misure di carattere politico istituzionale adottate dall'UE spicca l'iniziativa denominata Patto Euro Plus [13] del marzo 2011, con la quale gli Stati membri si sono impegnati a recepire nei loro ordinamenti interni le regole europee di bilancio già contenute fin dal 1997 nel Patto di stabilità e crescita con strumenti giuridici di natura vincolante e sufficientemente forte, ad esempio Costituzione o normativa quadro (pur lasciando agli Stati firmatari la possibilità di individuare le misure più idonee).

---

[12] Per un approfondimento si veda Lipari (2003, 380).

[13] Accordo siglato il 25 marzo del 2011 tra i paesi membri della zona Euro con l'aggiunta di Bulgaria, Danimarca, Lituania, Lettonia, Polonia e Romania; il quale, tra i suoi obiettivi prevede che «gli Stati membri partecipanti si impegnano a recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita.

Tra gli interventi di carattere giuridico si segnalano il cd. semestre europeo e la modifica del Patto di stabilità e crescita attuati nel 2011 da parte del c.d. *Six Pack*, con l'individuazione di vincoli più stringenti per gli Stati, di strumenti più significativi di intervento sia di natura preventiva che correttiva e di un generale sistema di sorveglianza e vigilanza economico-finanziaria connesso al coordinamento delle politiche nazionali di bilancio nel quadro delineato dall'UE, successivamente integrato ad opera del c.d. *Two Pack* [14] nel 2013, anche se limitatamente ai paesi dell'eurozona. Il più significativo è il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria, ovvero il c.d. *Fiscal Compact***,** sottoscritto da 25 Stati UE nel marzo 2012.

L'accordo prevede una serie di norme fiscali e vincoli economici che mirano al contenimento del debito pubblico di ciascun Paese aderente ed inoltre prevede, all'art 3 co. 2, che l'equilibrio finanziario di ciascun Stato venga introdotto nella legislazione interna con disposizioni vincolanti e di natura permanente preferibilmente costituzionale. La volontà dell'Unione europea è quella di inserire il concetto di equilibrio finanziario o di bilancio nella legislazione dei Paesi membri, ove possibile a livello costituzionale, come è avvenuto nell'ordinamento italiano con la legge costituzionale n. 1/2012 ed, in particolare, con la legge rafforzata n. 243/2012 (Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione).

Una prima notazione concerne la scelta lessicale, forse non del tutto neutrale, operata dalla Consulta, la quale utilizza in maniera apparentemente fungibile i termini pareggio ed equilibrio di bilancio. Invero entrambe le leggi citate recano nel titolo la locuzione pareggio di bilancio, mentre nell'articolato normativo si discorre di equilibrio di bilancio. Questa scelta ha dato avvio ad un ampio dibattito dottrinario, all'interno del quale v'è chi ritiene preferibile la rigidità aritmetica del termine *pareggio* [15], osservando che ove si discorresse di equilibrio si offrirebbero ampi margini di azione ad una superficiale e poco attenta gestione della finanza pubblica; altri, invece, propendono, correttamente, per la nozione di equilibrio – e non di pareggio secco – in quanto il primo garantirebbe un giusto compromesso tra la sostenibilità della spesa pubblica e le continue sollecitazioni di adattabilità che quest'ultima riceve in conseguenza di congiunture macroeconomiche negative.

Di là dalla questione semantica, la riforma costituzionale, approvata, peraltro dal Parlamento in tempi molto brevi rispetto ai propri standard, è, ad

[14] Regolamento n. 472 del 10 maggio 2013 sulla sorveglianza rafforzata agli Stati in difficoltà; Regolamento n. 473 del 21 maggio 2013 sul monitoraggio rafforzato delle politiche di bilancio degli Stati.

[15] Per un approfondimento si veda Esposito (2018).

avviso di alcuni, il tangibile segno dell'estrema debolezza politica dell'Italia, costretta a dimostrare ai partners europei e ai mercati finanziari di essere in grado di allinearsi alle indicazioni suggerite dalla BCE nella famosa lettera Trichet-Draghi del 5 agosto 2011, indirizzata all'allora Presidente del Consiglio e resa nota solo nel mese di settembre. La BCE, con tale strumento, oltre ad indicare al Governo italiano le misure anti speculative da adottare con urgenza per poter riconquistare la fiducia degli investitori nei titoli di Stato, lo sollecitava ad impegnarsi ad attuare una serie di riforme, se del caso anche di rango costituzionale, volte a rendere più stringenti le regole di bilancio [16].

A prescindere dalle motivazioni che hanno stimolato il nostro legislatore ad attuare tale riforma, è un dato che il novello art. 81 Cost. introduce nella Carta Costituzionale il principio dell'equilibrio di bilancio (ovvero equilibrio tra entrate e spese di bilancio), imponendo vincoli più stringenti e puntuali in materia di bilancio, contabilità pubblica e stabilità finanziaria, mentre, con la modifica degli artt. 117 e 119 Cost., sono state fissate regole in tali materie anche per le Regioni e gli enti locali. Il ricorso al debito da parte dello Stato viene, infatti, consentito dalla novella costituzionale solo in funzione del ciclo economico, ovvero al verificarsi di eventi eccezionali: gravi recessioni economiche, crisi finanziarie e gravi calamità naturali, previa autorizzazione delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti [17].

La revisione dell'art. 81 Cost. attribuisce alla Corte costituzionale un potere di controllo sul rispetto di un vero e proprio obbligo giuridico, la cui violazione è fonte di responsabilità, là dove, per il passato, il vincolo dell'equilibrio di bilancio costituiva solo un obiettivo politico [18]. La «costituzionalizzazione» del predetto principio, unitamente ai più stringenti vincoli imposti dall'Europa alle politiche nazionali di bilancio sin dal Trattato di Maastricht 1992, inducono la dottrina ad interrogarsi circa il grado di flessibilità della art. 81 cost. onde evitare che regole di bilancio troppo rigide producano (…) il rischio di indiscriminata compressione dei diritti fondamentali a causa delle limitazioni di bilancio [19]. Come precisato dalla stessa Consulta in recenti pronunce (Corte cost. n. 250/2013; Corte cost. n. 266/2013; Corte cost. n. 275/2016), tale flessibilità ben si coniuga con l'utilizzo di politiche di disavanzo, prevedendo meccanismi mediante i quali lo Stato, tanto nella fasi di recessione economica, quanto in occasione di eventi eccezionali, coadiuva le

[16] Per un approfondimento si veda Paoletti (2018).
[17] Art. 81 Cost, co 1, lett d).
[18] Per un approfondimento si veda Scaccia (2012, 211-248).
[19] Per un approfondimento si veda Cabras (2013).

autonomie territoriali nel finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali.

Altra parte della dottrina sposa invece l'idea che con la costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio volti all'ottenimento dell'equilibrio finanziario si sia compiuto il transito da un disegno costituzionale che non vietava alla politica democratica di decidere misure espansive di *deficit spending* ad un assetto che invece le vieta in linea di principio, consentendone la praticabilità solo a condizioni enumerate e particolarmente rigorose. In altri termini, se, anteriormente alla riforma, le scelte economico-finanziarie potevano essere contemperate con i diritti fondamentali dei cittadini, oggi occorre privilegiare le procedure di contenimento della spesa pubblica, subordinando i diritti di prestazione al potere di spesa. In tal senso potrebbe porsi un problema legato al bilanciamento dei diritti fondamentali, tra cui i diritti sociali, con le esigenze finanziarie di bilancio, in quanto una legge limitativa della loro tutela, trovando adeguata copertura costituzionale nel principio dell'equilibrio finanziario, potrebbe sottrarsi a censure di incostituzionalità.

Il principio dell'equilibrio finanziario o dei bilanci (statale, regionali e locali) non gode di un primato, né rappresenta un *super-principio* destinato a prevalere in ogni caso sugli altri princìpi costituzionali, pena il rischio di dar luogo ad una sorta di inversione dell'ordine gerarchico delle fonti, dove la Costituzione si collocherebbe in una posizione sotto ordinata alla legislazione di bilancio ordinaria; in buona sostanza i diritti costituzionalmente garantiti risulterebbero attuabili solo se, e nella misura in cui, fossero loro destinate risorse dalla legge (ordinaria) di bilancio [20]. Il suddetto principio invece è posto sullo stesso piano degli altri princìpi costituzionali e pertanto, al pari degli altri, è suscettibile di bilanciamento, così come la Corte Costituzionale ha evidenziato nella sentenza n. 88 del 2014, là dove, facendo espresso riferimento alla revisione operata dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, lascia intendere, che, l'equilibrio di bilancio avrebbe potuto essere elemento attivo del bilanciamento con la conseguenza che non solo può limitare gli altri principi, ma può anche essere limitato da questi [21].

[20] Per un approfondimento si veda Carlassare (2015, 138): Se tentiamo di mettere a confronto il limite posto dall'art. 81 e l'interesse da esso tutelato con gli interessi da esso limitati, ci troviamo dinnanzi ad un incommensurabile divario: a fronte di quella disposizione sta infatti la Costituzione intera, nel suo disegno complessivo, nei suoi fondamenti.

[21] Per un approfondimento si veda Ciolli (2015).

3. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA E SPAGNOLA: CORTE COSTITUZIONALE SENT. 275/2016 E TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENT. 215/2014

Fermo restando il ricorso ai criteri di ragionevolezza, temporaneità e disparità ingiustificate di trattamento, la Corte costituzionale, al cospetto delle nuove regole della *governance* economica della Unione Europea e all'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio, si è vista costretta, in più occasioni, a dover giustificare misure riduttive dei diritti sociali per un arco temporale più lungo di quello considerato ragionevole in passato, tenuto conto della durata pluriennale dei cicli di bilancio (in particolare di quelli legati a congiunture negative) [22].

Il Giudice delle leggi ha tuttavia assunto un atteggiamento contraddittorio poiché, da una parte, ha escluso l'efficacia retroattiva delle sue pronunce di accoglimento onde limitarne l'impatto sull'equilibrio di bilancio e rispettare i vincoli europei [23]; dall'altra, ha mostrato scarso interesse per le conseguenze delle proprie pronunce sui conti pubblici, come nel caso – oggetto della sentenza n.70/2015 – , del blocco della rivalutazione delle pensioni [24]. Con la recente sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016, la Corte costituzionale ha colto l'occasione per tornare a pronunziarsi sulla questione dei rapporti tra il principio dell'equilibrio di bilancio ed i suoi effetti sull'autonomia finanziaria degli enti locali, da una parte, e i fondamentali diritti alle prestazioni sociali, dall'altro, precisando che esiste un nucleo incomprimibile di tutela dei diritti che non può essere sacrificato neppure a fronte di particolari esigenze restrittive di bilancio necessitate dal novellato art. 81 della Costituzione. Nello specifico la Corte ha accolto la questione di legittimità sollevata in via incidentale dal T. A. R. Abruzzo [25] a seguito della richiesta di pagamento del contributo previsto dalla legge regionale 15 dicembre 1978, n. 78, in misura pari al 50% delle spese sostenute per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti disabili (annualità 2006-2012), avanzata dalla Provincia di Pescara alla Regione Abruzzo. La Consulta ha ribadito la natura fondamentale del diritto allo studio dei disabili e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2-bis, della stessa legge regionale n. 78 del 1978, aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 1590, nella parte in cui pre-

[22] Per un approfondimento si veda Masala (2016, 17).

[23] Cass. n. 10/2015 e 178/2015.

[24] La Corte ritiene che la compressione del diritto alla rivalutazione delle pensioni, configuri una lesione dei principi dell'uguaglianza sostanziale e della solidarietà ex artt. 2 e 3 (comma 2) cost.

[25] T. A. R. Abruzzo, 19 marzo 2014, n. 123.

vedeva tale contributo solo nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa, facendolo così dipendere da situazioni future ed incerte della gestione contabile regionale (in tal senso anche la recente sentenza della Corte cost. n. 83 del 11/04/2019).

In effetti il giudice a quo lamentava che il mancato finanziamento del 50% da parte della Regione delle spese rendicontate dalla Provincia avrebbe determinato nel tempo un indebitamento tale da comportare una drastica riduzione dei servizi per gli studenti disabili, compromettendo l'erogazione dell'assistenza specialistica e dei servizi di trasporto; mentre, la Regione Abruzzo, pur non contestando l'ammontare delle spese sostenute dall'amministrazione provinciale, replicava che, in virtù della norma della legge regionale censurata, il proprio obbligo di corrispondere il 50% di tali spese avrebbe trovato un limite nelle disponibilità finanziarie di bilancio. Con tale decisione, il Giudice delle leggi, ritenuti assorbiti i profili di incostituzionalità sollevati in relazione all'art.10 Cost. ed all'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità [26], rinviene nella norma censurata la violazione del terzo e quarto comma dell'art. 38 Cost., che assicurano il diritto allo studio delle persone affette da disabilità, in quanto l'indeterminatezza del finanziamento determina un *vulnus* all'effettività del servizio di assistenza e trasporto, come conformato dal legislatore regionale.

La Corte, in questa sentenza, nel non facile bilanciamento tra il principio dell'equilibrio di bilancio e la tutela costituzionale dei diritti incomprimibili, privilegia chiaramente questi ultimi ritenendo, come già sostenuto da autorevole dottrina [27], che la scarsità delle risorse non è sufficiente motivazione volta a giustificare il mancato finanziamento e quindi in linea generale la tutela dei diritti sociali essenziali garantiti non solo dalla Costituzione ex art 117, secondo comma, lettera m), ma anche a livello sovranazionale da Trattati come la Carta sociale europea [28] volta a garantire i cc.dd. diritti di seconda generazione ovvero i diritti economici, sociali e culturali della persona come diritto alla salute, all'istruzione, al lavoro ed altri. Se, quindi, i diritti sociali devono necessariamente trovare soddisfazione in quanto diritti fondamentali almeno nei livelli essenziali fissati dalla legge ed a dispetto della contrazione delle risorse economiche pubbliche, sembra potersi affermare, anche alla luce degli ulteriori spunti

[26] Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (13/12/2006).

[27] Per un approfondimento si veda Luciani (2011, 14).

[28] Trattato del Consiglio d'Europa, adottato a Torino nel 1961 e rivisto a Strasburgo nel 1996, volto a garantire i diritti economici, sociali e culturali c.d. diritti di seconda generazione tra cui il diritto all'istruzione, alla salute, al lavoro, alla casa e via discorrendo.

offerti dalla giurisprudenza costituzionale [29], che il principio dell'equilibrio di bilancio, pur rafforzato dalla riforma dell'art. 81 Cost., è comunque soggetto ad un bilanciamento c.d. ineguale [30] con i diritti sociali, con i quali è destinato a collidere in tempi di crisi del sistema del welfare State.

Del resto la struttura unitaria della nostra Costituzione non consente di separare le norme di carattere economico dalle altre, in quanto presidiate da finalità e limiti sociali. È pertanto condivisibile l'opinione di quanti affermano che la corte non è tenuta ad applicare il principio di equilibrio di bilancio come una sorta di super-valore costituzionale, capace cioè di prevalere in modo assoluto, ovvero senza adeguata e ragionevole ponderazione, sui diritti costituzionalmente garantiti allorché questi comportino oneri finanziari che alterano il preesistente quadro di riferimento degli impegni di finanza pubblica collegati ad un determinato obiettivo di bilancio [31].

Il rapporto tra diritti sociali e risorse finanziarie non può prescindere dall'ordine materiale dei valori costituzionali, ed in particolare dal primato della persona umana consacrato dall'art. 2 Cost., e dalla natura fondamentale dei diritti sociali, la cui valenza è strettamente legata al principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3, secondo comma, Cost. Ad avviso della Corte, dunque, la tutela dei diritti fondamentali prevale sulle esigenze finanziarie, non ravvisandosi un conflitto tra esigenze di bilancio e diritti, né una equiparazione immediata tra tutela dei diritti ed aumento della spesa o del debito. All'interno di un budget dato, l'allocazione delle risorse deve essere realizzata dando priorità al nucleo inviolabile dei diritti fondamentali (equilibrio di bilancio costituzionalmente orientato [32]).

Anche il Parlamento spagnolo, nel 2011, ha proceduto alla modifica dell'art. 135 della Costituzione, al fine di introdurvi il principio di *estabilidad presupuestaria*, prevedendo tra l'altro, un rigido controllo sui bilanci delle pubbliche amministrazioni e delle Comunità Autonome, un tetto alla spesa pubblica e limiti al deficit strutturale, al fine di salvaguardare la solidità delle finanze nazionali spagnole. Tale riforma costituzionale ha prodotto una forte centralizzazione del quadro normativo di riferimento in tema di bilanci e spesa pubblica, rinforzando il ruolo dello Stato quale *supervisore* sull'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome, a fronte della stretta interconnessione esistente tra la legislazione nazionale e le regole sovranazionali in materia di finanza pubblica.

---

[29] Corte cost. nn. 6/2017, 247/2017, 49/2018, 101/2018.
[30] Per un approfondimento si veda Luciani (1994, 79).
[31] Per un approfondimento si veda Furno (2017); Carlassare (2015).
[32] Per un approfondimento si veda Longo (2017).

In realtà, anteriormente alla riforma costituzionale del 2001 [33], era già presente nell'ordinamento giuridico spagnolo una disciplina normativa sul principio di *estabilidad presupuestaria*, che, pur non avendo rango costituzionale, impegnava al rispetto del medesimo tutte le pubbliche amministrazioni, ivi compresi lo Stato e le Comunità Autonome.

La riforma dell'articolo 135 CE ha rafforzato il potere centrale di decidere, con Legge Organica, i meccanismi attraverso i quali assicurare l'effettivo adempimento dei principi di stabilità di bilancio e di sostenibilità finanziaria per ciascuna Comunità Autonoma; tale progressivo accentramento delle competenze ne ha in qualche modo ridotto, se non annullato, l'autonomia decisionale finanziaria, costituzionalmente garantita all'art. 156 che appunto recita: Le Comunità Autonome godranno di autonomia finanziaria per lo sviluppo e l'esecuzione delle loro competenze con riguardo ai principi di coordinamento con la finanza statale e di solidarietà fra tutti gli spagnoli. In tal senso, la LO 2/2012 [34] ha sicuramente sfruttato, in passato, tutte le possibilità che le forniva il nuovo art. 135 CE, prevedendo sia un sistema di coordinamento gerarchico nel quale lo Stato controlla il processo di decisione sulla distribuzione dei limiti di deficit, di debito e della regola di spesa; sia, soprattutto, un insieme di strumenti di controllo e di sanzione a disposizione del Governo centrale volti ad evitare l'inadempimento della disciplina fiscale da parte delle Comunità Autonome o degli Enti Locali.

Anteriormente alla riforma costituzionale del 2011, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di estabilidad presupuestaria si è preoccupata essenzialmente di valutare la sussistenza della competenza costituzionale statale a fissare uniformi parametri finanziari e di bilancio valevoli in tutte le Comunità Autonome: a tale filone si ascrivono, ad esempio, le sentenze nn. 134/2011, 157/2011 e 186/201. In particolare, nella sentenza 134/2011, il Tribunale Costituzionale spagnolo, partendo dall'analisi della relazione esistente tra la normativa interna – in particolare Ley 18/2001 e la LO 5/2001 – e la disciplina di bilancio prevista dalla normativa europea, ha precisato che tutte le disposizioni interne, le quali siano la trasposizione di norme già previste a livello sovranazionale, non possono essere dichiarate incostituzionali, in quanto tutti gli Stati membri accettano delle forme di limitazione della propria

[33] Riforma dell'art. 135 della Costituzione spagnola in Boletín Oficial del Estado (Boe) n. 233, 27/09/2011. Per un approfondimento si veda Medina Guerrero (2012).

[34] Ley Orgánica 2/2012, del 27 aprile, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), come modificata da Ley Orgánica 4/2012; Ley Orgánica 6/2013, la quale ha istituito l' Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal; Ley Orgánica 9/2013 relativa al controllo del debito nel settore pubblico; e Ley Orgánica 1/2016.

sovranità, inclusa la parte relativa alla disciplina di bilancio interna. Conseguentemente, l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità di una norma potrebbe aver luogo esclusivamente se si dimostri una palese violazione di una competenza costituzionalmente attribuita alle Comunità Autonome [35].

All'indomani della riforma costituzionale del 2011 e della LO 2/2012, il Tribunale costituzionale è ritornato sul tema della *establidad presupuestaria* con la sentenza n. 215/2014, con la quale, qualificando come infondate le richieste della Comunità autonoma ricorrente (Comunità Autonoma delle Canarie), avalla la costituzionalità della LOEPSF, richiama la propria *Declaración del Pleno* 1/2004 del 13/12/2004 – *la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado* – e ribadisce che il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione non può mai tradursi nella violazione dei principi fondamentali su cui si fonda l'ordinamento giuridico spagnolo [36].

In conclusione si ritiene sicuramente valida la tesi, che trova concordi gli studiosi di diritto costituzionale italiani e spagnoli [37], secondo cui l'introduzione del principio di equilibrio di bilancio imposto nelle Costituzioni nazionali dal c.d. *Fiscal Compact* è dovuta, principalmente, alle tensioni prodottesi sui mercati finanziari a seguito della pressione speculativa esercitata sui titoli del debito pubblico nazionale. A rigore, una riforma di siffatta portata, che incide in misura tangibile sui principi costituzionali di natura economica e finanziaria, doveva maturare non quale mossa volta a tranquillizzare i mercati finanziari e ad infondere loro fiducia nei confronti delle singole economie nazionali, bensì quale meccanismo volto al contenimento della spesa pubblica. Nello specifico la riduzione deve in particolare riguardare la parte di spesa pubblica non necessaria, improduttiva, e non, invece, quella parte di spesa strettamente legata al welfare e quindi ai diritti costituzionali di seconda e terza generazione, onde consentire, in un lasso di tempo adeguato, la produzione di effetti positivi sul riequilibrio delle finanze dei singoli stati e quindi sul loro deficit strutturale.

In Italia, i tentativi volti a fronteggiare la crisi in cui il paese versa da tempo sono stati tutti incentrati, in questi anni, sugli strumenti contabili, sulla riduzione di spesa, sul futuro pareggio (equilibrio) di bilancio piuttosto che

---

[35] Per un approfondimento si veda Ciaralli (2017, 485).

[36] STC 215/2014, p.to 9, dove il TC afferma che: (…..) *son los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea los que tienen la obligación de evitar los déficits excesivos* (art. 126 co. 1 TFUE)

[37] Per un approfondimento si veda Bilancia (2012); Medina Guerrero (2014, 189); García Roca (2013).

sugli investimenti, sulla costruzione di infrastrutture e anche sul rilancio della spesa interna al Paese o su una maggiore attenzione e tutela ai diritti sociali; tutto ciò ha prodotto non solo l' ulteriore impoverimento delle fasce più deboli della popolazione ma anche una contrazione della spesa assistenziale e della difesa dei diritti sociali. Al di la degli orientamenti politici, è chiaro che il nostro Paese è chiamato ad una scelta: perseverare in una logica, imposta dall'UE, di mera valenza tecnico-economica, o, al contrario, approdare ad un coordinamento di tipo politico-sociale, improntato ai valori del welfare, della solidarietà e dell'assistenza sociale. La costruzione di una reale identità europea non può avvenire sulla scorta dei bilanci, in equilibrio o in pareggio che siano, bensì sulla tutela dei diritti sociali.

Come ricordato dal vice presidente della Corte Costituzionale, Aldo Carosi, in un incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo, tenutosi a Roma il 07/10/2016: è possibile trovare un punto di convergenza tra equilibrio di bilancio, vincoli contabili e diritti sociali in una crescita che non sia meramente finalizzata al profitto e al consumo ma al pieno sviluppo della persona umana.

4. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Bilancia, F. (2012), «Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio», *RivistaAIC.it*, n. 2.

Cabras, D. (2013), «Su alcuni rilievi critici al c.d. «pareggio di bilancio»», *RivistaAIC.it*, n. 6.

Carlassare, L. (2015), «Diritti di prestazione e vincoli di bilancio», *Costituzionalismo.it*, n. 3.

Ciaralli, C. A. (2017), «Della costituzionalizzazione del principio di estabilidad presupuestaria nel quadro dello Stato autonomico spagnolo», *Le Istituzioni del Federalismo,* n. 2.

Ciolli, I. (2015), «L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio», *Forum di Quaderni costituzionali*, *www.forumcostituzionale.it.*

Coletta, G. (2014), «La tutela dei diritti sociali in tempo di crisi economica», *Rassegna di Diritto pubblico europeo,* n. 2.

D'Ignazio, G. (2011), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Giuffrè, Milano.

Esposito, M. (2018), «Le interpretazioni giuspolitiche del pareggio di bilancio nel novellato art. 81 Cost.», *Diritto & Diritti dal 1996 Il diritto.it.*

Furno, E. (2017), «Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili», *Nomos-Le attualità del diritto,* n. 1.

García Roca, J. (2013), «El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento», *Crónica Presupuestaria*, n. 1.

Lipari, N. (2003), *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. I., Cedam, Padova.

Longo, A. (2017), «Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata», *Federalismi.it*, 10.

Luciani, M. (2013). «L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità», *Astridonline.it.*

— (1994), «Sui diritti sociali», in Romboli, R. (a cura di). *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino.

Masala, P. (2016), «Crisi della democrazia parlamentare e regresso dello stato sociale: note sul caso italiano nel contesto europeo», *RivistaAIC.it*, n. 4.

Medina Guerrero, M. (2014), «La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal», *Revista de Estudios Políticos*.

Morrone, A. (2014), *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino.

Novelli, S. (2012), «Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto nel dialogo tra le corti supreme», *Diritto e giurisprudenza,* n. 2.

Pallante, F. (2018), «Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali», *Questione Giustizia*.

Paoletti, M. C. (2018), «Il principio dell'equilibrio di bilancio in costituzione: la riforma dell'art. 81 e le sue interpretazioni», *Diritto & Diritti dal 1996 Il diritto.it*.

Pernice, I. (1999), «Multilevel Constituzionalism and the Treaty of Amsterdam: European Consulting-Making revisited», *Common Market Law Review.*

Scaccia, G. (2012), «La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio», in AA. VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, Il Filangieri, Jovene, Napoli.

Tosato, G. (2013). «La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno», *Seminario Corte Costituzionale*, in *www.cortecostituzinale.it.*

Zagrebelsky, G.; Marcenò, V. (2012), *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna.

LA EXTRAFISCALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 1. El concepto de extrafiscalidad. 2. Breves apuntes sobre la jurisprudencia del TC respecto a la extrafiscalidad. 3. Dos ejemplos de tributos extrafiscales a examen. 3.1 Impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos. 3.2 El impuesto sobre grandes establecimientos comerciales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. EL CONCEPTO DE EXTRAFISCALIDAD

Si atendemos de forma estricta a la formación de la palabra, añadiendo al término «fiscalidad» el prefijo «extra»; prefijo que significa según la RAE «fuera de» como en *extrajudicial* o «sumamente», como en *extraplano*, extrafiscalidad podría entenderse como un espacio fuera de la fiscalidad o como un ámbito de súper fiscalidad. Comprobaremos como es la primera acepción la empleada aunque con matices que nos pueden trasladar en ocasiones a la segunda.

De forma estricta podemos entender la extrafiscalidad como el empleo del sistema tributario para la consecución de fines más allá de los estrictamente recaudatorios. Realizando un paralelismo es como emplear el Derecho Penal o el Derecho Administrativo sancionador para fines más allá de los estrictamente punitivos, pensemos por ejemplo en fines cívicos o educativos.

Aunque podamos pensar que esta deriva expansiva del sistema tributario es reciente, por el gran número de figuras que en los últimos años pretenden ampararse en los llamados «fines extrafiscales», lo cierto es que la doctrina los ha tenido presentes desde largo tiempo. En la doctrina italiana Micheli (1964) o Manzoni (1965) ya concluían hace más de 50 años que constituiría una ilusión plantear tributos que respondan exclusivamente a una concepción fiscal o recaudatoria.

En nuestro país la multiplicación y omnipresencia del tributo eminentemente extrafiscal se ha consolidado de forma más reciente a la par que se asumía el intervencionismo fiscal como medio para la consecución de los múltiples y complejos fines constitucionales del Estado Social, de forma tal que asistimos a una «funcionalización de la actividad financiera» de los entes públicos (Casado, 1991, 457) en definitiva, al desarrollo de una Hacienda Pública como «instrumento dócil y eficaz de los respectivos objetivos económicos, financieros y monetarios» (Albiñana, 1979, 44).

El tributo como expresión del deber de contribuir se destapa como un poderoso agente para modificar conductas, hecho que no hace sino confirmar nuestra condición de *homo oeconomicus* (concepción ya extraída de los trabajos de Stuart Mill). A simple vista puede parecer que esta extrafiscalidad desvirtúa el cometido del sistema fiscal como actividad puramente medial para la satisfacción de las necesidades públicas (recaudar para financiar diferentes intervenciones); pero esta instrumentalidad pasa a un segundo plano cuando se evidencia que la actividad financiera puede contribuir por sí misma, de forma directa, al logro de los fines públicos (Bayona y Soler, 1989). Es decir, cuando mediante los efectos ocasionados por la intervención de un tributo se consiguen objetivos públicos sin esperar a la implementación de políticas o actuaciones financiadas con los recursos obtenidos.

Debemos ser conscientes que la consecución de los fines constitucionales se puede alcanzar de múltiples formas, con «versatilidad e intercambiabilidad» (Casado Ollero, 1991, 462), de modo que una misma figura puede responder a varios fines (recaudatorios y no recaudatorios) o un fin ser alcanzado mediante diversas actuaciones (tributos, subvenciones, controles administrativos, etc.).

Esta complejidad de las vertientes en que la extrafiscalidad puede desplegarse nos obliga a realizar una breve clasificación de sus manifestaciones, siguiendo a Bengoechea (2014, 150) podemos hablar de:

a) Tributos extrafiscales, aquellos que persiguen en principio sólo fines extrafiscales.

b) Tributos cuyos ingresos públicos están afectos a un fin u objetivo extrafiscal.

c) Tributos con fin recaudatorio pero que contienen preceptos que persiguen fines extrafiscales.

d) Tributos de naturaleza mixta en su aspecto finalista, dependiendo de la actitud del obligado tributario respecto al objetivo extrafiscal perseguido por el legislador.

En el presente trabajo nos centraremos en perfilar una manifestación concreta de esta extrafiscalidad como es la configuración de tributos con objetivos genuinamente extrafiscales. La relevancia de identificar estos tributos estriba en que, como veremos, son los únicos que pueden esquivar el cumplimiento de los tradicionales principios de justicia tributaria. Comprobaremos que resulta especialmente difícil deslindarnos en ocasiones de aquellos tributos con configuración aparentemente extrafiscal (con recaudación incluso afecta a estos fines) pero que no cumplen con los parámetros propios de esta figura.

Dejamos a un lado, por tanto, también los frecuentes beneficios fiscales (bonificaciones, exenciones, tipos reducidos, etc.) que pueblan otras figuras de nuestro ordenamiento (tributos recaudatorios que persiguen fines extrafiscales).

Nuestro interés parte en cierta medida del incremento exponencial en el uso de tributos extrafiscales en los últimos años, realidad que responde a nuestro entender a la confluencia de un conjunto de fenómenos. Si bien merecen sin duda un análisis más detallado, dadas las limitaciones espaciales de este estudio, nos limitamos a señalarlos:

– Crecientes exigencias de gasto, tanto a nivel estatal (intereses, desempleo, etc.) como de las Comunidades Autónomas (dependencia, educación, sanidad, etc.).

– Necesidad de incrementar la recaudación tras la crisis económica ante el severo declive en determinadas figuras por diferentes motivos (ITPAJD, IS, ISD, IEDMT, etc.).

– Dificultad política para modificar al alza los impuestos con mayor potencial recaudatorio (IRPF, IVA, IS).

– Limitado espacio tributario para el desarrollo de los tributos propios de las Comunidades Autónomas, restringido prácticamente a estas figuras extrafiscales.

– Menor coste político de impuestos sectoriales cuyo gravamen soportan, a priori, las empresas de forma mayoritaria.

– Mayor aceptación de impuestos que gravan conductas nocivas o con reproche social.

2. BREVES APUNTES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TC RESPECTO A LA EXTRAFISCALIDAD

Pasamos a continuación a esbozar los principales parámetros que enmarcan la concepción de extrafiscalidad por nuestro TC. En este sentido, el obligado punto de partida es el artículo 31 CE, en el cual se recogen los principios de justicia tributaria que deben inspirar nuestro sistema tributario, entre los cuáles no encontramos una mención expresa al empleo extrafiscal de los tributos [1].

El TC se pronunció pronto, en la STC 37/1987, de 26 de marzo, en que se examinaba la constitucionalidad del Impuesto andaluz sobre Tierras Infrautilizadas, sentando las primeras bases de su jurisprudencia. El párrafo más importante fue aquel en el que reconocía que:

> «Es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (señaladamente, arts. 40.1 y 130.1), dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados.»

En el mismo pronunciamiento reconoce a su vez que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de su potestad tributaria, pueden orientar su poder de imposición a la consecución de objetivos no fiscales dentro del marco de sus competencias, respetando los principios constitucionales y sus respectivos Estatutos de Autonomía. Dentro del respeto a los principios, el TC ofreció ya una interpretación ciertamente laxa de aquel con el que podían colisionar en mayor medida los tributos extrafiscales, el de capacidad económica [2].

---

[1] Artículo 31. «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.»

[2] Tengamos en cuenta que a lo largo de su jurisprudencia el TC ha sido bastante tajante a la hora de remarcar que la capacidad económica es inherente al concepto constitucional de tributo, llegando a afirmar en la reciente sentencia que declara inconstitucional el gravamen de plusvalía municipal cuando no se

De hecho reconoce que «es constitucionalmente admisible» que se establezcan impuestos que «sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago» respondan de forma principal al cumplimiento de fines o intereses públicos de rango constitucional; concluyendo que: «(b)asta que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial (…) para que aquel principio constitucional quede a salvo».

Tras este claro espaldarazo a la libertad de los legisladores estatal y autonómico para la creación de tributos con clara vocación extrafiscal, el TC solo ha acertado a dibujar en su posterior jurisprudencia un límite absoluto, recordado en la reciente STC 26/2017, de 16 de febrero, que no hace sino interpretar *sensu contrario*, los términos de riqueza real o potencial: un tributo extrafiscal no puede desconocer el principio de capacidad económica hasta el punto que su originaria libertad de configuración degenere en una indeseable arbitrariedad al gravarse en todo o en parte rentas aparentes, no reales.

Posteriormente, cuando analiza el Impuesto andaluz sobre Tierras Infrautilizadas en concreto el TC esboza ya el posteriormente denominado «triple test», que emplearemos para valorar la naturaleza extrafiscal de un tributo (Bueno Gallardo y Urbano Sánchez, 2017):

a) Su razón de ser no puede ser exclusivamente recaudatoria;

b) Cuanto más exitosa sea la realización de los fines extrafiscales perseguidos menor ha de ser su recaudación;

c) La finalidad extrafiscal debe estar reflejada en la configuración de los elementos esenciales del tributo y no solo en el Preámbulo o en la Exposición de Motivos de la ley [3].

Dentro de la configuración de los elementos esenciales no valoraremos la posible afectación de la recaudación a fines concretos, porque como advierte Ruiz Almendral (2018), el propio TC ha mostrado tanto posiciones a favor de que constituya un indicio de extrafiscalidad (STC 168/2004, de 6 de octubre) como en contra (STC 22/2015, de 16 de febrero).

---

acredite la ganancia patrimonial que «no caben en nuestro sistema tributos que no recaigan sobre alguna fuente de capacidad económica» (STC 26/2017, de 16 de febrero).

[3] Como advierte la STC 53/2014, «lo determinante para poder identificar la tipología del tributo y, concretamente, uno con fines específicos o extrafiscales no es el anuncio de dicha finalidad en el preámbulo de las normas tributarias, sino que es preciso siempre un examen de su estructura del hecho imponible y también los supuestos de no sujeción o exención, los sujetos pasivos, la base imponible, y el resto de elementos de cuantificación».

Una vez definidos los parámetros que pueden determinar la consideración o no de un tributo como extrafiscal por nuestro TC debemos destacar cuál es la relevancia de recibir o no tal catalogación. El principal motivo no ha sido otro que esquivar el frecuente conflicto entre el ejercicio del poder tributario propio de las Comunidades Autónomas y la prohibición de que sus tributos recaigan sobre hechos imponibles ya gravados por el Estado o las Entidades locales.

Esta prohibición de coincidencia de hechos imponibles, contenida en el art. 6 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), no solo exige el lógico examen de los hechos imponibles, sino también de otros elementos conectados con el mismo (base imponible, supuesto de exención y no sujeción, etc.) entre los que podemos destacar su posible finalidad extrafiscal.

Como categoriza Peña (2008), esto implica que en un impuesto medioambiental el hecho imponible debe estar referido al daño o riesgo medioambiental y no dirigirse de modo general a actividades o explotaciones económicas; la base imponible debe estimarse así en función de unidades contaminantes; la cuota modularse dependiendo de la intensidad de la contaminación y los beneficios fiscales emplearse para incentivar conductas vinculadas al logro de reducir la contaminación.

Si se aprecia en alguno de los tributos bajo análisis la concurrencia real de elementos extrafiscales resultará más improbable que el TC aprecie la colisión entre hechos imponibles [4]. De hecho, la anterior postura del TC era especialmente rígida en este sentido y cuando no se apreciaba la finalidad extrafiscal los impuestos autonómicos eran expulsados del ordenamiento de forma casi automática al apreciar la doble imposición con los impuestos estatales o locales (entre otras SSTC 289/2000, de 30 de noviembre; 168/2004, de 6 de octubre, o, 179/2006, de 13 de junio).

Actualmente, en cambio, el TC ha adoptado una posición más flexible de modo que, como señalan Bueno y Urbano (2017) «basta con que existan diferencias en la configuración *lato sensu* del hecho imponible de los tributos examinados –y, fundamentalmente, en la regulación de sus elementos de cuantifi-

[4] En palabras del TC (STC 122/2012 de 5 de junio) «otro de los criterios que podría ser útil para distinguir los hechos imponibles de dos impuestos es si su finalidad es básicamente fiscal o extrafiscal, pues a diferencia del tributo con finalidad fiscal o recaudatoria, en el tributo primordialmente extrafiscal 'la intentio legis (…) no es el mero gravamen de una manifestación de riqueza, de capacidad económica exteriorizada, sino coadyuvar a disuadir a los sujetos pasivos de la realización de una determinada conducta, del incumplimiento de ciertas obligaciones o, dicho en términos positivos, su intención es estimular o incentivar una determinada actuación».

cación– para que el máximo intérprete de la Constitución no aprecie la existencia de vulneración del art. 6 LOFCA».

En todo caso, recordamos que el reconocimiento de la naturaleza extrafiscal de un tributo, especialmente en relación con la protección del medioambiente, supone admitir que el tributo ocupa un espacio imponible propio, reconocido constitucionalmente [5] y que no colisiona con las figuras reservadas al Estado o a las Entidades locales. Eso sí, no basta simplemente con añadir una finalidad extrafiscal adicional, coyuntural o accesoria, a un impuesto primordialmente fiscal, como puede suceder por ejemplo con la incorporación de algunos beneficios fiscales o ciertas finalidades de estímulo o incentivo a determinadas conductas (STC 134/1996, de 22 de julio).

3. DOS EJEMPLOS DE TRIBUTOS EXTRAFISCALES A EXAMEN

Una vez examinada la posición que nuestro TC ha construido en relación a la extrafiscalidad creemos oportuno analizar algunos ejemplos de tributos con teórica finalidad extrafiscal para valorar si podrían superar el filtro constitucional a la luz de sus características. No sorprenderemos al lector si anticipamos que podremos observar cómo el legislador, en este caso el autonómico, recurre con frecuencia a argumentos extrafiscales un tanto forzados para la creación de nuevas figuras tributarias, especialmente allí donde, bien resulta necesario prevenir posibles colisiones vetadas por el art. 6 LOFCA, bien la necesaria conexión con la capacidad económica se difumina hasta el extremo.

3.1 **Impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos**

Si bien existe un impuesto similar en las Islas Baleares, vamos a exponer brevemente sólo el de Cataluña, recogido en su regulación más reciente, en el Capítulo VI de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, del Parlamento de Cataluña [6] (arts. 22 a 50). El impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos

[5] De hecho, en relación a la imposición medioambiental el TC ha admitido como capacidad económica sometida a imposición la forma de contribuir al sostenimiento del gasto público que genera la indebida, o incluso debida, utilización del medio ambiente como una manifestación concreta del principio de «quien contamina paga» (STC 289/2000, de 30 de noviembre).

[6] Ley 5/2017, de 28 de marzo, medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono.

grava, por un lado, la singular capacidad económica de las personas físicas que se pone de manifiesto en la estancia en dichos establecimientos y equipamientos a la par que pretende «internalizar las posibles externalidades que el turismo puede causar en las zonas de alta concentración turística».

Este segundo elemento es el que podría plantearnos su calificación como extrafiscal, teniendo especialmente en cuenta que su recaudación queda afecta a la constitución de un Fondo para el fomento del turismo regulado en el propio texto legal con destino a proyectos o actuaciones que persigan objetivos relacionados con el turismo [7]. No obstante, un breve análisis del impuesto a luz del «triple test» nos permite descartar su naturaleza extrafiscal.

En primer lugar, desde la creación del tributo ya se evidenciaba que era una medida dirigida a incrementar los ingresos [8]. Por otro lado, el tributo tampoco oculta que grava una capacidad económica genuina y «singular» que se pone de manifiesto en la estancia en los establecimientos y equipamientos. En un sentido similar también advertimos que su objetivo no es disuadir al turismo, por lo que su recaudación no se verá afectada por ningún logro extrafiscal. Del examen de los restantes elementos del tributo tampoco podemos observar ningún indicio de una verdadera naturaleza extrafiscal.

Una cuestión diferente, como hemos apuntado, es su encaje o no dentro del espacio de imposición propia de las Comunidades Autónomas sin colisionar con otros tributos estatales o locales en los términos previstos en el art. 6 LOFCA. La ausencia de recursos ante el TC con ocasión de su creación puede suponer un indicio de que el desarrollo de estas figuras no se ven con malos ojos por parte de los poderes públicos.

De hecho, el Informe de la Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local publicado en julio de 2017 (p. 59) propone de forma expresa la creación de un impuesto local sobre las estancias turísticas con una clara finalidad fiscal («que los turistas contribuyan, aunque sea modestamente, a la financiación de unos servicios públicos de los que disfrutan») pero sin renunciar a los siempre apetecibles matices extrafiscales («cabría justificar la exigencia de este

[7] Art. 49.1: a) La promoción turística de Cataluña; b) El impulso del turismo sostenible, responsable y de calidad, y la protección, preservación, recuperación y mejora de los recursos turísticos; c) El fomento, la creación y la mejora de los productos turísticos; d) La mejora de los servicios de control e inspección sobre los establecimientos y equipamientos turísticos; e) El desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados con el turismo.

[8] De hecho, en el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos que creó por primera vez el tributo se indicaba que «algunas medidas se dirigen a incrementar los ingresos –entre estas, las medidas tributarias recogidas en los títulos I y III»; en dicho título III es donde se regulaba el Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos.

impuesto desde el punto de vista del impacto medioambiental que el turismo causa en nuestro país, a fin de evitar una indeseable externalización de costes»).

3.2 **El impuesto sobre grandes establecimientos comerciales**

Son varias las Comunidades Autónomas que tienen vigentes en sus ordenamientos un impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales como figura de imposición propia. En la actualidad, son tres: Cataluña [9], Aragón [10] y Asturias [11], a la que se sumará la Comunidad Foral de Navarra a partir del 1 de enero de 2019 tras la reactivación del impuesto, derogado desde el 1 de enero de 2016 por temor al procedimiento abierto por posibles ayudas de Estado, cuestión ya descartada tras las recientes del TJUE avalando en este sentido los impuestos catalán, asturiano y aragonés [12].

A efectos de este estudio podemos realizar un análisis conjunto de la figura toda vez que las sucesivas Sentencias del TC que han resuelto recursos de constitucionalidad en torno a este impuesto han realizado referencias cruzadas a las previas hasta el punto que una de las más recientes, la STC 96/2013, de 23 de abril sobre el impuesto aragonés el TC admite que «pese a su diferente denominación y a la regulación de su hecho imponible, nos encontramos ante un impuesto semejante a los otros impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, respecto de los cuales ya tuvimos la ocasión de pronunciarnos (…)», concretamente en las SSTC 122/2012, de 5 de junio (impuesto catalán); 197/2012, de 6 de noviembre (impuesto asturiano) o 208/2012, de 14 de noviembre (impuesto navarro).

El objeto de este tributo viene definido de manera similar en los diferentes textos, en la ley asturiana por ejemplo se define como «la capacidad econó-

[9] Actualmente en los arts. 5 a 21 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono.

[10] Arts. 15 a 22 del Decreto Legislativo 1/2007, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre los impuestos medioambientales de la Comunidad Autónoma de Aragón.

[11] Actualmente en los arts. 19 a 36 del Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios.

[12] SSTJUE de 28 de abril de 2018, en los asuntos C-233/16 a C-237/16 Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) / Generalitat de Catalunya; C-233/16), Consejería de Economía y Hacienda del Principado de Asturias y C-234/16), Consejo de Gobierno del Principado de Asturias(C-235/16), Diputación General de Aragón (C-236/16) y Diputación General de Aragón (C-237/16).

mica que concurre en determinados establecimientos comerciales como consecuencia de estar implantados como grandes superficies, en la medida en que esta circunstancia contribuye de una manera decisiva a tener una posición dominante en el sector y genera externalidades negativas en el territorio y el medio ambiente, cuyo coste no asumen.» (art. 19.2 del Decreto Legislativo 1/2014 del Principado de Asturias) [13].

Se configuran de este modo como tributos teóricamente medioambientales con vocación pigoviana [14] por cuanto pretenden corregir una serie de externalidades que, aparentemente, no han sido convenientemente asumidas por los que las generan. Su hecho imponible trata de reflejar este extremo con referencia expresa al daño medioambiental y al territorio causado por dichas instalaciones y su efecto de atracción al tráfico rodado [15]. Haciendo honor a su nombre el impuesto limita el gravamen a establecimientos comerciales de cierto tamaño (por encima de 2.000-2.500 m2), estando el gravamen vinculado generalmente a la superficie de aparcamiento disponible.

A pesar de las múltiples ocasiones en que el TC se ha pronunciado sobre esta figura solo en una ocasión ha examinado con detalle los parámetros de extrafiscalidad de este tributo, a través de la STC 53/2014, de 10 de abril, en la que reexaminaba la constitucionalidad del impuesto asturiano a raíz, esta vez, de una cuestión de inconstitucionalidad. En la misma el TC afirma sin paliativos la naturaleza extrafiscal del impuesto asturiano, hecho que descarta la colisión con el IBI y el IAE al evitar el «solapamiento real entre las fuentes de riqueza gravadas por uno u otro». Esta calificación se fundamenta en un examen de los diferentes elementos del tributo, más allá de las siempre atrayentes palabras de los preámbulos.

En primer lugar, entiende el TC que la principal finalidad no es la recaudatoria, sino la de desplazar hacia estas grandes superficies las incidencias negativas que su actividad genera en el territorio y en el medio ambiente. Todos los elementos examinados están orientados al mismo fin: la configuración de los sujetos gravados (solo establecimientos con superficie útil superior a

[13] Similares términos, también con connotaciones medioambientales, se emplean en los demás textos.

[14] La configuración de un impuesto pigoviano, nombre otorgado en honor al economista inglés Arthur Pigou, tiene como fundamento corregir la divergencia entre el beneficio privado y el social provocado por la presencia de externalidades negativas. Dicho impuesto elevará el precio de equilibrio, reducirá la producción al óptimo social y permitirá recaudar fondos que si se destinan a compensar las externalidades mejorarán el bienestar global.

[15] En el caso de Aragón en concreto se define como «Daño medioambiental causado por la utilización de las instalaciones y elementos afectos a la actividad y al tráfico desarrollados en los establecimientos comerciales que dispongan de una gran área de venta y de aparcamiento para sus clientes y se encuentren ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

2.400 m2 en este caso); la cuantificación de la base imponible (en función de la superficie efectiva de aparcamiento); la plasmación de criterios de modulación que fomentan el transporte público o penalizan las aglomeraciones urbanas; la afectación de la recaudación a programas en materia de medioambiente e infraestructuras, etc. Un fin que pretende a su vez desincentivar un determinado modelo de gran establecimiento a la par que exigirle un gravamen específico que corrija sus posibles externalidades.

Una última conclusión resulta fundamental para entender el papel del TC en relación al desarrollo de la extrafiscalidad en nuestro sistema tributario como garante de la coherencia del legislador, pero sin entrar a valorar la eficacia o eficiencia de las medidas adoptadas: «No es función de este tribunal determinar si la configuración del impuesto es la más idónea para cumplir los fines extrafiscales que dice perseguir; basta con que dichos fines se aprecien en la propia estructura del impuesto».

4. CONCLUSIONES

Como colofón de este estudio, dentro de sus limitaciones, podemos ofrecer una breve respuesta a la pregunta lógica que surge del análisis de la jurisprudencia de nuestro TC: ¿qué necesita un tributo para ser genuinamente extrafiscal?

Si bien debemos entender que estamos ante un continuo, en el que ningún tributo será puramente recaudatorio, ni puramente extrafiscal, sí que debemos reconocer en todo caso que para entender un tributo como extrafiscal debe alcanzarse un mínimo grado de intensidad, presente no solo en las bienintencionadas exposiciones de motivos, o en su posible afectación a fines concretos, sino principalmente en su finalidad, evaluada a través de los elementos esenciales del tributo.

De este modo, al analizar el hecho imponible y las exenciones, la base imponible o el cálculo de la cuota el elemento a gravar, la finalidad del tributo, debe estar presente, de modo que un mayor grado de cumplimiento con los fines extrafiscales (el tributo debe incentivar cambios, no orientarse a gravar conductas inevitables) debe reflejarse en una menor factura fiscal.

Este análisis detallado, de hecho, entendemos que puede obligar a «readmitir» dentro de la categoría de tributos extrafiscales, por ejemplo, a los impuestos sobre el tabaco que, por su gran potencial recaudatorio y su frecuente empleo para cuadrar las cuentas públicas, parece haberse excluido, de forma automática y «sin juicio previo» de esta categoría.

5. BIBLIOGRAFÍA

Albiñana García-Quintana, C. (1979), *Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid.

Bayona de Perogordo, J. J. y Soler Roch, M. T. (1989), *Derecho Financiero* (2.ª Ed.), Vol. I, Alicante.

Bueno Gallardo, E. y Urbano Sánchez, L. (2017), «Algunas reflexiones en relación con los impuestos catalán y balear sobre estancias turísticas», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, Vol. 3 N° 3, pp. 65-90.

Casado Ollero, G. (1991), «Los fines no fiscales de los tributos», *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Vol. 41, N.º 213, pp. 455-512.

Gutiérrez Bengoechea, M. (2014), «Algunas notas sobre la extrafiscalidad y su desarrollo en el derecho tributario», *Revista Técnica Tributaria*, N.º 107.

Manzoni, I. (1965), *Il principio della capacitá contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino.

Micheli, G. A. (1964), «Profili critici in tema di potestà di imposizione», *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Vol. I.

Peña Alonso, J. L. (2008), «La finalidad extrafiscal y la estructura de los tributos medioambientales», en AA. VV. *Tratado de tributación medioambiental* (coordinadores: Fernando Becker Zuazua, Luis María Cazorla Prieto y Julián Martínez-Simancas Sánchez), Vol. 1, 2008, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 459-499.

Ruiz Almendral, V. (2018), «La imposición sobre las bebidas azucaradas envasadas: su compatibilidad con los límites y principios del ordenamiento tributario», *Quincena Fiscal*, N.º 18.

CONSTITUCIONALISMO INDÍGENA LATINOAMERICANO Y DERECHOS SOCIALES

M.ª Concepción Pérez Villalobos*
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. Una reflexión desde Europa. 3. El desafío de los derechos indígenas para el Derecho Constitucional. Algunos ejemplos. 3.1 El derecho a la autodeterminación. 3.2 El derecho a la autonomía. 3.3 La implicación para las instituciones indígenas y estatales. 3.4 La Administración de Justicia. 4. Los derechos humanos como derechos fundamentales en su dimensión colectiva. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El Constitucionalismo social en Latinoamérica se inicia de forma temprana con la Constitución de México de 1917, conocida también como la Constitución de los derechos sociales; se convirtió en la primera a nivel mundial en contener los derechos sociales y colectivos, que matiza el modelo de gobierno liberal precedente modificándolo. El artículo 27 de esta Constitución recogía un catálogo de derechos de los campesinos, y el 123, los derechos de

* Profesora titular de Derecho constitucional. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Protección de la infancia en los conflictos armados. Enfoques normativo, operativo y judicial desde la perspectiva de los derechos humanos» DER2016-80580-R, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad-FEDER.

los trabajadores, e introducía una primera concreción del principio de igualdad liberal, al considerar que, bajo los postulados del Estado social, la ley no podía ser igual para aquellos que eran social y económicamente desiguales. Cuando se celebra el centenario de esta Constitución, podemos decir que los derechos colectivos se han convertido en el tema estrella de los constitucionalistas en América Latina y, de paso, de los constitucionalistas europeos que miramos con sorpresa este desafío que vuelve a poner de actualidad los postulados de la Constitución mejicana de 1917.

Creo, sin embargo, que la Constitución mejicana no podía prever las situaciones que se han presentado en la última década del siglo xx en relación a las minorías indígenas, básicamente porque el concepto de constitucionalismo social estaba unido a la visión mercantilista de los Estados constitucionales liberales nacidos en la época revolucionaria. Pero, creo también, y es lo importante, que contenía el principio que ha permitido incorporar el derecho indígena a los modelos constitucionales sin necesidad de «desintegrar» los Estados, permitiendo que las Constituciones puedan conformar instituciones y derechos de estas comunidades que no sean contrarios a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta Declaración tenemos que tomarla como punto de partida en estas cuestiones ya que las Constituciones del siglo xx se han visto completadas por la Declaración Universal de Derechos Humanos [1].

La Declaración Universal recoge derechos subjetivos de carácter individual, derechos que son reconocidos por los Estados y protegidos en sus Constituciones. Hasta el año 2007, las Constituciones se han afanado en encontrar las fórmulas de protección y desarrollo de estos derechos. El constitucionalismo latinoamericano, probablemente por imitación de los sistemas constitucionales occidentales, y por aplicación de las teorías jurídicas liberales, definieron

[1] De los terribles acontecimientos de las dos guerras mundiales del siglo XX surgen las aspiraciones pacifistas y de reconocimiento de derechos del hombre y de la mujer que darán lugar a la creación de las Naciones Unidas. La Organización de Naciones Unidas (ONU) se creó el 24 de octubre de 1945 por 51 países resueltos a mantener la paz mediante la cooperación internacional y la seguridad colectiva. El principio de igualdad se convirtió en uno de los ejes vertebradores de la Carta Fundacional y se inició una andadura hacia una paulatina implicación internacional por la defensa y protección de los derechos humanos. El Preámbulo de la Carta comienza declarando «la fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y en el valor del ser humano». La Asamblea General de la ONU aprobó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se recogen una serie de derechos interrelacionados, interdependientes e inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión lengua o cualquier otra condición. Con posterioridad, la Asamblea General aprobó el Acuerdo sobre Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor en 1976, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así pues, la Declaración Universal de Derechos (DUDH), junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptados ambos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y con entrada en vigor diez años después) y los protocolos facultativos correspondientes, constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

los derechos individuales y crearon Estados constitucionales acordes con su entorno y con su origen histórico [2].

Pues bien, en 2007, Naciones Unidas aprueban una nueva Declaración de Derechos, en este caso, de carácter colectivo, que, lógicamente, no elimina ni modifica el valor de la anterior Declaración que sigue siendo universal y de derechos humanos, pero que hay que entender como compatible y complementaria [3]. Esta situación supone, básicamente, un reto importante para los Estados y para sus Constituciones. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en 2007, constituye el documento más importante en relación con el reconocimiento y protección de los derechos colectivos. Pero en el contexto mencionado anteriormente la Declaración representaba un problema esencialmente constitucional, pues los derechos humanos se erigen sobre la base de un sujeto individual, no social ni colectivo, dejando de lado los planteamientos de los pueblos indígenas. Con excepción del derecho a la libre determinación [4], no son reconocidos otros derechos colectivos, pues en un marco legal internacional los derechos humanos protegen a los individuos.

2. UNA REFLEXIÓN DESDE EUROPA

Incluso para el constitucionalismo social europeo, la revolución social que desemboca en la Constitución mejicana de 1917, no pasaba exactamente por la consideración del respeto a los derechos de carácter colectivo, ni por social podía

[2] Durante la primera mitad del siglo XIX se constituyeron los estados y se proclamaron los derechos de libertad, probablemente ignorando la base social constituida por comunidades indígenas desconocidas para el constituyente y sin contar con su consentimiento, sin un pacto social en la base del poder constituyente, presumiendo, además, que existían unas demarcaciones coloniales bien trazadas, con fronteras contiguas, por lo que no existía derecho alguno de los indígenas a un territorio diferente del territorio del Estado que se constituía; el territorio habría de corresponder siempre al estado y nunca a los pueblos. Las constituciones latinoamericanas reconocen derechos, contemplan garantías, organizan poderes –ejecutivo, legislativo, judicial– como si la sociedad fuera homogénea, como si el Estado incidiese de igual forma por todo el territorio comprendido dentro de sus teóricas fronteras. *Vid*, CLAVERO (2010, 366); CARBONELL (2010, 23).

[3] El artículo 46 de la citada Declaración concluye con la siguiente afirmación sobre la complementariedad de ambas declaraciones: «En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe».

[4] Reconocidos tanto en la propia Declaración Universal como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

entenderse en aquel contexto, las diversidades sociales de las que hoy en día hablamos (Pérez Villalobos, 2003). En nuestro contexto, la igualdad social es más compleja ya que no se trata de ser social y económicamente desiguales; se trata de ser cultural y políticamente desiguales y convivir, al mismo tiempo, en Estados que pretenden la protección de la desigualdad económica o, mejor dicho, la igualación de la desigualdad económica. Se trata, en suma, de que hoy en día, con la mentalidad del siglo XXI, los constitucionalistas europeos, entendamos, desde los postulados del constitucionalismo europeo, que la noticia de que un helicóptero ha avistado en la selva amazónica un poblado de indígenas, al parecer todavía desconocido, no significa que debamos correr a la salvación de aquéllas almas, ni a extender de forma inmediata todo el catálogo de derechos que hemos sistematizado y garantizado en nuestras Constituciones desde el siglo XVII a sus pobladores, bajo la premisa del respeto a su propia identidad. ¿O, sí?

Por otra parte, me surgen dudas acerca de si es posible acuñar el término «constitucionalismo indígena», con el que he titulado estas reflexiones y que yo prefiero para dar respuesta a esta situación. De lo que hablan las nuevas Constituciones latinoamericanas que han incorporado el elemento indígena es de «Estado Pluricultural de Derecho» para referirse a la inculturación política y social de los «nuevos Estados», en cambio, de lo que hablan los constitucionalistas es de «neoconstitucionalismo iberoamericano», haciendo una traslación del concepto europeo surgido después de la guerra mundial que provoca la aparición de Constituciones garantistas de los derechos (Ferrajoli, 2007). No vamos a entrar a definir en este momento los problemas del neoconstitucionalismo pero, sea como fuere, lo que está claro es que este nuevo constitucionalismo en Latinoamérica se ha caracterizado por recoger el problema indígena, incorporar las reivindicaciones del movimiento indigenista y defender los derechos de estas comunidades. Previamente ha conseguido definirlos en el ámbito internacional, con el elemento agravante de que en la definición de esos derechos, no discrimina entre las comunidades culturales de los pueblos en aislamiento voluntario y las que están integradas en contextos urbanos [5]. Cada

[5] El Convenio 169 de la OIT en su artículo 1 aporta una definición de comunidad indígena que traslada la idea de la complejidad que supone la incorporación a las Constituciones de los derechos colectivos que puedan corresponderles: «El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

comunidad manifiesta unas peculiaridades diferentes de carácter histórico, social y jurídico-político, que lleva a necesidades diferentes y a utilizar medios reivindicativos diferentes por cada una de estas comunidades; seguramente, requieren también soluciones distintas [6]. No es lo mismo hablar de derechos indígenas en Guatemala o en Colombia, que en Argentina o México.

La realidad es que el neoconstitucionalismo como nueva Teoría Jurídica está generando innumerables debates entre la doctrina, sobre todo desde la década de 1960 cuando los movimientos en favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas cobraron mucha fuerza, y, más aún, en las dos últimas décadas del siglo xx cuando se reforman las Constituciones de algunos Estados para incorporar estas reivindicaciones [7]. Al constitucionalismo tradicional europeo, le quedaba lejos el concepto de derechos colectivos referidos a un grupo con estructuras estables diferentes a las estatales. Fue por esto por lo que las nuevas Constituciones americanas, que se reforman después de 2007, que se descubrieron sociales, programáticas y emancipadoras de las culturas ancestrales presentes aún en América Latina, por un momento, nos sorprendieron. Nos pilló a contrapié porque estábamos abstraídos en profundizar en los elementos democráticos de los Estados en el propio continente, en incorporar a las democracias constitucionales a los países del este de Europa después de la caída del muro de Berlín y del fin de la dictadura en España; estábamos imbuidos, en fin, en un proceso de constitucionalización de Europa, construyendo constitucionalmente la Unión Europea, a partir del tradicional modelo liberal y preguntándonos por nuestra propia deriva, cuando nos sorprendió una constitucionalidad transformadora, programática, social y pluralista, que incorporaba la innovadora expresión «Estado Plurinacional».

Más aún, nos obligaron a plantearnos si había que poner al día las viejas teorías constitucionales. Nuevamente, si no queríamos que la Constitución dejara de ser la protagonista de los Estados de Derecho había que volver a reconvertir las viejas teorías liberales europeas que no funcionaban en Latinoamérica. Esta situa-

[6] Empleando los términos de la propia Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, es evidente que «la situación de los pueblos indígenas varía de región en región y de país a país y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales».

[7] Las reformas constitucionales se abrieron al pluralismo jurídico, impulsadas, en parte por la ratificación del Convenio 169 de la OIT de 1989 que propone que los pueblos indígenas controlen sus propias instituciones dentro de los Estados en los que viven. Las Constituciones que se reformaron después de la firma del Convenio son las de Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Bolivia y Argentina en 1994, Ecuador en 1998, Venezuela en 1999 y Méjico en 2001. Con anterioridad a la firma del Convenio, otras Constituciones del siglo xx incorporaron diversas formas de reconocimiento de pueblos indígenas: la Constitución de Guatemala Nicaragua y Brasil de 1988 fue pionera al incorporar la protección especial a los aborígenes.

ción planteó a la doctrina un nuevo dilema, tan viejo como la propia Constitución: ¿estamos en presencia de una teoría que supera el constitucionalismo liberal clásico de los siglos XVIII y XIX? ¿Es una teoría jurídica independiente, o asume nuevos elementos que renuevan y rejuvenecen los viejos postulados constitucionales? (Viciano Pastor, y Martínez Dalmau, 2010). Creo que, efectivamente, el constitucionalismo europeo poco tiene que ver con estas situaciones de las que hablamos. Nos quedan lejos las culturas indígenas, a pesar de que Europa se ha convertido en un lugar donde conviven grupos sociales muy diferenciados. Pero, son grupos que nada tienen que ver con el indigenismo. Llegan a Europa de forma aislada, forzados por la migración económica o la persecución política y las guerras que se están produciendo en nuestras fronteras europeas. No constituyen grupos culturales compactos y, por tanto, el Estado social y protector europeo puede absorberlos y diluirlos en su propia cultura. Pero el concepto de la multiculturalidad aplicable a las sociedades europeas, con base en el principio de igualdad constitucional, tampoco parecía ser el aplicable a los derechos colectivos.

Desde mi punto de vista el concepto de constitucionalismo cultural, iniciado y desarrollado por Peter Häberle en Alemania (Häberle, 1996), es el que ha resuelto los problemas de constitucionalidad que se generan en estas situaciones descritas y es la teoría que puede aproximarse a lo que he llamado constitucionalismo indígena. Por eso, que la Constitución de 1917 considerara que el titular de la soberanía del Estado es culturalmente plural, puso las bases para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas ampliándose el ámbito de aplicación y protección del principio de igualdad, no solo a lo social y económicamente diferente, sino también a lo culturalmente diferente. Esta situación puede llevar a considerar que con la reforma de las Constituciones y la incorporación y reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se inaugura un nuevo proceso de construcción del Estado denominado Estado Pluricultural de Derecho.

3. EL DESAFÍO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL. ALGUNOS EJEMPLOS

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es muy amplia y completa ya que incluye derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Además, reconoce los derechos de los pueblos indígenas como inherentes. Es innovadora porque expresa los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, no solo profundiza en estos derechos sino que también impone obligaciones a los Estados y a las organizaciones internacio-

nales y los organismos intergubernamentales. En los 46 artículos, la Declaración recoge derechos que deben tenerse en consideración por el Derecho Constitucional dado que han sido ratificados por los Estados e incorporados a sus propios catálogos de derechos (Aguilar, Lafosse, Rojas, Steward, 2010, 44).

Algunas Constituciones ya han integrado estos derechos y han establecido garantías para su protección. Entre estos derechos ya constitucionalizados podemos destacar:

– Derecho a la preservación del hábitat natural y gestión de recursos naturales.
– Derecho a la propiedad colectiva de la tierra.
– Reconocimiento del propio espacio territorial, derecho a tener cada comunidad su propio territorio.
– Derecho a tener una organización política particular e instituciones propias, reconocidas por el Estado (autonomía política)
– Derecho a tener sus propias normas y administrar justicia (autonomía normativa-judicial).
– Reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas.
– Derecho a la educación bilingüe y multiétnica.
– Libertad de culto y respeto a la sacralidad de sus prácticas religiosas.
– Derecho a la igualdad material.
– Derecho a tener sus prácticas médicas tradicionales [8].
– En algunos casos, derecho a tener representantes en el parlamento.

Nuevamente hay que advertir que la consagración constitucional de unos u otros derechos está en simbiosis directa con las vicisitudes y peculiaridades de la cuestión indígena en cada país. Cada Estado se enfrenta a dilemas de diversa índole, frente las reclamaciones de grupos de indios y organizaciones indigenistas en su territorio. En general, sin entrar en minuciosas, puntuales y concretas situaciones, vamos a mencionar solamente algunos problemas de constitucionalidad que la incorporación de estos derechos puede plantear y que nos parecen más significativos, en concreto, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la autonomía, la implicación para las instituciones indígenas y estatales, la administración de Justicia y los derechos humanos como derechos fundamentales en su dimensión colectiva.

[8] La Declaración contiene importantes disposiciones que protegen las tradiciones y costumbres culturales, espirituales y religiosas de los pueblos indígenas, así como sus medicinas tradicionales, la propiedad intelectual y sus expresiones tradicionales culturales asociadas, así como los recursos genéticos, y los derechos laborales.

3.1 **El derecho a la autodeterminación**

El Artículo 3 de la Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Cuando la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas habla del derecho a la autodeterminación de estas comunidades, todas las alarmas constitucionales saltan, ya que el claro significado de este derecho es la posibilidad de formar Estados independientes. Sin embargo, los representantes de las comunidades indígenas niegan siempre esta posibilidad. La propia Declaración la aclara, y la conecta con los derechos humanos, de manera que solo cabe pensar que la libre determinación no implica la voluntad de formar un Estado independiente para cada pueblo, pero tampoco se deja a los pueblos sin Estado con tan solo los derechos individuales de los miembros de esos grupos. ¿Cómo entender, por tanto, el derecho a la autodeterminación del artículo 3 de la Declaración? Si no se trata de una amenaza a la integridad territorial de los Estados, solo es posible pensar que los Estados adopten la Declaración y, siguiendo las regla de Derecho Internacional, la desarrollen en sus propios sistemas jurídicos, y los pueblos indígenas, que viven en su territorio, con sus propios tejidos orgánicos sociales y políticos, deben ser incorporados de forma plena y en igualdad en todos los niveles de construcción y funcionamiento de las instituciones de gobierno bajo las que viven. Por tanto, podemos pensar que a los pueblos indígenas se les considera como distintos y a la vez vinculados a unidades mayores de interacción social y política, unidades que pueden incluir a los Estados en los que viven. Y ¿cómo se hará eso en los Estados latinoamericanos que se formaron adoptando Constituciones liberales? Es fácil la solución teórica del problema, pero no lo es tanto si tenemos que contar con todas las variables y circunstancias históricas de cada Estado y con las amenazas que el constitucionalismo latinoamericano ha sufrido a lo largo de su desarrollo histórico. No existe una solución única, pero, en cualquier caso, la solución debe ser constitucional pues si bien es cierto, como veremos, que esto exige un esfuerzo de adaptación constitucional, no es menos cierto, que solamente una Constitución puede asegurar la diversidad manteniéndola en la unidad del Estado.

Con relación a este aspecto, los cambios constitucionales han sido generalizados en la mayoría de las Constituciones que, aunque sufrieron la reforma antes de la firma del Convenio, incorporan el mismo criterio [9]. La Constitución

[9] Sobre cómo se gestó la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y la participación de las diferentes instituciones y delegaciones estatales, vid. entre otros, Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (2010): https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/.

de Nicaragua, en su artículo quinto consagra como principio el pluralismo étnico y el respeto a la autodeterminación de los pueblos. La Constitución de Bolivia declara que la «República es multiétnica y pluricultural y reconoce expresamente la existencia de los Pueblos Indígenas que habitan el territorio Boliviano». La Constitución de Colombia, por su parte, «reconoce y protege la diversidad étnica y cultural». La Constitución del Ecuador «reconoce al Estado como pluricultural y multiétnico» y compromete a fomentar la interculturalidad, así como a fortalecer la unidad nacional en la diversidad e igualdad cultural. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, «declara que la nación mexicana es pluricultural y que está sustentada originalmente en sus pueblos indígenas». La Constitución del Perú «consagra que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación». El texto constitucional agrega la distinción, «el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades Campesinas Nativas». La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el Preámbulo señala, que la «República establece una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones». En estos Estados existe una gran cantidad de población indígena, por lo tanto los acuerdos y reglamentaciones de convivencia son claves para entender la interculturalidad en medio de históricas luchas de los movimientos sociales indígenas que han logrado un avance sustancial en materia de derechos constitucionales, ello implica un conjunto de reglamentaciones favorables a las posiciones subalternas históricamente de los grupos indígenas.

Otro grupo de Estados latinoamericanos tiene un reconocimiento social de los grupos indígenas, por ejemplo, la Constitución de Panamá señala que el «Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales». La Constitución de Brasil prescribe que el «Estado protegerá las manifestaciones de la cultura indígenas, señalando que la ley dispondrá sobre la fijación de fechas conmemorativas de alta significación para los diferentes segmentos étnicos nacionales. La Constitución del Paraguay reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado; reconoce sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones. La Constitución de Guatemala declara que «El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos».

Finalmente, un tercer grupo, son los Estados expresa el no reconocimiento de indígenas: Chile, Honduras y Costa Rica. La constitución de Chile contempla en el Artículo 1 que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad; el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. Por otro lado, la Constitución de Honduras consagra la igualdad jurídica de todos los ciudadanos: «Todos los hombres nacen libres e iguales en derechos». Se sanciona todo tipo de discriminación, incluyéndose la discriminación en razón de raza. Por último, la Constitución de Costa Rica, en su artículo 33, no reconoce expresamente a los Pueblos Indígenas, sólo lo hace de manera implícita al proclamar la igualdad de todas las personas y el principio de la no discriminación.

3.2 **El derecho a la autonomía**

En el artículo 4 de la Declaración se dice que los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

La autonomía, o «autogobierno», podemos definirla como la capacidad o facultad de dictar normas propias. En efecto, como hemos dicho anteriormente, los ordenamientos jurídicos deben conceder a las comunidades el mayor grado de autonomía posible (esto es una exigencia básica del respeto a la identidad cultural), sin llegar al punto de considerarlos, nacionalidades separadas merecedoras de la libre determinación.

Fomentar la autonomía como la vía principal para el reconocimiento y la garantía del respeto a la identidad cultural significa reconocer la facultad que tienen los pueblos indígenas de organizar y dirigir su vida interna, de acuerdo a sus propios valores, instituciones, y mecanismos, dentro del marco del Estado del cual forman parte. Todos los integrantes de grupos indígenas deben reconocerse como nacionales, además de pertenecientes a una comunidad particular. Por tanto, la autonomía, como capacidad para autogobernarse tiene como base el territorio, el gobierno propio y la identificación del grupo culturalmente determinado. Esto implica poner en marcha planes para hacer verdaderamente extensivo el ejercicio de los derechos políticos a las comunidades indígenas.

En América Latina, este derecho indígena ha sido consagrado en las Constituciones de varios países. En Bolivia, la Constitución garantiza a los

Pueblos indígenas su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que incluye su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, y al reconocimiento de sus instituciones. En Ecuador, la Constitución establece los derechos de las nacionalidades indígenas a la autonomía política-administrativa y jurídica, tanto para el gobierno de sus asuntos internos como para las relaciones con organismos públicos y privados. Para ello se han planteado dos opciones o modelos:

a) Un modelo de Gobierno Autonómico con todos los poderes constituidos. Implica que el gobierno indígena ejerza los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; es decir que tenga la capacidad para sancionar sus propias leyes, y generar sus propios ingresos. Este es el modelo preferido y demandado por gran mayoría de las comunidades Indígenas.

b) Un modelo de Gobierno Autonómico limitado. Implica que el gobierno indígena tenga poder ejecutivo, pero con poder legislativo y judicial limitado. En este modelo la Asamblea Nacional o los Congresos Estatales se reservan el derecho de emitir las leyes, y por lo tanto, los indígenas tampoco pueden impartir justicia. Este modelo, en cambio, es el preferido por los Estados.

La demanda de las comunidades Indígenas por constituir autonomía con los tres poderes es el modelo más reclamado pero también el más complejo desde el punto de vista constitucional ya que implica la convivencia con personas no indígenas en los mismos territorios, que deben regirse por usos y costumbres que no les son propios.

El Convenio 169 de la OIT se refiere al «derecho consuetudinario indígena» como el conjunto de usos, prácticas, costumbres, creencias y principios que regulan la convivencia interna y que han sido transmitidos principalmente en forma oral y aplicados de manera general y uniforme en el tiempo por los pueblos indígenas, en tanto obligatorios y susceptibles de control social por parte de sus integrantes, autoridades tradicionales y organizaciones. El derecho consuetudinario indígena se funda en el derecho de libre determinación y está íntimamente relacionado con la identidad cultural de los pueblos indígenas. El Derecho Internacional, al igual que diversas constituciones, reconoce el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y consagra el derecho de éstos a establecer sus propias normas jurídicas y a hacerlas valer en caso de incumplimiento [10].

Esta aceptación del pluralismo jurídico ha llevado a que cada vez más países de Latinoamérica hayan dejado de considerar al derecho estatal como la

[10] *Cfr:* Arts. 8 a 10 del Convenio N° 169 de la OIT.

única fuente del derecho, aceptándose otras expresiones normativas de carácter obligatorio como el derecho consuetudinario indígena. La Constitución de Bolivia es la Constitución que más relevancia concede al derecho indígena, reconociendo a los pueblos indígenas el derecho «al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión», en un marco de pluralismo jurídico e interculturalidad y otorgando igual jerarquía tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena [11].

La Constitución de Ecuador reconoce también el derecho de los pueblos indígenas a «conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral», y a «crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario» [12].

Todos los países recogen el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas de manera directa o indirecta [13], pero entre las Constituciones no se mantiene un criterio uniforme a la hora de incorporar el Derecho Indígena. Se puede hablar de dos modelos, las Constituciones que establecen de forma expresa que el derecho estatal tiene superioridad jerárquica sobre el derecho consuetudinario (Colombia (art. 246), México (art. 2.ºII), Paraguay (art. 63) y Venezuela (art. 260); y las Constituciones que establecen que el derecho indígena está supeditado a los derechos humanos o fundamentales, (Bolivia (art. 191 II), Ecuador (arts. 57.10 y 171), México (art. 2.º II) y Perú (art. 149), en consonancia con lo reconocido por el Convenio 169 de la OIT, cuya ratificación supone que los países aceptan el pluralismo jurídico interno y su control por instituciones propias de la comunidad indígena. Esto supone el reconocimiento de tres aspectos: el derecho propio consuetudinario y la facultad normativa para dictar normas nuevas; la existencia de autoridades nombradas por la comunidad, y, la función jurisdiccional para la aplicación de las normas.

3.3 **La implicación para las instituciones indígenas y estatales**

Entre los artículos clave de la Declaración podemos citar:

Artículo 18: Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por con-

[11] *Cfr:* Arts. 30. II.14, 179, 180. II y 191-193.
[12] *Cfr:* Art. 57. 9 y 10.
[13] Colombia (art. 246), México (art. 2.ºII), Paraguay (art. 63), Perú (art. 149), Venezuela (arts. 119 y 260), y de manera indirecta en Nicaragua (arts. 89 y 180).

ducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 32.1: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

Artículo 38: Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Del ejercicio del derecho a la autonomía se deduce que las comunidades Indígenas pueden adoptar tienen sus propias estructuras, sus instituciones y sus formas de gobierno. Al mismo tiempo, sus instituciones se conectan constitucionalmente en un sistema multinivel con las estructuras de gobierno, a nivel nacional, regional o municipal; y de esa relación dependen en buena medida, las posibilidades de desarrollo sostenible y efectivo de las comunidades. Implica la necesidad de contar con nuevas formas de gobierno para la administración de los territorios que tienen que hacerlo en Estatutos propios que recojan el marco jurídico autonómico. Este Estatuto se consideraría la norma institucional básica de cada comunidad, debería de ser aprobado por la comunidad en su conjunto y, después, por los órganos representativos del Estado y debería incluir tanto los derechos individuales como los derechos colectivos. Por último, deben incorporar sus órganos de autogobierno, que pueden estar basadas en sus poderes consuetudinarios o tradicionales. La Constitución debe propiciar un marco de convivencia en el que la diversidad esté reconocida y regulada. Esta situación, sin duda, favorece modelos de Estado plurinacionales y con un poder territorialmente descentralizado en el que vuelve a aparecer el problema de la diversidad de modelos ya que hay comunidades que ni siquiera tienen un territorio definido; así, por ejemplo, hay territorios en la Amazonía colombiana donde el Estado no tuvo ni tiene presencia, y otros, como en Ecuador o Bolivia donde las comunidades tienen territorios fragmentados entre distintos municipios, departamentos, e

incluso entre países. Esta fragmentación dificulta la autonomía por vía territorial, por más que la ley y la Constitución la reconozca.

Entre los países que reconocen algún sistema institucional propio como forma de autogobierno podemos citar Nicaragua, Bolivia, Chile o Panamá.

Nicaragua, establece para las Comunidades de la costa Atlántica un régimen de autonomía. Agrega la Constitución que las comunidades de la costa atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. En Bolivia, desde 1998, existe el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas y Originarios de Bolivia, entre cuyas atribuciones está concertar políticas destinadas a desarrollar la naturaleza multiétnica y pluricultural del país en lo relativo a los derechos sociales, económicos y culturales de los Pueblos Indígenas. En Ecuador, se reconoce a nivel constitucional la protección a los diferentes grupos étnicos. En Chile existe una Ley especial Indígena 1994, que reconoce derechos específicos a las personas y comunidades indígenas en materia de derechos territoriales, económicos, sociales, patrimoniales y culturales y sistema institucional para la implemetación de las políticas sociales indígenas. Por último, el ordenamiento jurídico de Bolivia, Colombia y Panamá reconocen estatutos específicos de autonomía para gestionar determinados territorios indígenas.

3.4 **La Administración de Justicia**

El tema del acceso a la justicia y la relación entre el derecho formal y el derecho consuetudinario es fundamental en el campo constitucional ya que afecta de forma directa al principio de igualdad, y tiene que ser analizado tanto desde el punto de vista del derecho individual, como formando parte del derecho a la autonomía reconocido a estas comunidades en cada Constitución.

En este sentido, los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las

tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Las Constituciones reformadas reconocen ahora una jurisdicción indígena con sus propias autoridades. Las más explícitas en este sentido son las de Perú, Colombia y Bolivia; las demás contienen fórmulas más matizadas como la de Argentina, o la de Paraguay que reconoce un carácter voluntario, o México que la hace depender de la validación de las decisiones indígenas por los jueces nacionales. Pero, en general, los textos no crean esta jurisdicción sino que reconocen que existe y funciona dentro de las comunidades sociales; por tanto, frente a quienes entienden que la existencia de estos sistemas son un peligro que puede destruir el Estado de Derecho, se puede argumentar que no son creados por la Constitución sino que son reconocidos por ella, lo cual supone que ya convivían con el sistema constitucional democrático y se venían articulando con los demás poderes del Estado sin demasiadas consecuencias. En este sentido, hay Constituciones como la boliviana que se refiere a las «autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas» queriendo significar que no se crea un sistema nuevo diferenciado.

En cuanto a los límites de esta jurisdicción, las Constituciones de Perú y Colombia establecen el límite impuesto por el Convenio de la OIT: el respeto a los derechos humanos en lo que se refiere a las sanciones que pueden aplicar, no en lo relativo a las materias. Otro límite vendría impuesto por la propia Constitución y, por tanto, por el deber de respetar los derechos fundamentales reconocidos en ella y de no vulnerar lo dispuesto en la Constitución y en las leyes.

En cuanto al ámbito competencial incorporan el fuero territorial y personal, y, por tanto, en uso de este reconocimiento de la potestad jurisdiccional pueden intervenir aún fuera de su territorio y para casos no indígenas, para resolver todos los asuntos que por razón de persona, territorio o materia sea indígena. Cabe pensar, por tanto, que una persona no perteneciente a esa comunidad pueda ser juzgada por hechos cometidos dentro de ella.

Las leyes de desarrollo constitucional son las que deben de establecer ahora las formas de relación entre ambos sistemas jurídicos. Este aspecto ha sido objeto de múltiples debates dando lugar a interpretaciones que intentan, unas, minimizar la reforma, y otras, que tratan de respetarla en su letra y en su espíritu para no dejarla sin contenido [14].

[14] En Colombia, el Tribunal Constitucional ha asumido la tarea de interpretación de las cláusulas constitucionales de derecho indígena y ha llegado a suspender una condena de destierro de un individuo

4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN SU DIMENSIÓN COLECTIVA

La Declaración de 2007 comienza su articulado con el reconocimiento de que los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos. En este sentido, la Declaración ciertamente introduce el concepto de derechos colectivos, como uno de los aportes novedosos al sistema jurídico internacional. Es decir, el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas constituye el medio idóneo para la efectiva realización de muchos de los derechos humanos individuales consagrados universalmente.

Es posible que, después del tema de tierras, territorios y recursos, el punto más controvertido de la Declaración de 2007 sea el de la interpretación de los derechos humanos en su dimensión colectiva. La Declaración enfatiza esta idea de diversas formas, reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.

Es en el campo de los derechos fundamentales donde la apertura constitucional se produce en dirección hacia un mayor avance hacia el pluralismo cultural con la incorporación de las comunidades indígenas. Los derechos colectivos que tienen como titulares a un grupo humano, sólo consiguen ejercerse a través de la colectividad, aunque sus beneficios alcanzan de forma individual a los miembros de la comunidad, de forma que el derecho individual y el derecho colectivo no se oponen sino que se complementan para el goce pleno y efectivo de los derechos humanos. La titularidad que se reconoce a las comunidades tiene como último titular a cada uno de los individuos que la integran, pero se mantiene una relación directa entre derechos individuales y colectivos; así por ejemplo, una persona indígena no podrá usar y disfrutar de las tierras y los recursos naturales, si previamente no hay el reconocimiento de la propiedad colectiva de dichas tierras. Esta es la razón por la que algunas constituciones latinoamericanas diferencien ahora entre derechos humanos y derechos constitucionales y consideren a los derechos humanos de un orden supraestatal. Entre los derechos humanos se comprenden ahora los derechos indígenas

de su comunidad por considerarla una pena contraria a los derechos constitucionales. *Vid:* SÁNCHEZ BOTERO, (1998, 280).

siguiéndose con esto la propia evolución del derecho internacional. Y entre estos derechos irrumpen los derechos indígenas: derecho a la propia cultura como derecho individual y comunitario, derecho de las personas y de las comunidades indígenas a su propia lengua o propios códigos de comunicación, el uso propio del territorio y la explotación de sus recursos, sus propias formas de resolución de conflictos o sus propios modos de vida.

5. CONCLUSIONES

En las últimas décadas del siglo pasado, se han modificado numerosas Constituciones de Estados latinoamericanos que al tiempo que refuerzan los poderes presidenciales, consolidan los compromisos sociales del Estado, incluyendo en estas reformas la relación entre estos y los derechos indígenas, de manera que la «cuestión indígena» aparece, en parte, como sustitutiva de la cuestión social en el debate constitucional, y, en parte, como integrante de la misma cuestión si se entiende como una forma más avanzada del tipo de estado social latinoamericano.

Este interés por los derechos indígenas es nuevo en el constitucionalismo latinoamericano que no se había preocupado por ellos hasta finales del siglo pasado. Todas las Constituciones comienzan a hacerse sensibles a los derechos de los pueblos indígenas, de forma que la cuestión social abierta en las Constituciones del siglo XX no queda completa si no se incluye a colectivos desfavorecidos socialmente y, de forma manifiesta, a los individuos integrantes de colectividades indígenas, que habían sido excluidos de la atención legal. La exclusión de estos colectivos del ámbito legal y constitucional, hasta cierto punto, parecía lógico en sistemas constitucionales de poder concentrado en los que se hace difícil incorporar un Derecho que, por definición, tiene carácter expansivo, ya que incluye elementos como la autonomía, la auto organización o el autocontrol de las propias normas. Al mismo tiempo, supone el reconocimiento de derechos subjetivos, como el derecho a utilizar la lengua propia; el derecho a una religión diferente que practica ritos que muchas veces son incluso contrarios a los derechos humanos; el uso colectivo de la tierra propia, o, la resolución autónoma de conflictos. Son elementos que tienen difícil incorporación al Estado de Derecho, por cuanto, o bien, el Estado tiende a judicializar los problemas relacionados con las comunidades indígenas (cuando probablemente en esas comunidades la resolución propia tendría carácter extrajudicial), o bien, tiende a individualizar derechos que, de acuerdo con las tradiciones indígenas, en muchos casos tendrían carácter colectivo. Esto supone, de alguna forma, «expropiar» a las comu-

nidades indígenas el poder de decisión sobre sus conflictos por la dificultad de incorporarlos al sistema constitucional de Derecho.

En este sentido es en el que se ha hablado de la «desnaturalización» del sistema, que se puede considerar como una extraña técnica de encaje de un sistema en otro, con el que, además, colisiona. Cuando el constitucionalismo liberal integra la «cuestión indígena», tiende a expandir la lista de derechos, con aparentemente cierto descuido que termina maximizando los problemas de constitucionalidad. No se trata solo de permitir que los indígenas vistan de modo propio, hablen lengua propia o realicen rituales exóticos, sino que el reconocimiento del Derecho indígena supone plantearse temas como la redistribución de la riqueza, o la organización de la tierra –una fuente de conflicto social importantísima y permanente en América Latina-, que no tiene fácil solución. Estos derechos que han sido reconocidos para numerosas etnias y grupos de indígenas han propiciado, en no pocas ocasiones, fuertes colisiones entre el reconocimiento de estos derechos y el mantenimiento del sistema constitucional que han llevado a crear situaciones de conflicto con las poblaciones indígenas.

Si el constitucionalismo de principios de siglo xx fue el constitucionalismo social, el de finales del mismo siglo, ha sido el constitucionalismo indígena definido desde el primero –constitucionalismo social– como un tema de marginalidad socioeconómica de los pueblos indígenas sometidos a la oligarquía terrateniente. Los derechos sociales y colectivos que reconoce el constitucionalismo social buscan cambiar la situación de los indígenas, al mismo tiempo que obliga a realizar nuevas políticas públicas. Perú, Bolivia y Ecuador reconocen constitucionalmente entes colectivos como comunidades indígenas y campesinas, sindicatos campesinos, cooperativas y otras formas de organización colectiva indígena y establecen protecciones frente al abuso en el trabajo, buscando proscribir la servidumbre indígena; en cuanto a las políticas activas estatales, éste interviene en lo que se refiere a la actividad prestacional relativa a la educación, la salud y la integración de los indígenas en el mercado. Reconocen además, las tierras colectivas, las políticas de reforma agraria, fomento propiedad social, comunal o cooperativa, y de desarrollo agrícola (los indígenas son definidos básicamente como campesinos).

En definitiva, el constitucionalismo social hace posible el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, los derechos prestacionales que el Estado debe a este colectivo, y el desarrollo de políticas intervencionistas en favor de derechos sociales de la población indígena. En este sentido se ha hablado del *indigenismo integracionista* como manifestación del nuevo constitucionalismo indigenista en Latinoamérica.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, G.; LAFOSSE, S.; ROJAS, H.; STEWARD, R. (2010), «The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 2.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2004): *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle,* Ed. Tecnos, Madrid.

CARBONELL, M. (2010), «Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina», *Revista de Derecho Público,* n.º 73.

CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (2010), *El desafío de la Declaración. Historia y fututo de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*.

CLAVERO, B. (2010), «Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas», *El desafío de la Declaración*.

FERRAJOLI, L. (2007), *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democracia*, Laterza, Bari.

HÄBERLE, P. (2010), «Métodos y principios de la interpretación constitucional, un catálogo de problemas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13.

PÉREZ VILLALOBOS, M.ª C. (2002), *Estado social y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ BOTERO, E. (1998), «Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia, la tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural», en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6211517.pdf.

VICIANO PASTOR, R.; y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010), «¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?», *ponencia VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México.

PRECISIONES NECESARIAS PARA COMPRENDER EL PROCESO CONSTITUYENTE INICIADO EN CUBA CON EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE 22 DE JULIO DE 2018

Antonio-Filiu Franco Pérez[*]
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Precisión primera: la concepción material que caracteriza a la Constitución cubana de 1976. 3. Precisión segunda: naturaleza y fines de las reformas parciales realizadas a la Constitución cubana de 1976. 4. Epílogo: cambiar todo para que nada cambie. La nueva Constitución cubana de 2019. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha de 22 de julio de 2018 el Parlamento cubano aprobó el Proyecto de una nueva Constitución de la República de Cuba que, a nuestro juicio, forma parte de una estrategia política de supervivencia del régimen político

[*] Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación MINECO-18-DER2017-82196-P, «Reforma constitucional y defensa de la democracia», del Plan estatal I+D+i. Igualmente, este texto se enmarca en el ámbito de investigación desarrollado por el Grupo de Derechos Fundamentales y Constitución (DERECONS), IDI/2018/000240 de la Universidad de Oviedo, subvencionado con fondos de la Unión Europea a través del Plan de ciencia, tecnología e innovación.

vigente en la Isla en un contexto geopolítico regional extremadamente adverso, condicionado por el fin de la era «bolivariana», la profunda crisis política, económica y social de Venezuela –cuyo subsidio petrolero resulta vital para Cuba– y el impredecible gobierno de Donald Trump en los Estados Unidos.

Así las cosas, cuando se han cumplido seis décadas del triunfo de la revolución de Fidel Castro en la Gran Antilla, la imperiosa necesidad de supervivencia del régimen y el inevitable cambio generacional de las élites dirigentes han condicionado el diseño de un nuevo texto constitucional que pretende introducir una imagen de «modernidad» en la estructura institucional del Estado cubano sin renunciar, eso sí, a las esencias del sistema político instaurado en 1959, ni al papel rector del Partido Comunista de Cuba. Esto es, un inequívoco ejercicio de gatopardismo constitucional. A poner de relieve algunas cuestiones significativas necesarias para comprender este singular proceso constituyente en el contexto del denominado «nuevo constitucionalismo latinoamericano» se dirige el presente estudio.

2. PRECISIÓN PRIMERA: LA CONCEPCIÓN MATERIAL QUE CARACTERIZA A LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 1976

Un rasgo destacable de las concepciones materiales de Constitución es el de tratar a dicho concepto considerándolo de forma no autónoma respecto de otros ámbitos sociales diferentes al jurídico (verbigracia, el político, el moral, etc.), de modo que esa falta de autonomía funcional y estructural se convierte en un postulado científico-jurídico básico de dichas concepciones. Así pues, dichas concepciones fundamentan la existencia de limitaciones materiales a la dinámica normativa constitucional a partir de la incidencia en el ordenamiento jurídico de elementos fáctico-políticos, o bien morales, que, de no estar expresamente positivizados por la Constitución, tácitamente habría que suponerlos como parte de la voluntad de dicha norma, en tanto y en cuanto resultan ínsitos al concepto de Constitución.

Esto es, quienes asumen estas concepciones pueden llegar al extremo de convertir a la realidad política en el contenido de la norma constitucional, con lo que fácilmente pueden perder de vista en lo que consiste el punto de partida de la ciencia del Derecho: la distinción entre el *ser* y el *deber ser* como dos campos diferentes de la realidad, y que dicha ciencia se ocupa específicamente del *deber ser*, siendo su objeto las normas jurídicas y las realidades cualificadas como jurídicas por dichas normas (Kelsen, 1979, 23-24). O dicho de otra forma, la ciencia del Derecho es, en general, contraria a la concepción teleoló-

gica que concibe a la Constitución como norma jurídica de contenido político, *sensu contrario* a la postura que propugnan las teorías materiales de Constitución, que pretenden incorporar fines, externos al sistema jurídico, como elementos determinantes del concepto de Constitución, lo que en cualquier caso desvirtúa la juridicidad del concepto en cuestión (Aláez Corral, 2000, 13).

Así las cosas, ven la luz diferentes concepciones materiales de Constitución que tienen como rasgo común la politización de su función a partir de su objeto político, entre las que sin duda destacan las elaboradas por C. Schmitt, R. Smend, H. Heller, M. Hauriou, S. Romano; y, C. Mortati. La referida materialización del objeto y función de la Constitución que resulta común en estas teorías ineluctablemente conduce a que las mismas se desarrollen desde posiciones metodológicas diversas, que impiden enfocarlas analíticamente como una unidad, de ahí que en el presente trabajo nos limitemos únicamente a dar cuenta de su existencia (García-Pelayo, 1991, 81 y ss.; Aláez Corral, 2000, 61 y ss.), destacando sólo la que, a nuestro juicio, ha podido tener un mayor influjo sobre el objeto que nos ocupa.

Aunque hoy por hoy no puede asegurarse categóricamente el influjo directo de una u otra de las anteriormente mencionadas teorías materiales de Constitución sobre los fundamentos doctrinales que impregnan la Constitución cubana de 1976, no es menos cierto que dicho influjo doctrinal pudo tener lugar de forma indirecta a través de la teoría soviética del Estado y de la Constitución que todavía prevalece en Cuba (Fernández Bulté *et al.,* 1989, *passim*; y, Pérez Hernández y Prieto Valdés, 2000, *passim*). Es característica de la concepción de Constitución que en dicha teoría se articula asumir que la estructura política real de un pueblo no es el resultado de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, de manera que si la normatividad en cuestión pretende tener eficacia ha de expresar, y sistematizar, la realidad social subyacente. Dicha concepción lleva implícita la escisión del concepto de Constitución en dos partes, toda vez que distingue entre una Constitución real (material), y una Constitución jurídica (formal), que tendrá mayor eficacia cuanto más congruencia tenga con la primera.

No obstante, a nuestro juicio, detrás del andamiaje teórico soviético asimilado en Cuba parece que subyace la construcción teórica de Costantino Mortati (1940). Así, para Mortati la Constitución material resulta la fuente de validez de la Constitución formal, de ahí que del contenido de la primera emanen los límites materiales que, sin necesidad de ser positivizados, condicionan la validez de las modificaciones en la Constitución formal. Y esto es así en tanto que Mortati parte de la consideración de que un grupo social se convierte en una entidad jurídica (la institución del Estado moderno) cuando en él

tiene lugar una unidad consciente en el comportamiento de sus miembros para la consecución de un fin considerado necesario por el grupo. De ahí que el Derecho y la Constitución consistan tanto en el fin en torno al cual se constituye el grupo en cuestión, como en el conjunto de actividades sucesivas dirigidas a alcanzarlo [1].

Desde esta perspectiva, pues, la Constitución material tiene por contenido tanto el fin político concreto que opera como elemento unificador del grupo social, como las situaciones y relaciones fácticas dirigidas a realizar dicho fin, de ahí que para que una Constitución pueda dotar de la necesaria estabilidad al sistema social, deba tener un contenido determinado (Mortati, 1940, 65 y ss.), no pudiendo, en consecuencia, quedar reducida a una mera Constitución formal. De esta manera, el fin y las acciones que conducen a su realización se convierten en la fuente de toda la normatividad del Ordenamiento, en tanto y en cuanto resultan el rasero para medir los actos de los órganos constituidos por la Constitución formal.

Es ésta la razón por la que Mortati considera que «*questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzî dagli altri, in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonistici portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità política, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale*» (1940, 76); o lo que es lo mismo, la fuerza política dominante en una sociedad determinada, en tanto directora del proceso político-jurídico que permite la precisión y realización del fin en que consiste la Constitución es, por dicha razón, la portadora del poder constituyente en su sentido originario. No obstante, dicho poder no debe entenderse como un poder fáctico, sino como un poder que, por su objeto (la Constitución material), es jurídico, fundiéndose en dicha norma desde que la misma es establecida. Desde este momento, el fin político concreto con carácter normativo en que consiste la Constitución material resulta vinculante de cara a cualquier actuación posterior, lo que excluye que pueda ser sustituida por otra de diferente contenido (Aláez Corral, 2000, 90).

Así las cosas, desde esta perspectiva la Constitución formal cumple una función meramente instrumental en relación con la Constitución material, en tanto que la primera es un medio que utiliza la fuerza política dominante para

[1] Al respecto expresa MORTATI (1940, 65, n. 1): «*In via generale, può dirsi solo che un gruppo sociale diviene entità giuridica quando si attui in esso un'unità nei comportamenti dei singoli partecipanti pel consapevole raggiungimento di un fine, posto come necessario al gruppo stesso. Diritto, come principio regolativo di rapporti sociali, è tanto il costituirsi del gruppo intorno al fine, quanto il complesso delle attività succesive dirette a realizzarlo*.»

realizar el fin en que parcialmente consiste la segunda; de este modo, pues, la Constitución formal dota de estabilidad, y ofrece garantías, a los intereses y valores plasmados en cada momento por la fuerza política dominante en el fin político concreto que constituye el núcleo unificador del Estado, de ahí que entre una y otra norma se establezca una interdependencia sobre la base de una relación de jerarquía, lo que a su vez supone que la validez del Ordenamiento no puede deducirse de la mera legalidad formal, sino que en todo caso dicha legalidad está indisolublemente ligada al orden social que le ofrece legitimidad (la Constitución material). Dicho orden será el que permita otorgarle la necesaria positividad para su validez. Es ésta, pues, en apretada síntesis, la concepción teórica propugnada por Costantino Mortati que, como se ha adelantado, a nuestro juicio impregna la Constitución cubana de 1976. Veámoslo.

Durante los primeros diecisiete años de la instauración del autodenominado «Gobierno revolucionario» en Cuba, la norma jurídica que articuló el ejercicio del poder «revolucionario» fue la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, en cuya virtud el Poder Legislativo y el de reforma constitucional se concentraban en un órgano que paradójicamente estaba concebido en su origen como de apoyo al Ejecutivo: el Consejo de Ministros. Así, pues, la referida norma fundamental –que no era otra cosa que una apresurada adecuación (que no reforma) del texto de la Constitución de 1940 a los intereses específicos de la fuerza político-militar triunfante en la Revolución de enero de 1959 (el Ejército Rebelde), liderada por Fidel Castro– no significó en la práctica otra cosa que el medio utilizado por el Alto Mando del Ejército Rebelde para otorgarle forma de normas estatales a las que había dictado durante la etapa insurreccional, a la vez que ajustaba a la medida de sus intereses los órganos e instituciones constituidos por la Constitución de 1940, si bien con esta operación desvirtuaba el equilibrio de poderes articulado en dicha norma constitucional.

En fin, que la Ley Fundamental de 1959 cumplió la función instrumental de instituir una estructura estatal, y un ordenamiento jurídico, (Constitución en sentido material) a la medida de los intereses de la fuerza político-militar que en virtud de una situación fáctica (la Revolución de enero de 1959) había devenido en fuerza política dominante en el contexto de la sociedad cubana. A partir de aquí, y durante diecisiete años de precaria (y discutible) constitucionalidad, dicha fuerza política maduraría el fin político concreto en torno al cual se unificaría el Estado cubano: la edificación de la sociedad comunista.

En 1974, por Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, de 22 de octubre, se constituye una Comisión mixta (del Partido y del Gobierno) con el encargo de redactar el Anteproyecto

de Constitución [2]. Dicha Comisión, integrada por veinte miembros nombrados en el anteriormente referido «Acuerdo», debería tener en cuenta para realizar el trabajo encomendado la siguiente indicación esencial del Partido Comunista y del Gobierno «revolucionario»: «que el anteproyecto debe basarse en la realidad económico-social instaurada por la Revolución, y servir a su consolidación y desarrollo»; debía tener en cuenta asimismo «las experiencias de quince años de Poder Revolucionario, los pasos dados últimamente en el proceso de perfeccionamiento del aparato estatal, las experiencias de los países que marchan por la vía del socialismo y el comunismo, las tradiciones progresistas y revolucionarias de nuestro pueblo y fundamentarse en los sólidos principios del marxismo-leninismo. Debe ser, pues, un Anteproyecto de Constitución Socialista» [3].

De la misma manera, en los ordinales séptimo, octavo, noveno y décimo del «Acuerdo», el Consejo de Ministros y el Buró Político del Partido Comunista de Cuba indicaban expresamente a la Comisión redactora del Anteproyecto un conjunto de elementos políticos y axiológicos que deberían ser igual y estrictamente observados en la redacción [4].

Así pues, puede apreciarse cómo en estas bases genésicas de la Constitución cubana de 1976 se articulan ya los elementos esenciales de la construcción teórica de Mortati, a saber: A) la fuerza política dominante en el seno de la sociedad cubana (aglutinada en el Partido Comunista en tanto vanguardia organizada de la clase obrera y fuerza dirigente superior de toda la sociedad) determina el fin político concreto que opera como elemento unificador de dicho grupo social: consolidar y desarrollar «la Revolución», fundamento material de la edificación de la sociedad comunista en Cuba; y, B) por la razón anterior la referida fuerza política dominante es la portadora del poder constituyente originario, de ahí que la Constitución cubana de 1976 se elaborase a partir de las bases políticas y axiológicas recogidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, de 22 de octubre de 1974, y no de las normas reguladoras del procedimiento de reforma previsto en la entonces vigente Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, amén de que la elaboración del texto constitucional no fue el resultado de la labor de una auténtica Asamblea constituyente ni, incluso, de una Asamblea legislativa con funciones constituyentes, esto es, un órgano representativo de carácter electivo, o lo que es lo mismo, un órgano dotado de legitimidad democrática en virtud de haberse constitui-

[2] *Cfr*. «Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, de 22 de octubre de 1974», *Gaceta Oficial de la República de Cuba,* Extraordinaria N.º 13, de 23 de octubre de 1974.

[3] *Ibid*., acuerdo sexto. La cursiva es nuestra.

[4] *Ibid*., acuerdos séptimo, octavo, noveno y décimo.

do por elección popular, sino, que por el contrario, fue el resultado de la labor de un órgano *ad hoc* designado y comisionado por el Partido Comunista de Cuba y el Gobierno «revolucionario» para el ejercicio de funciones constituyentes, aunque también dicho órgano puede considerarse como de simple ejecución de los mandatos de la fuerza política dominante, habida cuenta de las expresas indicaciones que recibió al respecto.

Una vez elaborado el Anteproyecto de Constitución por la Comisión redactora *ad hoc*, el mismo fue objeto de discusión formal en asambleas populares, sin que dichos debates supusiesen la más mínima alteración del fondo del texto del Anteproyecto, que fue aprobado más adelante por Resolución del Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba, y en la que se recomendaba su publicación oficial como Proyecto de Constitución para ser sometido a referendo constitucional. No obstante, esta declaración política cobró forma jurídica a través del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 1975, en el que se disponía la publicación en la Gaceta Oficial de los Proyectos de Constitución y de Ley de Tránsito Constitucional, así como la celebración del Referendo [5].

Celebrado el referendo el 15 de febrero de 1976, la Constitución y la Ley de Tránsito Constitucional resultaron aprobadas por el 97,7% de los votantes, de un total de 5.717.266 electores registrados, lo que fue ratificado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1976 [6], siendo finalmente publicadas dichas normas en la Gaceta Oficial de la República de Cuba de 24 de febrero del mismo año [7], Así pues, la fuerza política dominante en la sociedad cubana se había dotado a través del proceso político-jurídico anteriormente descrito de una Constitución formal, con la declarada pretensión de ofrecer estabilidad y garantía a los valores e intereses específicos que propugnaba, plasmados en el fin político concreto en torno al cual se unificaba el Estado cubano: consolidar el poder «revolucionario» y construir el socialismo, para, finalmente, edificar la sociedad comunista en Cuba. De ahí que el contenido de la referida Constitución formal estuviese en perfecta sintonía con la Constitución material, toda vez que positivizaba el orden político-social que le otorgaba legitimidad y validez (la Constitución material), según se advierte con claridad en algunos preceptos constitucionales, verbigracia, el Art. 5, que positiviza a la fuerza política dominante en la sociedad cubana: el Partido Comunista, y el fin político concreto a realizar: la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista; el Art. 9,

[5] *Cfr. Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria especial N.º 1, de 27 de diciembre de 1975.
[6] *Cfr. Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Especial N.º 1, de 17 de febrero de 1976.
[7] *Cfr. Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Especial N.º 2, de 24 de febrero de 1976.

que otorga positividad a los fines políticos del Estado cubano; y, el Art. 12, que positiviza los fundamentos político-axiológicos del Estado cubano, por sólo citar algunos de los más evidentes.

3. PRECISIÓN SEGUNDA: NATURALEZA Y FINES DE LAS REFORMAS PARCIALES REALIZADAS A LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 1976

Hasta la de junio de 2002 han sido tres las reformas parciales realizadas al texto constitucional aprobado en 1976: la primera, efectuada en junio de 1978, consistió en modificar la redacción del apartado a) del Art. 10, en el sentido de que cambiaba el nombre de la hasta entonces denominada Isla de Pinos, que a partir de la referida reforma pasaría a llamarse Isla de la Juventud. La segunda, mucho más amplia que la primera, tuvo lugar en julio de 1992, y estuvo materialmente condicionada por el cambio que en el contexto económico y político internacional supuso para Cuba el desmoronamiento del régimen socialista en la otrora URSS y los países de la Europa del Este.

Así, como resultado de las recomendaciones políticas emanadas del IV Congreso del Partido Comunista de Cuba, la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobó la Ley de Reforma Constitucional de 12 de julio de 1992[8], que en lo fundamental tuvo como objeto la adecuación del contenido de la Constitución formal a las nuevas situaciones y relaciones fácticas que habían tenido lugar en el espacio político internacional en el que hasta entonces había estado insertada Cuba: el desmoronado campo socialista, con la finalidad de preservar a ultranza el anteriormente referido fin político concreto en torno al cual se unificaba el Estado cubano. De esta manera, pues, las principales modificaciones introducidas en esta reforma estuvieron directamente relacionadas con la supervivencia política y económica del régimen instaurado en Cuba a raíz de la Revolución de 1959.

Por la anterior razón fueron las modificaciones en materia económica las que en mayor medida ocuparon el tiempo de los debates realizados con este objeto durante los días 10, 11 y 12 de julio de 1992 por la Asamblea Nacional del Poder Popular. En este sentido las más importantes estuvieron relacionadas con la constitucionalización de las inversiones extranjeras en Cuba, en tanto medida de relevancia estratégica para captar nuevas fuentes de financiación para la maltrecha economía cubana, en la crítica etapa en la que se suspendieron los importantes subsidios que anteriormente recibía la Isla de algunos países miembros del extinto campo socialista, fundamentalmente de la ex-URSS. De ahí las

[8] *Cfr. Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria N.º 7, de 1 de agosto de 1992.

matizaciones introducidas en determinados preceptos del texto constitucional originario, verbigracia, en los artículos 14 y 15. Así, se matizó la redacción del Art. 14, declarativo del fundamento económico del régimen cubano, en el sentido de que el principio de la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción como base del sistema socialista de economía que regía en la Isla fue atemperado de cara a admitir más adelante la propiedad de las empresas mixtas constituidas con capital extranjero, de modo que la nueva redacción del citado Art. 14 apuntaba una modificación nada baladí: a partir de la reforma constitucional la base del sistema de economía que regiría en la Isla ya no sería la propiedad socialista de todo el pueblo sobre «todos» los medios de producción, sino sólo sobre los «fundamentales», con lo cual se abría la puerta para la propiedad de las empresas mixtas sobre medios de producción considerados «no fundamentales» por el Gobierno «revolucionario».

Por su parte, la matización del texto originario del Art. 15 no fue menos significativa. Originalmente este artículo –que en esencia dispone que la propiedad estatal socialista es la forma dominante y rectora del sistema de propiedad positivizado por el vigente ordenamiento cubano– estaba redactado en términos tan inflexibles como contundentes, toda vez que declaraba «irreversible» la propiedad estatal socialista sobre todos los recursos económicos y medios de producción del país, de tal manera que en la práctica el Estado era el único, e «irreversible», titular de la propiedad sobre todos los recursos productivos de la Isla, lo que no dejaba el más mínimo resquicio para la propiedad privada sobre los mismos, cuestión ésta que había sido radicalmente zanjada por la «Revolución» desde sus primeros momentos. Pero, la acuciante necesidad de recursos financieros obligó al régimen a flexibilizar tan categóricos términos, de modo que la reforma constitucional de 1992 suprimió del Art. 15 el referido carácter irreversible de la propiedad estatal socialista sobre todos los recursos productivos existentes en Cuba, admitiendo que, «en casos excepcionales» pueda trasmitirse, parcial o totalmente, la propiedad de «algún objetivo económico» destinado a los fines del desarrollo del país, en tanto y en cuanto «no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado» (la Constitución material), y sea aprobado por el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo. Con esto, pues, nuevamente se dejaba abierta una puerta a las necesarias inversiones extranjeras en Cuba.

En fin, hechas las anteriores modificaciones respecto a los fundamentos del sistema económico del régimen, sólo quedaba por constitucionalizar la posibilidad de las inversiones extranjeras en Cuba, y ello se hizo admitiendo la propiedad de las empresas mixtas constituidas con capital extranjero, situación jurídica inadmisible en el texto constitucional primigenio. Así, la reforma

constitucional de 1992 incorpora un precepto inexistente en el texto original, que en el reformado se corresponde con el Art. 23. Esto es, el omnipotente Estado cubano admitía de este modo un margen de autonomía imprescindible para la gestión de las empresas mixtas con participación de capital extranjero, con lo que pretendía sentar las bases constitucionales para dotar de la necesaria seguridad jurídica a las inversiones extranjeras en Cuba.

Pero, como anteriormente se ha esbozado, además de las acuciantes reformas económicas el régimen «revolucionario» diseñó otras de carácter político para garantizar su supervivencia en un contexto político internacional que ya le resultaba adverso, si bien estaban dirigidas a evitar el resquebrajamiento interno causante del hundimiento de los regímenes socialistas de la ex-Unión Soviética y países de la Europa del Este. Así, con este objetivo, desempolvó la doctrina elaborada por la Iglesia para oponerse a las pretensiones de poder de las incipientes monarquías: el «derecho de resistencia», derivado del carácter limitado del poder en los ordenamientos jurídicos anteriores al Estado moderno, y consistente en el teórico derecho de los súbditos a resistirse frente al Monarca que se apartase de los fines que justificaban su poder de dominación, fines éstos que, en tanto estaban determinados por el origen divino de la sociedad, sólo podían ser los «decididos» por el Papa.

No obstante, el constituyente cubano interpretó y adecuó este «derecho de resistencia» en el sentido que mucho más adelante desarrollaría el instituto alemán de la «defensa de la Constitución», esto es, el concepto que pretende asegurar a la Constitución frente al cambio, que tiende a conferir permanencia e inmutabilidad a los principios sobre los que el derecho positivo se asienta, a la «sustancia política», o mejor, al núcleo de la Constitución material. Dicho de otro modo, con este instituto se trata de proteger la esencia del «régimen», los fines a los que sirven las normas constitucionales, y los valores sobre los que éstas se asientan (Otto, 1985, 13-15). Así, según se dispuso en el párrafo segundo del Art. 3 del texto constitucional reformado en 1992, «todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político, social y económico establecido por esta Constitución». Como puede apreciarse, esta construcción sólo puede tener sentido con arreglo al concepto material de Constitución antes explicado, esto es, cuando se distingue entre normas positivas y determinados fines y valores sobre los que dichas normas positivas se asientan.

Asimismo, otra significativa modificación introducida con la reforma constitucional de 1992 fue la relacionada con el reconocimiento de la libertad religiosa, garantía constitucional inexistente en el texto original de 1976, y que

sin duda fue un guiño político a algunos sectores de creyentes simpatizantes con el proceso «revolucionario». Así, el párrafo primero del Art. 8 del texto constitucional reformado preceptúa: «El Estado reconoce, respeta y garantiza la libertad religiosa», y consecuentemente se modificaron otros artículos del Capítulo regulador del principio de igualdad (Capítulo VI del texto constitucional reformado), verbigracia los artículos 42 y 43 del texto reformado, en el sentido de prohibir, y considerar punible, la discriminación por motivo de creencias religiosas, de la misma manera que se garantizaba el derecho de los ciudadanos a acceder a todas «las conquistas de la Revolución» sin que las creencias religiosas fuesen un impedimento para ello, como sucedía antes del reconocimiento de esta libertad.

Igualmente, como resultado del reconocimiento de la libertad religiosa se modificó el Art. 54 del texto constitucional de 1976 (Art. 55 en el texto reformado), que declaraba el carácter ateo del Estado cubano, y el reconocimiento de la libertad de conciencia y de cultos, aunque paradójicamente disponía que era ilegal y punible «oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución, a la educación o al cumplimiento de los deberes de trabajar, defender la patria con las armas, reverenciar sus símbolos y los demás deberes establecidos por la Constitución», esto es, no garantizaba la objeción de conciencia, con lo cual la declarada «libertad de conciencia» quedaba vacía de contenido.

Pero, el empeño de reconocer la libertad religiosa en interés de sumar adeptos a la causa de la «Revolución» supuso, a nuestro juicio, una infracción del procedimiento de reforma con consecuencias jurídicas de especial relevancia a la hora de valorar la reforma constitucional de 1992. Consideremos brevemente este particular. El párrafo segundo del Art. 141 del texto constitucional de 1976 (correspondiente al Art. 137 del texto reformado) preveía que en los supuestos en que la reforma constitucional fuese total o se refiriese a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado, o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, se requería, además, la ratificación de la reforma por un referendo de carácter preceptivo y vinculante; esto es, la reforma sólo prosperaría para estos supuestos en tanto y en cuanto fuese ratificada a través de un referendo que debía celebrarse en todo caso, requiriendo para ello el pronunciamiento a favor de la misma de la mayoría de los votantes.

Como quiera que la libertad religiosa es materia de derechos fundamentales (regulados en el Capítulo VII del texto constitucional reformado), no cabe duda de que la reforma constitucional de 1992 debió ser ratificada a través del referendo previsto en las normas que regulan el poder constituyente constituido en el ordenamiento cubano; sin embargo, esto no ocurrió así, pues

el constituyente «revolucionario» ignoró el carácter preceptivo del citado referendo cuando la reforma constitucional tuviese como objeto «derechos y deberes consagrados en la Constitución», cual sucedía en este caso, dando por definitivamente concluida la reforma con la sola aprobación de la Asamblea Nacional del Poder Popular, sin intervención alguna del Cuerpo electoral. Así las cosas, se produjo, a nuestro juicio, una incontestable infracción del procedimiento de reforma, con lo cual tuvo lugar otra ruptura constitucional, similar a la ya referida de 1976. De modo que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, puede hablarse en este caso de una nueva Constitución cubana (de 1992), pero con un contenido similar a la de 1976. Dicho esto importa destacar, asimismo, que no fueron éstas las únicas modificaciones introducidas en el texto constitucional de 1976 (Vega Vega, 1997, 141 y ss.; Pérez Hernández y Prieto Valdés, 2000, 45-50; Rojas, Bobes, Chaguaceda, 2017), aunque sí, a nuestro juicio, las más relevantes.

Por último, la tercera reforma parcial de las realizadas al texto constitucional aprobado en 1976 se produjo en virtud de la Ley de Reforma Constitucional de 26 de junio de 2002.

So pretexto de dar una «digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de Estados Unidos» [9], vertidas por boca de su Presidente en un discurso pronunciado el 20 de mayo de 2002 con motivo de la celebración del centenario de la República de Cuba, el régimen «revolucionario» convocó, a través de sus organizaciones de masas, un conjunto de actos y multitudinarias marchas populares en todo el país con el fin de lograr un masivo respaldo popular a una «Iniciativa de modificación constitucional» propugnada por dichas organizaciones. Así las cosas, interpretando esas movilizaciones populares como un reclamo de que «la voluntad del pueblo» era la de constitucionalizar que «el régimen económico, político y social consagrado en la Constitución de la República es intocable», se organizó en todo el territorio de la Isla una masiva recogida de firmas para apoyar la iniciativa de reforma constitucional presentada por las Direcciones nacionales de las organizaciones de masas y sociales como si se tratase de una iniciativa popular.

Fue éste, pues, el resorte político utilizado para incoar el procedimiento de reforma de la Constitución cubana en junio de 2002, si bien desde una perspectiva estrictamente jurídica hubiese bastado con la iniciativa de reforma formalizada por las Direcciones nacionales de las organizaciones de masas y sociales en tanto que, como anteriormente se ha apuntado, las mismas estaban

[9] Según reza el texto de la Disposición especial de la Ley de Reforma Constitucional de 26 de junio de 2002.

constitucionalmente legitimadas para el ejercicio de la iniciativa legislativa y, consecuentemente, para el ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional. De ahí que la masiva recogida de firmas en cuestión no fuese más que una puesta en escena para «demostrar» ante el mundo el «aplastante» respaldo popular con que cuenta la Revolución en Cuba.

Sin embargo, realmente no fue el discurso pronunciado por el Presidente de los Estados Unidos el 20 de mayo de 2002 la verdadera causa de todo este sismo político-constitucional en la Gran Antilla; éste hecho fue únicamente el motivo político invocado. La causa verdadera de tal agitación telúrica subyace en un suceso que verdaderamente estremeció los cimientos político-constitucionales del régimen «revolucionario»: la presentación formal ante el Parlamento de la Isla de una iniciativa legislativa popular –respaldada por más de 11.000 firmas de electores cubanos– contentiva del denominado Proyecto Varela, que en esencia solicitaba la realización de un referendo consultivo sobre cinco cuestiones que consideraba especialmente relevantes, a saber: a) que el Legislativo cubano desarrolle las normas legales necesarias que permitan el ejercicio de los derechos a la libre expresión y libre asociación; b) que se decrete una amnistía para todos los detenidos, sancionados y encarcelados por motivos políticos que no hayan participado en hechos directamente atentatorios contra la vida de otras personas; c) que legalmente se garantice a los cubanos el derecho a constituir empresas privadas, tanto individuales como cooperativas; d) reformar la vigente Ley Electoral, de modo que la nueva norma regulase los aspectos propuestos en el Proyecto; y, e) la realización de elecciones generales con posterioridad a la realización del referendo solicitado en la iniciativa legislativa [10].

Nunca antes, desde la instauración del régimen «revolucionario» en 1959, grupo o individuo alguno había tenido la temeridad (más que la osadía), de desafiar la voluntad de la «Revolución» utilizando los cauces jurídicos articulados por el propio ordenamiento «revolucionario». Tal situación resultaba inadmisible para el régimen, de ahí que diese una respuesta político-jurídica tan contundente. Ahora bien, como quiera que la iniciativa legislativa popular que canalizaba el Proyecto Varela constituía, en la práctica, una reforma constitucional encubierta (habida cuenta de que implicaba profundas reformas en materia de derechos fundamentales), su inviabilidad jurídica hacía innecesaria una respuesta tan drástica como desproporcionada, pero el régimen se sintió amenazado como nunca antes, y actuó en consecuencia. La misma concepción material que

[10] *Cfr*. el texto íntegro del citado *Proyecto Varela* en, *Revista Encuentro de la Cultura cubana*, N.º 25, 2002, pp. 275-282.

impregna la Constitución cubana de 1976 impedía que las pretensiones contenidas en el Proyecto Varela fuesen jurídicamente realizables, pues ya en la misma existían los suficientes mecanismos para su defensa (entendido esto en clave del anteriormente explicado concepto *defensa de la Constitución)*, o dicho de otro modo, para preservar la inmutabilidad de las materias sobre las que descansa el documento constitucional positivo frente a cualquier posible cambio [11].

Así las cosas, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular dictaminó la pertinencia y constitucionalidad del Proyecto de ley de reforma constitucional resultante de la iniciativa legislativa ejercitada por las Direcciones nacionales de las organizaciones de masas y sociales y, en consecuencia, se procedió a reformar los artículos 3, 11 y 137 de la Constitución de 1976 (reformada en 1992), adicionando, asimismo, una Disposición especial al final del texto constitucional, según quedó positivizado en la Ley de Reforma Constitucional de 26 de junio de 2002.

De este modo, pues, acaso se construye un escenario de petrificación de la Constitución cubana a través de dos vías: la primera, adicionando una cláusula de intangibilidad absoluta [12] en el Art. 3 (párrafo tercero) del texto constitucional, con el siguiente tenor: «*El socialismo y el sistema político y social revolucionario establecido en esta Constitución*, probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido y habiendo demostrado su capacidad de transformar el país y crear una sociedad enteramente nueva y justa, *es irrevocable*, y Cuba no volverá jamás al capitalismo» [13], y, la segunda, a través de la reforma del denominado «núcleo constitucional», esto es, el precepto de la Constitución que regula el poder constituyente constituido (Art. 137), de manera que en esta virtud se suprime la posibilidad de reformar totalmente la Constitución cubana, amén de impedirse cualquier reforma parcial que afecte al sistema político, económico y social, de carácter irrevocable según lo dispuesto en el anteriormente citado Art. 3.

De manera que, la voluntad política del régimen «revolucionario» de preservar la inmutabilidad de las materias sobre las que descansa el documento

[11] No se pierda de vista que el principio interpretativo de *defensa de la Constitución* niega amparo normativo a actividades que, aun habiendo observado las normas positivas, tengan la finalidad de suprimir materias subyacentes al texto constitucional, de ahí que este instituto implique declarar ilícitos los fines aun cuando los medios utilizados fuesen correctos, razón ésta por la que la defensa de la Constitución se conciba frente a enemigos y no sólo frente a infractores. En este sentido *vid*. Álvarez Álvarez (2002-2003, 445-468).

[12] Sobre el valor relativo o absoluto de las cláusulas de intangibilidad *vid*., Aláez Corral (2000, 93-96).

[13] La cursiva es nuestra.

constitucional positivo (la Constitución material) frente a cualquier posible cambio condujo ineluctablemente a una situación jurídico-constitucional sin retorno, toda vez que, siendo el programa constitucional establecido en la Constitución de 1976 la única alternativa posible, cualquier eventual pretensión de incorporar nuevas alternativas políticas resultaría jurídicamente ilícita, siendo su derrocamiento la única vía que quedaría disponible para quienes no acepten esta situación [14].

4. EPÍLOGO: CAMBIAR TODO PARA QUE NADA CAMBIE. LA NUEVA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 2019

Paradójicamente, a pesar de que como se ha explicado la reforma de 2002 hubo de suprimir toda posibilidad de reformar totalmente la Constitución cubana de 1976, además de impedir cualquier reforma parcial que afectase al sistema político, económico y social, consagrado como «irrevocable» conforme a lo dispuesto en el citado artículo 3, con fecha de 22 de julio de 2018 el Parlamento cubano aprobó por unanimidad el Proyecto de Constitución de la República de Cuba [15], texto que, al suponer una modificación sustancial (cuantitativa y cualitativamente) del contenido de la Constitución de 1976 –reformado parcialmente en las tres ocasiones ya referidas– es el origen de una norma formalmente distinta, esto es, una nueva Constitución. De modo que, a nuestro juicio, el texto final en ningún caso sería el resultado del quebrantado procedimiento de reforma constitucional previsto en el Art. 137 de la Constitución de 1976, sino de un proceso constituyente que persigue elaborar una Constitución sustancialmente nueva.

Así las cosas, de manera muy similar al anteriormente descrito proceso de elaboración del texto constitucional de 1976, el V Pleno del Comité Central del Partido Comunista de Cuba (celebrado en marzo de 2018), validó un informe aprobado por el Buró Político acerca de la necesidad de reformar la vigente Constitución cubana en orden de ajustar el nuevo texto a las principales transformaciones socioeconómicas y políticas que ha experimentado la Isla en los últimos años, a la vez de ratificar el carácter irrevocable del socialismo cubano y el papel dirigente del Partido Comunista en dicha sociedad. De conformidad con esta decisión el Parlamento cubano, en ejercicio de su función

[14] El texto reformado de la Constitución cubana se publicó en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria N.º 3, de 31 de enero de 2003.

[15] *Cfr.* en http://www.eleccionesencuba.cu/noticias/asamblea-nacional-convoca-consulta-popular-proyecto-de-constituci%C3%B3n-de-la-rep%C3%BAblica

constituyente, acordó, en sesión extraordinaria de 2 de junio de 2018, constituir una comisión parlamentaria con el fin de preparar un anteproyecto de Constitución de la República. Así, después de haber «trabajado intensamente» durante 48 días (si se cuentan de manera ininterrumpida en el lapso comprendido entre la fecha de constitución de la comisión y el momento de la aprobación del Proyecto) la referida Comisión –presidida por Raúl Castro– presentó al Parlamento cubano el antes referido Proyecto de Constitución cubana que resultó aprobado en la sesión ordinaria de 21 y 22 de julio de 2018, para seguidamente someterlo a consulta popular.

El texto del Proyecto se componía de un preámbulo y 224 artículos, lo que suponía un incremento de 87 respecto del texto de 1976, respecto del cual se modificaban 113 y se suprimían 13. Reafirmaba el carácter socialista (irrevocable) del sistema político, económico y social cubano (Art. 3), así como el papel rector del Partido Comunista de Cuba (Art. 5), de modo que preservaba a ultranza la positivización del orden político-social que le otorgaba legitimidad y validez (la Constitución material).

El ejercicio de la consulta popular –no reglada– se realizó del 13 de agosto al 15 de noviembre de 2018, lo que perseguía aportar un plus de legitimación popular al proceso, y supuso incorporar 760 modificaciones al texto del Proyecto. Treinta y siete días más tarde, esto es, el 22 de diciembre, el Parlamento cubano aprobó –por votación nominal y unánime– el texto definitivo de la nueva Constitución de la República, que se sometió a referendo el 24 de febrero de 2019, obteniendo el respaldo del 86,8 % de los electores que ejercieron su derecho de sufragio (6.816.169 electores), en tanto que concitó el rechazo del 9 % (706.400 electores) [16].

Debe significarse que, si bien el grueso de las propuestas y debates suscitados al hilo de la consulta popular realizada en la Isla se centraron en la parte dogmática del Proyecto, se pasó de puntillas por dos cambios muy significativos relacionados con la arquitectura constitucional: la estructura de los órganos constitucionales y el sistema de fuentes. Así, el nuevo texto rompe con el principio de concentración del poder articulado en el texto de 1976 (diseñado a la medida de Fidel Castro), y distingue entre la Jefatura del Estado (Presidente de la República, Art. 125), y la Jefatura del Gobierno (Primer Ministro, Art. 140), incorporando la limitación de mandatos en ambos casos (Arts. 126 y 141 respectivamente). Asimismo, se incorporan dos nuevos órganos consti-

[16] *Cfr*. Informe de la Comisión Electoral Nacional sobre los resultados finales de la votación en Referendo Constitucional del 24 de febrero de 2019, de 28 de febrero de 2019, en http://www.eleccionesencuba.cu/parte-informativo.

tucionales: la Contraloría General de la República (Art. 160), y el Consejo Electoral Nacional (Art. 211).

Estrechamente relacionado con la modificación anterior, el nuevo texto constitucional altera el sistema de fuentes diseñado en el texto de 1976, en tanto que en el nivel inmediatamente inferior al Decreto-Ley (competencia del Consejo de Estado), añade el Decreto presidencial (Art. 128.ñ).

Si bien el sistema económico que articula preserva como principios esenciales la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción como forma de propiedad principal, así como la dirección planificada de la economía (Art. 18), incorpora el reconocimiento del mercado y de nuevas formas de propiedad no estatal, incluyendo la privada que puede ejercerse sobre determinados medios de producción (Art. 22.d). No obstante, el Art. 30 prevé evitar la concentración de la propiedad en «personas naturales o jurídicas no estatales», a fin de preservar unos límites compatibles con «los valores socialistas de equidad y justicia social».

Se trata, en fin, de un nuevo texto constitucional que pretende ajustar el orden «revolucionario» a un nuevo contexto para perpetuar el régimen instaurado en enero de 1959 con un relevo generacional de su élite dirigente, de ahí que pudiera considerarse una Constitución «transicional», hacia el post-castrismo, sin que ello signifique, ni por asomo, su homologación al paradigma del constitucionalismo democrático. Visto así puede entenderse que en el marco de este ensayo se califique como un ejercicio de gatopardismo constitucional.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aláez Corral, B. (2000), *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC/BOE, Madrid.

Álvarez Álvarez, L. (2002-2003), «Lealtad constitucional y Partidos políticos», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núms. 10-11.

Fernández Bulté, J. *et al*. (1989), *Manual de Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.

García-Pelayo, M. (1991), *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid.

Kelsen, H. (1979), *Teoría general del Estado*, (Trad. del alemán por Luis Legaz Lacambra), Editora Nacional, México D. F.

Mortati, C. (1940), *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano.

Otto, I. (1985), *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, C. E. C., Madrid.

Pérez Hernández, L. y Prieto Valdés, M. (Comp.), (2000), *Temas de Derecho constitucional cubano*, Edit. Félix Varela, La Habana.

ROJAS, R.; BOBES, V. C.; Chaguaceda, A. (2017), *El cambio constitucional en Cuba: actores, instituciones y leyes de un proceso político*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid.

VEGA VEGA, J. (1997), *Cuba: su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*, Endymion, Madrid.

PARTE 2

LA ERA DE LA TECNOLOGÍA Y EL CAMBIO CLIMÁTICO

IL COSTITUZIONALISMO NELLA SOCIETÀ TECNOLOGICA

Tommaso Edoardo Frosini*
Università di Napoli «Suor Orsola Benincasa»

SOMMARIO: 1. Premessa, a proposito di costituzionalismo. 2. Il costituzionalismo nella società tecnologica. 3. I nuovi diritti costituzionali in Internet. Il diritto di accesso. 3.1 La libertà di espressione. 3.2 Il diritto alla *privacy*. 3.3 Il diritto all'oblio. 4. Le dichiarazioni dei diritti in Internet vanno prese sul serio? 5. Conclusione, a proposito di *fake news*. 6. Riferimenti bibliografici.

1. PREMESSA, A PROPOSITO DI COSTITUZIONALISMO

Il costituzionalismo come «tecnica della libertà» è la definizione, tra le tante, che mi ha sempre colpito e convinto[1]. Che si declina nella separazione dei poteri, nelle garanzie costituzionali e nella tutela dei diritti fondamentali, che sono, infatti, delle tecniche per l'affermazione della libertà dell'individuo, ovvero rappresentano il modo attraverso il quale svolgere una continua ricerca sul come affermare e garantire il diritto di libertà individuale. Se ne trovano tracce fin dalla *Magna Carta* del 1215[4], per poi

* Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato.
[1] La definizione è di Mirkine Guetzévitch (1933).
[4] Sostengo la tesi della *Magna Carta* come premessa al costituzionalismo in Frosini T. E. (2015a, 1153 ss.).

svilupparsi nelle teorie da Edward Coke in poi e affermarsi nel Settecento con la Rivoluzione Americana ed essere proclamato con la Dichiarazione francese del 1789, a cominciare dall'art. 16 [2]. Un lungo e periglioso cammino, reso leggero dalle tante idee e mirabili teorie sul costituzionalismo come liberalismo [3], che si stabilizza nella seconda metà del Novecento con l'affermazione delle democrazie costituzionali, financo in una dimensione sovranazionale [4].

Certo: il costituzionalismo non è diritto costituzionale, ma piuttosto dottrina politica e metodo giuridico. Non è, quindi, esegesi di norme e istituti costituzionali, che si intrecciano entro la letteralità o la materialità della costituzione. E' un percorso attraverso il quale si delinea l'assetto del convivere civile, dove si costruisce un sistema ordinamentale che si fonda sulla libertà dell'individuo. Quantomeno il costituzionalismo che è liberalismo, cioè quello del cd. «sentiero statunitense», che si fonda (in prevalenza) sui diritti di libertà e sulla legittimazione diretta delle istituzioni. L'opposto sentiero, quello francese, è costituzionalismo democratico, certo non meno importante ma che si fonda (in prevalenza) sull'eguaglianza e sulla rappresentanza [5].

Sulla questione, voglio aggiungere una breve considerazione. Certo, è vero che vi è stato una sorta di dialogo sui diritti fra l'America e la Francia: infatti, i modelli a cui si rifà la Dichiarazione francese del 1789 sono le Dichiarazioni americane dei diritti antecedenti, in particolare il Virginia *Bill of Rihgts* del 1776 [6]. Con una specificazione: le Dichiarazioni, americane e francese, concordano fra di loro senz'altro nei presupposti centrali, per così dire; ma differiscono significativamente nel loro più intimo contenuto. Infatti, le Dichiarazioni americane oppongono con decisione lo Stato e l'individuo: i diritti individuali sono autonomi dallo Stato, il quale li trova di fronte a sé già perfetti, completi e giuridicamente validi. La Dichiarazione dei diritti americana, quindi, più che fissare determinati diritti segna i limiti in cui l'azione dello Stato può svolgersi. In Francia, invece, i diritti del cittadino sono soltanto quelli riconosciuti espressamente dalle leggi statali: è la legge che ne fissa i contorni e ne precisa i limiti. I diritti costituiscono lo scopo, il fine dell'associazione politica, la direttiva ideale a cui lo Stato deve conformare la sua azione se

[2] Pone l'art. 16 della Dichiarazione a fondamento del costituzionalismo, FERRARA, G. (2006); su cui, v. la mia *lettura critica* (2007, 1081 ss.).

[3] Su cui, v. la pregevole e utile antologia di COMPAGNA, CUOMO (2000).

[4] Numerose sono le opere dedicate al costituzionalismo, due in particolare mi piace qui citare per la loro chiarezza e precisione: MATTEUCCI (2010); FIORAVANTI (2009).

[5] Per un inquadramento della questione, v. COMPAGNA (1998); ma v. altresì, FROSINI T. E. (2011, 15 ss.). Parla di duplice volto del costituzionalismo americano, elitista e popolarista, CORSO (2016, 221 ss.).

[6] Sul punto, v. JELLINEK (2002).

vuole veramente essere Stato [7]. Da qui il paradosso della Dichiarazione francese: invece di decretare la sovranità dei diritti si affermò la sovranità della legge, e quindi il «legicentrismo».

2. IL COSTITUZIONALISMO NELLA SOCIETÀ TECNOLOGICA

Il costituzionalismo non è dottrina, metodo oppure, meglio ancora, tecnica del passato, ovvero ancorata al passato. E' piuttosto come un plebiscito che si rinnova ogni giorno: perché sviluppa nuove forme di valorizzazione e di tutela della libertà dell'individuo. La sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica e i suoi derivati in punto di diritto [8]. Si è parlato altresì di un «nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quelle che finora abbiamo conosciuto» [9].

Qui intendo analizzare il connubio fra il costituzionalismo e la tecnologia, e quindi come i diritti di libertà possono trovare espressione e tutela nella società tecnologica, e in particolare con riferimento al fenomeno dell'Internet. E proprio a Internet dedicherò queste mie riflessioni costituzionali [10].

Innanzitutto, una precisazione: intendo per «tecnologia» il fecondo connubio di scienza e di tecnica, che si è verificato con la stimolazione della ricerca scientifica verso obiettivi pratici e con la rivalutazione della tecnica, in quanto collegata e sottomessa alla ricerca scientifica; pertanto, la tecnologia è il prodotto della scienza resa operativa. Qui privilegerò la tecnologia informatica, piuttosto che altre forme espressive della tecnologia, quale per esempio quelle relative ai problemi derivanti dalla biogenetica [11].

Intendo, altresì, dichiarare subito qual è il mio convincimento relativamente al rapporto fra tecnologie e libertà: secondo me le tecnologie rappresentano uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico. Certo, le tecnologie non producono solo libertà, per

---

[7] Frosini, T. E. (2011, 15 ss.).
[8] Svolgimenti in AA. VV. (2011); v. altresì Gargarella (2011).
[9] Così Rodotà (2012, 7).
[10] Che sviluppano quanto già teorizzato in Frosini, T. E. (2015 b).
[11] Sulla cui problematica, si rimanda, per i profili di teoria generale, Frosini, V. (2000 a, 209 ss.)

così dire: la tecnologia può essere al servizio dell'uomo buono o cattivo, del governante illuminato o del despota; in uno Stato costituzionale liberale, però, l'indirizzo politico dovrebbe essere sempre rivolto verso interventi che valorizzano e accrescono le libertà dell'individuo, e l'utilizzo delle tecnologie non può che essere strumentale a questo obiettivo. Certo, c'è un fronte avverso: muri virtuali vengono eretti al posto di quelli di pietra. Infatti, ci sono Paesi (illiberali) che hanno costruito barriere elettroniche per evitare l'accesso a parte della rete globale, e lo hanno fatto cancellando parole, nomi e frasi chiave dei motori di ricerca, oppure violando la *privacy* dei cittadini [12]. Una nuova cortina d'informazione sta scendendo su una parte del mondo, dove i video e i blog sono ormai i *samizdat* dei giorni nostri. Questo però conferma la vocazione liberale di Internet, e la paura che di questa libertà globale mostrano di avere Paesi intolleranti alla tecnologia, perché la vivono come una minaccia al loro potere assoluto [13]. Basti pensare come le tecnologie consentirebbero, e già lo fanno, di superare lo Stato quale epicentro unico di decisione e mettere così in crisi il concetto di sovranità, tradizionalmente inteso.

Occorre altresì porsi una domanda: da un punto di vista del diritto costituzionale, le tecnologie determinano nuove forme di diritti di libertà oppure possono essere incardinate e quindi riconosciute nell'alveo delle tradizionali libertà costituzionali? Ovvero, è necessario ri-scrivere nuove norme costituzionali per definire le libertà che si sono venute a determinare a seguito dell'avvento della tecnologia, oppure si possono interpretare le vigenti norme costituzionali ricavandone da esse le nuove figure giuridiche dei nuovi diritti di libertà? Questo discorso ne presuppone, però, un altro più generale: se le Costituzioni rappresentano lo specchio e la sintesi delle società, quella odierna, che è la società tecnologica, come emerge e si manifesta nelle Costituzioni contemporanee? Certo, nel periodo in cui viviamo, che è contrassegnato dalla globalizzazione, le società degli individui non si possono più tanto modellare entro i «recinti» delle Costituzioni statali, anche perché rispondono a una serie di regole sovracostituzionali, che sono cioè globali e non più locali [14]. I problemi giuridici posti dalla tecnolo-

[12] Dati e notizie in Schmidt, Cohen (2013, 100 ss.), che parlano di *filtraggio* e ricordano come la Cina sia «il filtratore d'informazioni più attivo ed entusiasta del mondo […] il *Great Firewall of China*, come viene chiamato lo strumentario usato dal governo per oscurare i siti, è un vero e proprio guardiano dell'integrità nazionale cinese».

[13] V., per esempio, il recente caso della Turchia, dove con legge del febbraio 2014, il governo obbliga gli internet *service provider* a trasformarsi in agenti di sorveglianza e censura attuando rimozioni e blocchi selettivi di contenuti *online* sgraditi e di collezionare tutti i dati degli utenti e perfino le loro *email*: in caso contrario gli revocano la licenza. Cfr. Esen, Kumcu (2014, 581 ss.)

[14] Su queste problematiche, v. Ferrarese (2003); Associazione italiana dei costituzionalisti (2014).

gia informatica, nella sfera del diritto costituzionale come in quella del diritto privato, non riescono a trovare più nella dimensione statale la sede idonea alla soluzione di essi. Ecco perché l'analisi del rapporto fra tecnologie (informatiche) e libertà costituzionali non può non svolgersi nel prisma del diritto comparato, in quanto si tratta di una tematica che sfugge sempre più dalla dimensione statale per essere coinvolta nei processi di globalizzazione. Basti pensare proprio a Internet, e alla sua naturale vocazione alla extraterritorialità, in quanto essa travalica i confini degli Stati nazionali, supera le barriere doganali, elimina le differenze culturali fra i popoli.

Detto questo, aggiungo però che non è da ritenersi ancora del tutto superato l'esercizio ermeneutico di voler applicare le libertà costituzionali statali ai fenomeni della tecnologia informatica. Quindi, mantiene ancora oggi una sua validità rileggere la libertà di informazione, come diritto a essere informati oltreché a informare, la libertà di comunicazione, la libertà di associazione, la libertà di riunione, la libertà di iniziativa economica privata, e le libertà politiche, alla luce degli sviluppi della tecnologia informatica, al fine così di individuare le forme di tutela delle nuove situazioni giuridiche soggettive. A conclusione di questo periodare, mi preme ridefinire un nuovo diritto di libertà, il quale sebbene sia frutto della sola riflessione dottrinaria è da ritenersi espressivo della nuova forma di libertà venutasi a determinare con l'avvento della società tecnologica. Si tratta della dottrina della cd. «libertà informatica» [15], che con Internet è diventata una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. E' il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni. Ci troviamo di fronte, indubbiamente, a una nuova forma di libertà, che è quella di comunicare con chi si vuole, diffondendo le proprie opinioni, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. Libertà di comunicare, quindi, come libertà di trasmettere e di ricevere. Non è più soltanto l'esercizio della libera manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica. Si viene così a dare piena attuazione all'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'Onu, che così ha chiaramente preci-

[15] La dottrina della *libertà informatica* venne elaborata da Frosini, V. (1981, 37 ss.), (ora in Frosini, V., 1992, 173 ss.), e poi, con riferimento a Internet: Frosini, V. (2000b, 271 ss.).

sato il diritto di libertà di manifestazione del pensiero: «cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee». Formulazione perfetta, anche e soprattutto nell'età di Internet.

Allora, la libertà costituzionale di manifestazione del pensiero consiste oggi in quello che l'articolo 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'Onu ha chiaramente indicato, anche quando – come per esempio nella vicenda di *WikiLeaks* – l'informazione che viaggia *on line* su Internet può agitare i governi nazionali, disturbare le relazioni diplomatiche fra Stati e svelare gli *arcana imperii*. Potrà non piacere, e soprattutto si potrà ridimensionare la portata e l'effetto e negarne la validità giuridica, ma resta il fatto che anche attraverso questa opera di *cercare, ricevere, diffondere* si viene a mettere al centro il diritto di sapere e la libertà di informare, che rappresenta altresì un nuovo modo di essere della separazione dei poteri, in una rinnovata concezione del costituzionalismo. Una volta erano i governanti che controllavano i cittadini attraverso il controllo dell'informazione; ora è diventato più difficile controllare quello che il cittadino «legge-vede-sente», «cerca-riceve-diffonde». Internet, allora, sta generando, come è stato scritto, «una coscienza costituzionalistica globale, animata dai *media* internazionali e dai *social networks* quali strutture critiche di una sfera pubblica sovranazionale, con effetti di «apertura» su contesti sociali bloccati e persino di catalizzazioni di rivoluzioni culturali e politiche» [16].

3. I NUOVI DIRITTI COSTITUZIONALI IN INTERNET. IL DIRITTO DI ACCESSO

Nel Ventunesimo secolo si staglia chiaramente l'orizzonte giuridico dell'Internet [17]. Che è anche il nuovo orizzonte del costituzionalismo contemporaneo, come è stato chiaramente dimostrato dalle pronunce della Corte Suprema Usa prima e del *Conseil Constitutionnel* francese poi [18], che hanno riconosciuto e affermato il diritto di accesso a Internet, da declinare quale libertà di espressione. E' significativo che proprio nei due Paesi dove è sorto il costi-

[16] Costanzo (2012, 839).

[17] Frosini, V. (2000b).

[18] Per la giurisprudenza statunitense: *American Civil Liberties Union v. Reno* [E. D. Pa 1996], tr. it. in «Dir. Inf.», n. 4/5, 1996; con sviluppi in Corte Suprema 521 US 844 (1997), tr. it. in «Foro it.», IV-2, 1998, p. 23 ss. Per la giurisprudenza francese: *Conseil Constitutionnel* n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, tr. it. in «Dir. Inf.», n. 3, 2009, p. 524 ss.

tuzionalismo, seppure inizialmente muovendosi su due opposti sentieri, si registra un nuovo metodo interpretativo di ri-leggere e applicare due antiche norme – il I° Emendamento della Costituzione Usa e l'articolo 11 della Dichiarazione del 1789 – pensate, scritte e approvate più di due secoli fa per affermare e tutelare la libertà di informazione: quella di ieri, di oggi e di domani, è davvero il caso di dire. Infatti, da queste norme, da quei chiari e limpidi orizzonti del costituzionalismo, che si aprivano alla modernità, oggi si cerca e si trova il nucleo fondante costituzionale per riconoscere e garantire le nuove forme espressive di comunicazione elettronica, con particolare riguardo a Internet. Si sta formando, a livello giurisprudenziale e grazie a un'accorta opera d'interpretazione costituzionale, un *diritto costituzionale di accesso a Internet*: perché nel contesto di una diffusione generalizzata di Internet, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione in linea. Ed è compito degli Stati rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto l'esercizio di questo servizio universale a tutti i cittadini, che invece deve essere garantito attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. Quindi, il diritto di accesso a Internet, da intendersi come libertà informatica, è da considerarsi un diritto sociale, o meglio *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza [19]. Un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. Infatti: sempre di più l'accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Anche perché, «lo sviluppo di Internet e la crescita dell'esigenza della trasparenza [amministrativa] rappresentano, nelle società occidentali, due fenomeni concomitanti» [20].

Il diritto di accesso è una libertà fondamentale il cui esercizio è strumentale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali: non solo la libertà di manifestazione del pensiero, ma anche il diritto al pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, o piuttosto la libertà di impresa. Oggi, nella società dell'informazione o, se si preferisce, nell'era dell'accesso [21], non avere accesso a Internet significa vedersi precluso l'esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza. Il diritto di accesso si declina sotto due diversi ma

[19] Per questa tesi, rinvio a Frosini, T. E. (2015b, 60 ss.).
[20] Lepage (2002); v. altresì, Pulvirenti (2013).
[21] RIFKIN (2000).

collegati profili: *a)* diritto di accesso al contenuto, e quindi come strumento necessario per la realizzazione della libertà di manifestazione del pensiero. Se questa libertà diciamo *on line* è esercitabile se e in quanto si accede alla Rete, l'accesso non è solo strumento indispensabile ma diventa momento indefettibile dell'esercizio della libertà, senza il quale essa verrebbe snaturata, cancellata; *b)* il secondo profilo, invece, si riferisce al diritto di accesso a Internet quale diritto sociale, o meglio *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza. Un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. Infatti: sempre di più l'accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Ancora: il diritto di accesso, come è stato sostenuto, «si presenta ormai come sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete» [22]. Quindi, non tanto e non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete Internet ma piuttosto come diverso modo d'essere della persona nel mondo e come effetto di una nuova e diversa distribuzione del potere sociale.

Da ultimo, riguardo al problema dell'accesso a Internet, e con riferimento alla situazione italiana, può essere utile citare qualche dato empirico. Secondo le più recenti indagini di «Eurostat», infatti, più di un terzo di italiani non ha mai usato Internet, ovvero il 34% della popolazione non ha mai navigato sul *web*. Un dato che posiziona l'Italia in fondo alla classifica europea, di poco sopra la Grecia (con il 36%) e la Bulgaria (con il 41%). Invece la media Ue è del 79% delle famiglie che ha accesso a Internet. Poi, per quanto riguarda, in Italia, il rapporto tra *e-government* e privati, solo il 21% dichiara di usare i servizi digitali offerti dalla pubblica amministrazione, a fronte di una media europea pari al 41%. L'Italia non va meglio in termini di velocità di banda, un'altra variabile che ci porta in fondo alla classifica europea. Secondo i rilevamenti del rapporto State of the Internet Report di Akamai, nel terzo trimestre del 2013 l'Italia totalizza in media una velocità di 4.9 Mbps (*megabit* per secondo): Paesi Bassi, Svizzera e Repubblica Ceca dominano la classifica con una velocità superiore agli 11 Mpbs. Al di sotto dell'Italia compare solo la Turchia, con 4 Mbps.

[22] Così Rodotà (2012, 384).

3.1 **La libertà di espressione**

Conviene, a questo punto, dare rapidamente conto di come è cambiato il senso e il significato della libertà di manifestazione del pensiero nell'era di Internet. Perché ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza «filtri», ovvero senza mediazioni di sorta, un *open network*. Infatti: basta creare un sito Internet, ovvero entrare in un sito: senza vincoli amministrativi e con una diffusione planetaria, accessibile a tutti (a condizione di avere un *computer* o un *tablet* e una connessione), immediato nella esecuzione, in grado di racchiudere in sé audio, scritto e video, con uno spazio illimitato di memoria e con il pieno e vario utilizzo di strumenti automatici di reperimento di quel che si cerca. Quindi, con Internet, chiunque può rendere pubbliche idee e opinioni attraverso la creazione e la gestione di un proprio *server*, ovvero attraverso l'apertura di un proprio sito *web*. In tal modo, ognuno può essere stampatore, direttore e editore di sé stesso, diffondendo notizie in rete senza appartenere ad alcun ordine professionale. Tutto un agire individuale, insomma; un uso concreto ed effettivo da parte di milioni di persone. Quindi, per dirla con la giurisprudenza statunitense: «[Internet], la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata». Anche perché – grazie a Internet – oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori. E questo lo sarà sempre più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendosi e formandosi alimentata da *Facebook*, *Twitter*, *You Tube*, *web communities*, *sms*, *skype*, *blogs* e continue evoluzioni. Questo determinerà una concezione assolutamente nuova e diversa dell'identità, che si articolerà in forma mutevole a seconda dei luoghi, dei contesti, degli interlocutori e delle scelte identitarie che si compiono. L'identità digitale, quindi, si articola sulla base di un flusso continuo di informazioni, che vanno nelle più diverse direzioni e che sono affidate a una molteplicità di soggetti, che costruisce, modifica e fa circolare immagini di identità altrui, o addirittura genera una seconda vita sulla rete, una *Second Life* virtuale [23]. Insomma, una situazione di sicuro progresso in termini di libertà individuale ma anche di iniziativa economica privata. E' stato argutamente detto, che «solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere

[23] Sul punto, v. Bassoli (2009, 165 ss.).

sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza» [24].

3.2 Il diritto alla *privacy*

Certo, ci sono, poi, situazioni giuridiche che si declinano come diritti soggettivi, che si manifestano ed esprimono la loro cogenza giuridica in prevalenza attraverso Internet. Chiarisco: il diritto alla *privacy* oggi ha una sua particolare conformazione, proprio con riferimento alle esigenze di tutela che possono prodursi attraverso la rete Internet. Mi provo a fare degli esempi su *provider* o motori di ricerca a tutti noti: *Amazon* monitora le nostre preferenza d'acquisto; *Google* registra le nostre abitudini in Rete; *Facebook* conosce le nostre relazioni sociali e ciò che *like*; gli operatori di telefonia mobile sanno non solo con chi parliamo, ma anche chi si trova nelle vicinanze.

Ancora, e sempre in tema di diritto alla *privacy* e Internet. Si pensi ai recenti scandali internazionali, che sono stati sollevati con riferimento alla capacità di uno Stato di gestire i dati personali di migliaia di persone influenti, che appartengono e rappresentano le istituzioni europee. Ovvero l'indisponibilità personale dei dati che viaggiano sul *cloud computing*, laddove tutto il nostro patrimonio informativo finisce per essere sottratto alla nostra indisponibilità e per risiedere in *server* posti al di fuori del nostro controllo diretto, e quindi potenzialmente esposti a violare la nostra *privacy*. Il problema, peraltro, riguarda non solo dati personali ma soprattutto grande banche dati di operatori telefonici, imprese, banche, che hanno un indubbio valore strategico. Certo, ci sono gli accordi transnazionali presi in sede WTO tra i Garanti *privacy* europei e le istituzioni statunitensi, oltre che dai continui dialoghi tra le autorità nazionali, nonché dalle vicende correlate al presunto sistema di intercettazione planetaria detto PRISM; ma crescono e si sviluppano i *cyber*criminali, che mirano a ottenere codici di accesso di banche dati di grandi dimensioni degli operatori finanziari ovvero delle amministrazioni pubbliche. E' il problema del *Big Data*, espressione che designa delle cose che si possono fare solo su larga scala, per estrapolare nuove indicazioni o creare nuove forme di valore, con modalità che vengono a modificare i mercati, le organizzazioni, le relazioni tra cittadini e governi e altro ancora. I *Big Data* rendono problemati-

[24] V. Zencovich (2010, 71).

ca la tutela della *privacy*, ma vi è altresì una minaccia completamente nuova: «le penalizzazioni basate sulle propensioni. Ovvero della possibilità di usare le previsioni che emergono dai big data sulle persone per giudicarle e punirle ancora prima che agiscano. Ed è la negazione dei concetti di equità, giustizia e libero arbitrio» [25].

Da ultimo, vale la pena qui ricordare il recente episodio, che ha visto generare il conflitto, con ricadute giurisdizionali, fra la FBI e l'*Apple*, a proposito del diniego di quest'ultima di consentire, alla polizia americana, in nome della *privacy*, l'accesso ai dati contenuti nello *i-Phone*, trovato in possesso di un terrorista autore della strage di San Bernardino e poi rimasto ucciso. La FBI riusciva comunque nell'intento di sbloccare l'*i-Phone* e il caso si chiudeva; rimaneva però, sullo sfondo, la questione della riservatezza *vs.* sicurezza, e quale delle due deve prevalere [26].

3.3 **Il diritto all'oblio**

Altra situazione giuridica che si manifesta in Internet è quella del diritto all'oblio (*right to be forgotten)*: quale reviviscenza del vecchio diritto a essere lasciati soli (*right to be alone*), ovvero come «pretesa a riappropriarsi della propria storia personale» [27], e quindi una sorta di diritto all'autodeterminazione informativa, altrimenti come «mezzo per ricostruire la dimensione sociale dell'individuo, evitando che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente» [28]. Per salvaguardare il diritto del soggetto al riconoscimento e godimento della propria attuale identità personale o morale, attraverso il diritto di vietare un travisamento dell'immagine sociale di un soggetto, ovvero della propria personalità individuale, per evitare che si venga a diffondere *false light in the public eye*. Quindi, un diritto a governare la propria memoria.

Diritto all'oblio e diritto alla *privacy* possono ben rappresentare due facce di una stessa medaglia, che affondano nella dignità della persona la loro rilevanza costituzionale. Il diritto all'oblio, generato dalla giurisprudenza e consolidato dalla legislazione, ha dovuto fare i conti con Internet, la «rete delle reti», dove tutto ciò che è stato inserito nel *web* rimane come una memoria illimitata e senza tempo, ovvero un deposito di dati di dimensioni globali; sia

[25] Su questo e altre questioni, v. l'interessante volume di Mayer-Schonberger, Cukier (2013, 204).
[26] Sulla vicenda, cfr. Orofino (2016) e Vigevani (2016).
[27] Chiola (2010, 39).
[28] Così Mezzanotte (2009, 121).

pure, come è stato detto usando una metafora, si tratta di «pagine isolate di libri custoditi in mille diverse biblioteche» [29].

Certo, la notizia apparsa sul *web* non dura, al pari delle notizie sulla carta stampata, come la rosa di Ronsard, l'*espace d'un matin*, ma piuttosto assume forma durevole e incancellabile; chiunque la può leggere e rileggere, ovunque si trova nel mondo, e può utilizzarla come fonte di informazione. Ma la notizia non è un dato astratto alla *mercé* di tutti, perché riguarda la persona e la sua immagine in un dato momento storico; i dati personali, vale la pena ricordarlo, costituiscono una parte della espressione della personalità dell'individuo. Come ancora di recente, ha sostenuto la Corte di giustizia UE nella decisione cd. *Google Spain* (2014) e poi ha ribadito e confermato nella sentenza sul caso *Safe Harbour*, o altrimenti cd. *Schrems* (2015). Certo, si tratta di pronunce giurisdizionali che non si limitano solo ad affermare il diritto all'oblio ma anche, fra le altre questioni, il diritto alla *privacy* da applicare secondo il diritto europeo, anche nei confronti del mercato transnazionale dei dati, specie con gli Usa [30].

Quindi, deve essere consentito alla persona, a tutela della sua identità, di esercitare il proprio diritto di libertà informatica, che consiste nel potere disporre dei propri dati, ovvero delle notizie che lo riguardano, e quindi chiedere per ottenere sia il diritto all'*oblio* su ciò che non è più parte della sua identità personale, sia il diritto alla *contestualizzazione* del dato, e quindi della notizia, perché «una verità non aggiornata non è una verità». Come è stato detto, «lo stato costituzionale punta alla ricerca della verità, il tema della verità è un suo problema fondamentale» [31]. Allora, è tra i principi fondamentali che va cercato il punto archimedico del diritto all'oblio e i suoi derivati: in particolare, nella formula costituzionale non negoziabile della dignità dell'uomo, codificata e resa intangibile nelle costituzioni di democrazia liberale (nella Legge Fondamentale tedesca all'art. 1). E' il principio fondamentale della dignità, infatti, che costituisce il fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona: le particolari declinazioni della personalità umana, seppure siano autonomamente giustiziabili, sono riconducibili alla più generale espressione di dignità umana. Non vi può essere tutela dell'identità personale senza tutela della dignità, che si traduce nel diritto del singolo a vedere, comunque, rispettata la propria

[29] Finocchiaro (2010, 395).

[30] Sulle sentenze della Corte Ue, v. i fascicoli monografici di *Dir. Inf.,* n. 4-5, 2014 (sul caso *Google Spain*) e *Dir. Inf.,* n. 4-5, 2015 (sul caso *Safe Harbour*), entrambi ospitano una raccolta di contributi che analizzano le varie problematiche derivanti dalle pronunce giurisdizionali. Con riferimento alla prima sentenza, cfr. Rallo (2014).

[31] Così Häberle (2000, 749 ss.)

reputazione, il proprio buon nome, a non essere discriminato a causa dei propri orientamenti e dei propri stili di vita. Per concludere sul punto, si possono citare le parole della Corte Suprema canadese: *The right to personal dignity and a right to an area of privacy or individual sovereignity into wich the State must non make arbitrary or unjustified intrusions* (Re R. L. Crain and Couture, 1984). Quindi è nella *privacy-dignity* che acquista rilievo il rispetto dell'identità di ogni persona, che non può e non deve essere trattata come se fosse un oggetto. La tutela della dignità dell'uomo passa (anche) attraverso il diritto all'oblio, ovvero il diritto a cancellare, ovvero a contestualizzare, i dati personali per vietare, come già detto, un travisamento dell'immagine sociale di un soggetto, per evitare che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente e possa ledere la propria dignità umana [32].

Un rapido cenno finale va fatto riguardo a quello che potremmo chiamare «il rovescio della medaglia dell'oblio», e cioè il diritto a essere ricordati, ovvero a non essere dimenticati. Mi riferisco al problema, che oggi sta emergendo nell'attualità del diritto informatico, sulla cd. eredità digitale (*digital inheritance*); e cioè sul destino dei dati posseduti e memorizzati in supporti e *online* [33]. E quindi, da una parte, chiavette, *tablet*, *smartphone*, dischi, *notebook*; dall'altra, documenti, video, foto, *blog*, *email*, cinguettii, *social network* vari, conti correnti, che le grandi aziende della rete gestiscono per un numero davvero sterminato di utenti. Tutta questa identità digitale è ereditabile? Ovvero, la nostra vita digitale può e deve avere un futuro dopo di noi? Il tema è di sicuro rilievo e non può essere affrontato in questa sede. Mi limito soltanto a evidenziare come non ci siano ancora regole che sovraintendano la questione della «eredità digitale»: anche negli Usa solo 5 Stati su 50 si sono dati una prima regolamentazione, sia pure non chiarissima. Per esempio, potrebbe non bastare l'esibizione del certificato di morte del congiunto nei confronti dei grandi *provider* del *web* per avere accesso alle informazioni. Si può qui ricordare la vicenda del soldato americano deceduto in Iraq, i cui genitori volevano ricostruire le circostanze della morte del figlio rileggendo le sue *mail*. Il *service provider* si è opposto, ma poi i genitori hanno fatto causa e hanno vinto. Una soluzione, tutta da studiare, è quella del «mandato *post mortem*»: affidando chiavi di accesso e istruzioni chiare al fiduciario, possibilmente per iscritto, su cosa fare in caso di decesso: distruggere i dati in tutto o in parte o consegnarli a soggetti prescelti. Ci sono dei siti – come, per esempio, *Legacy Locker*, *If I*

[32] Cfr. Frosini, T. E. (2015b, 103 ss.)
[33] Su cui, v. Resta (2014, 891 ss.)

die, *DeathSwitch*, *PassMyWill* e altri – a cui è possibile affidare il pacchetto completo delle varie «chiavi», e che a intervalli prestabiliti verificano l'esistenza in vita per poi mandare via *mail* le coordinate a chi indichiamo. Ma che succede se chiudono all'improvviso, come è capitato a *MyWebWill*? Insomma, il problema è complesso e merita di essere studiato e analizzato in punto di diritto. Certo, è un ulteriore sviluppo del diritto di libertà informatica, che è quello di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. E' il diritto di partecipazione alla società virtuale: per dimenticare, contestualizzare o ricordare.

4. LE DICHIARAZIONI DEI DIRITTI IN INTERNET VANNO PRESE SUL SERIO?

Vi è in corso tutto un attivismo parlamentare, *around the World*, intenzionato a regolamentare Internet, a volere cioè codificare una *Internet Bill of Rights*. Ha iniziato il Brasile con la legge n. 12.965 del 23 aprile 2014, cd. *Marco Civil*, con l'obiettivo di volere garantire la neutralità del web, «che è fondamentale per mantenere la natura libera e aperta di Internet», come ha detto la presidente Dilma Rousseff. Una legge di ben 32 articoli con un fitto elenco di «principi, garanzie, diritti e doveri per l'uso di Internet in Brasile» e con tante *chicche*, una fra queste quella fissata all'articolo 6, che recita: «Nell'interpretare la presente Legge si tiene conto, oltre che dei fondamenti, principi e obiettivi contemplati, della natura di Internet, dei suoi particolari usi e costumi e della sua importanza per la promozione dello sviluppo umano, economico, sociale e culturale». Un bel rompicapo per l'interprete (e per il controllo di costituzionalità…). Evidentemente presi dalla furia per il metodo comparativo *per analogia*, anche il Parlamento italiano, ovvero la Camera dei deputati e la sua Presidente, ha voluto provare a emulare il legislatore brasiliano. Una commissione mista (parlamentari e non) ha redatto la *Dichiarazione dei diritti in Internet*, della cui forza giuridica è lecito dubitare. Per carità, tanti bei principi declinati in 14 punti, e un «Preambolo» dalle belle intenzioni che si chiude con l'affermazione perentoria: «Una Dichiarazione dei diritti di Internet è strumento indispensabile per dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale». Sorge un dubbio, che rampolla dalla dottrina del liberalismo: è davvero opportuno che lo Stato legiferi con la presunzione di volere regolamentare lo spazio aperto e libero di Internet? Sia pure fissando diritti e garanzie, che comunque ci sono già, ovvero sono ermeneuticamente desumibili, in Costituzione e nei Trattati europei? Internet,

ovvero il *cyberspace*, va valutato come un ordinamento giuridico autonomo: «*cyberspace is a distinct place for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between cyberspace and the real world*». Ancora, il *cyberspace* diventa «*an important forum for the development of new connections between individuals and mechanism of self-governance*». Un diritto spontaneo, quindi. Un diritto pari a quello della *lex mercatoria*, con la quale si regolavano i rapporti commerciali nel medioevo. Una *lex informatica*, dunque; che può avvalersi di una *co-regulation*, in cui le poche ed essenziali leggi statali si verrebbero a integrare con una politica di *self-regulation* da parte degli utenti di internet. Una sorta di applicazione del principio di sussidiarietà, in cui la *co-regulation* dello Stato può venire in sussidio alla *self-regulation* degli utenti, quando questi la evocano ovvero quando la necessitano. Semmai, se proprio una legge andrebbe fatta è quella che garantisse il *wi-fi* disponibile e gratuito per tutti, in modo tale da consentire il diritto di accesso a Internet, precondizione per l'esercizio della cittadinanza digitale.

5. CONCLUSIONE, A PROPOSITO DI *FAKE NEWS*

Merita, infine, fare cenno a un'ultima questione, che si è andata espandendo di recente, sia pure in maniera un po' ultronea. E' quella che si riferisce alle notizie false (*fake news*), che circolano sulla rete Internet e che potrebbero ingannare il consumatore, ovvero informare scorrettamente e mendacemente il cittadino. Sono stati invocati addirittura rischi per la democrazia e si è auspicato di sottoporre Internet a regole di garanzia sulla qualità delle notizie, magari certificate da un'Autorità indipendente. Esprimo il mio dissenso a questa ipotesi. Le notizie false ci sono sempre state (e sempre ci saranno) in tutti i settori della comunicazione, pubblica e privata, sulla stampa e sulla rete. In quest'ultima, poi, tenuto conto che si viene ad ampliare la libertà di espressione, come sopra sostenuto, e che permette maggiore trasparenza, quindi consente un maggiore disvelamento della verità contro ogni censura. Sulla rete c'è concorrenza e pluralismo, in punto di offerta di informazioni [34]. Soccorrono le parole del giudice Oliver W. Holmes, nella famosa *dissenting opinion* sul caso Abrams *vs*. United States (1919): «il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la

[34] Sul punto, Donati (2014, 31 ss.); Pollicino (2014, 45 ss.).

verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati» [35].

Una voce forte e chiara del costituzionalismo di ieri, che vale ancora e soprattutto per il costituzionalismo di oggi, specialmente quello 2.0.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Associazione italiana dei costituzionalisti (2014), *Costituzione e globalizzazione,* Jovene, Napoli.

AA. VV. (2011), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Société de Législation Comparée, Paris.

Bassoli, E. (2009), «La discplina giuridica della seconda vita in Internet: l'esperienza Second Life», D*iritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1.

Chiola C., (2010), «Appunti sul c.d. diritto all'oblio e la tutela dei dati personali», *Percorsi Costituzionali,* n. 1.

Compagna, L. (1998), *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna.

Compagna, L. Cuomo, E. (2000), *La democrazia dei liberali*, Giappichelli, Torino.

Corso, L. (2016), *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino.

Costanzo, P (2012), «Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo», *Rassegna Parlamentare*, n. 2.

Donati, F. (2014), «Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di Internet», *Percorsi Costituzionali*, n. 1.

Esen, S. Kumcu, D. (2014), «Internet Freedom in Turkey», *Percorsi Costituzionali,* n. 2.

Ferrara, G. (2006), *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano.

Ferrarese, M. R. (2003), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino*,* Bologna.

Finocchiaro, G. (2010). «La memoria della rete e il diritto all'oblio», *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3.

Fioravanti, M. (2009), *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari.

Frosini, T. E. (2011), *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

— (2015 a), «La Magna Carta e i suoi eredi», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4.

— (2015 b), *Liberté Egalité Internet*, Editoriale Scientifica, Napoli.

[35] Holmes (1975, 105).

Frosini, V. (1981), «La protezione della riservatezza nella società informatica», en Matteucci, A., *Privacy e banche dei dati*, Il Mulino, Bologna.
— (1992), *Informatica diritto e società*, Giuffrè, Milano.
— (2000a), «Bioetica», *Enciclopedia Italiana. Appendice 2000*, Treccani, Roma.
— (2000b), «L'orizzonte giuridico dell'Internet», *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2.
Gargarella, R. (2011), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo Veintiuno, Mexico DF.
Häberle, P. (2000), *Diritto e verità*, Einaudi, Torino.
Holmes, O. W. (1975), *Opinioni dissenzienti*, Giuffrè, Milano.
Jellinek, G. (2002), *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Giuffrè, Milano.
Lepage, A. (2002), *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, LexisNexis, Paris.
Matteuccci, N. (2010), *Breve storia del costituzionalismo*, Morcelliana, Brescia.
Mayer-Schonberger, V. Cukier, K. (2013), *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, Milano.
Mezzanotte, M. (2009), *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della* privacy *storica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
Mirkine Guetzévitch, B. (1933), *Droit Constitutionnel International*, Sirey, Paris.
Orofino, M. (2016), «FBI v. Apple: il caso è (forse) chiuso, ma le questioni di fondo rimangono apertissime», *DPCE online*, n. 2.
Pollicino, O. (2014), «Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider», *Percorsi Costituzionali*, n. 1.
Pulvirenti, O. D. (2013), *Derechos Humanos e Internet*, Errepar, Buenos Aires.
Rallo, A. (2014), *El derecho al olvido en Internet. Google versus Espana*, Centro de estudios politicos y constitucionales, Madrid.
Resta, G. (2014), «La «morte» digitale», *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2.
Rifkin, J. (2000), *L'era dell'accesso*, Mondadori, Milano.
Rodotà, S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari.
Schmidt, E. Cohen, J. (2013), *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*, Rizzoli, Milano.
Vigevani, G. E. (2016), «Apple v. FBI: i valori costituzionali in gioco», *DPCE online*, n. 2.
Zencovich, Z. (2010), «Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero», *Percorsi Costituzionali*, n. 1.

LA DEMOCRAZIA LIBERALE ALLA PROVA DELLA RIVOLUZIONE TECNOLOGICA: UNA SFIDA TRA DATI E DATE

Marco Schirripa*
Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Un breve viaggio tra dati e date. 3. Verso una datacrazia? 4. Dati, social network e formazione del consenso. 5. Riflessioni conclusive. 6. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

Tra gli elementi che hanno contribuito all'evoluzione della nostra società, Internet è stato uno dei principali: ha rivoluzionato l'economia, la politica, il diritto.

Dal punto di vista giuridico si discute se l'accesso ad Internet[1] sia da considerare come un diritto umano fondamentale di ultima generazione.

E se è innegabile che la società del domani sarà sempre più caratterizzata da Internet, è altrettanto vero che la direzione verso cui questo progresso tecnologico si sviluppa non è neutra. Bisogna, dunque, far sì che questa direzione di

* Assegnista di ricerca in «Nuove tecnologie, protezione dei diritti umani e identità digitale. Aspetti di diritto comparato ed interno». Settore scientifico-disciplinare: diritto comparato.

[1] Cfr., Almeno, Frosini (2002); Della Cananea (2009); Pisa (2010); Rodotà (2010); Azzariti (2011); De Minico (2012); Frosini (2015, 49 ss.).

sviluppo sia pienamente compatibile con la tutela dei diritti fondamentali della persona e con le esigenze della collettività.

Ogni rivoluzione – a maggior ragione se tecnologica – esige un enorme sforzo di pensiero e di approfondimento, consistente soprattutto nella difficile sfida di conciliare l'esistente con la novità.

È innegabile che Internet abbia contribuito significativamente a migliorare la dimensione partecipativa dei cittadini alla loro vita nelle democrazie liberali, ma come negare – allo stesso tempo – che una delle sfide attuali più delicate è proprio quella di capire se l'odierna democrazia liberale possa sopravvivere all'avvento di Internet e dei *social media*.

Le democrazie di oggi sono in continua trasformazione [2] e si reggono su equilibri mobili: tenere insieme la tutela dei dati personali, il diritto a conoscere e il sistema liberaldemocratico cui siamo abituati non è impresa da poco.

Il tema non ha confini ed Internet, il più grande spazio pubblico che l'umanità abbia conosciuto, la rete che avvolge l'intero pianeta, non ha sovrano (Rodotà, 2010).

2. UN BREVE VIAGGIO TRA DATI E DATE

Tra il 2018 e il 2019 cadono anniversari importanti per la storia dei diritti costituzionali: nel 2018 compie 70 anni sia la Costituzione italiana che la Dichiarazione universale dei diritti umani ed è anche il quarantennio della Costituzione spagnola.

Allo stesso modo, nel 2019 sono trascorsi 30 anni sia dal crollo del Muro di Berlino (e dal disfacimento dell'impero sovietico) che dal referendum d'indirizzo con cui gli italiani si pronunciarono sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo.

È singolare notare come, proprio in occasione di anniversari così significativi, i benefici della democrazia siano messi sempre più in discussione dalla nascita - in seno all'Unione europea e oltreoceano - di regimi non democratici e dal crescente successo elettorale di movimenti politici che si richiamano a esperienze non democratiche.

Le suddette date sanciscono che dopo la seconda guerra mondiale il fenomeno democratico ha espanso la sua forza – le cd. ondate di «democratizzazione» – fino ad arrivare al dato che la democrazia vince e le «non democrazie» perdono.

[2] Per un approfondimento cfr. De Marco (2017).

Liberal democrazie o democrazie stabilizzate, certo non tutte uguali, ma tutte stabiliscono la protezione dei diritti umani e la separazione del potere.

Si parla di costituzionalismo globale, i diritti inalienabili degli individui vengono affrancati dal monopolio dell'ordine giuridico da parte dello Stato-nazione e affidati a un riconoscimento internazionale (Paciotti, 2016).

Arrivati fino alla cima della democratizzazione ci si imbatte nella rivoluzione tecnologica. Il mondo si è scoperto più nudo, nonostante il benessere, il superamento dei modelli autoritari, la scoperta del *welfare state*. Forse perché nascono costituzioni senza costituzionalismo [3], nascono regimi i cui esponenti politici arrivano a dichiarare: «dobbiamo abbandonare i metodi e i principi liberali nell'organizzazione di una società, perché i valori liberali dell'occidente oggi comportano violenza e corruzione [4]».

Con questo discorso Viktor Orbàn ha aperto una crepa nell'Unione Europea che è il simbolo migliore di pace e democrazia della stagione post bellica perché è l'area macro regionale dove la guerra non si è più palesata.

Emergono, dunque, modelli autocratici, «democrature [5]», dovute al degradamento democratico, alla commistione dei poteri.

Emblematico, in tal senso, il caso polacco [6]: alla fine del luglio del 2017, la Commissione Europea avviò una procedura di infrazione in relazione alla riforma della giustizia approvata dal Parlamento polacco. Tale riforma cancellava di fatto l'autonomia del potere giudiziario in Polonia, introducendo il controllo dell'esecutivo sulla nomina dei giudici della Corte suprema, consentendogli di destituire quelli all'epoca in carica e sostituendoli con i nuovi di nomina governativa.

Questo declino nasce da una lettura ottimistica in cui si asseriva che la democrazia fosse arrivata in cima, avesse vinto. C'è, invece, un fenomeno di deterioramento dei sistemi democratici, di regressione costituzionale, di recessione democratica (si pensi alla Turchia [7], dove vengono esclusi dal Parlamento tutti i partiti che ottengono meno del 10 per cento dei voti su scala nazionale, in modo da garantire al partito di Erdoğan, l'*Akp*, una maggioranza parlamentare schiacciante e non corrispondente agli effettivi consensi ottenuti).

A tutto ciò corrisponde il fenomeno del populismo [8] che è un fenomeno con una tradizione antica, lo si potrebbe definire un *mix* di disagio vestito dal

---

[3] Vd. in particolare Barbera (1997).

[4] Parole pronunciate da Viktor Orbàn, Primo Ministro dell'Ungheria, a ridosso della sua rielezione nel 2018.

[5] Termine coniato dal fine giornalista uruguayano Eduardo Galeano.

[6] Cfr. sul punto Mizejewski (2017).

[7] Per un approfondimento cfr. Chiappetta (2017).

[8] Su populismo e costituzionalismo cfr. almeno Silvestri (2009); Spadaro (2009).

bisogno di decidere. Oggi però il populismo ha lo strumento della tecnologia [9], il veicolo di Internet che può diffondere il disagio. È un effetto figlio della globalizzazione, che da un lato apporta indiscutibili vantaggi all'economia, dall'altro – se non controllata – è in grado di corrodere i pilastri della democrazia liberale (Baldassarre, 2002).

3. VERSO UNA DATACRAZIA?

L'insieme dei fattori di disagio sfuggono al controllo dei governi nazionali ma non sfuggono al controllo di coloro che gestiscono i *big data* [10].

Oggi, il detentore dei *big data* è sostanzialmente un soggetto che opera nella scena ordinamentale al pari degli Stati e in qualche caso anche più incisivamente degli Stati. Nella odierna società tecnologica controllare i dati significa avere il dominio di ogni aspetto delle attività umane (Ziccardi, 2019).

Il prof. Yuval Noah Harari, in uno dei suoi recenti e fortunati scritti [11], si chiede cosa accadrà alla società di domani e alla vita quotidiana quando gli algoritmi non coscienti ma dotati di grande intelligenza e capaci di mettere insieme tutti i dati visibili e invisibili, personali e ricavati, conosceranno noi più a fondo di quanto noi conosciamo noi stessi. La vita può davvero ridursi a semplice elaborazione di dati? E cos'è più importante tra l'intelligenza e la consapevolezza?

Sono interrogativi tanto affascinanti quanto decisivi e che riportano al dilemma già posto da Robert Alan Dahl [12]: *«chi governa davvero?»*.

La risposta, oggi, potrebbe essere: non i governi.

Arduo, infatti, individuare le regole per governare questi processi. Gli strumenti giuridici in campo traballano dinanzi alla portata di questo confronto. Un confronto molto maggiore di quello tra azienda privata (*Apple, Twitter, Facebook*) e ordinamento.

Al punto tale che si è arrivati a trovare un soggetto «macronazionale» – l'Unione europea – che multi *Google*.

Si è, dunque, dentro un altro schema: gli ordinamenti sovranazionali che proteggono la democrazia. Oggi l'Unione europea si avvale dell'*Antitrust*, del *General data protection regulation* (Gdpr) per proteggere la democrazia.

---

[9] Sul rapporto tra nuove tecnologie, populismo e partiti politici, cfr. Rivera (2017).
[10] In questo senso cfr. Califano (2017).
[11] Harari (2017).
[12] Vd. Dahl (1961).

Dinanzi le *FAANG* (l'acronimo dei cinque colossi *hi-tech* di Wall Street, ovvero *Facebook*, *Amazon*, *Apple*, *Netflix* e *Google*) ed il loro immenso patrimonio economico, le norme nazionali non assicurano con facilità la tutela della persona. Basti pensare che i 5 colossi catalizzano una buonissima parte degli scambi commerciali e capitalizzano una quota superiore ai 2.400 miliardi di dollari, una somma più alta del Pil italiano. Per capire quanto siano importanti sul mercato americano è sufficiente sottolineare che rappresentano il 12% circa della capitalizzazione totale dello *Standard & Poor's 500*.

Il confronto, quindi, è tra soggetti detentori di dati (peraltro neanche estorti ma ceduti liberamente da noi stessi) e l'ordinamento di Santi Romano, l'ordinamento giuridico in quanto tale.

I dati si comprano e si acquisiscono in base ad interessi commerciali o anche elettorali.

La differenza tra ordinamenti costituzionali e non, è che nei primi abbiamo un ordine giuridico governato da un patto comune civile. Non tra privati, ma tra il potere pubblico e tutti.

Si pensi ai casi di *Cambridge Analytica*, *Russia gate* e la conseguenza che percezione e verità che non vanno più insieme. Nel celebre caso di *Cambridge Analytica* non è sicuro che i dati raccolti e analizzati siano stati utilizzati a scopo elettorale, ma di certo i rapporti di interesse tra la società inglese e i contesti elettorali erano evidenti e la tecnica di «profilazione mirata» che veniva adoperata lascia immaginare che si stesse pianificando una campagna elettorale individuando il messaggio più aderente ai dati raccolti e agli utenti «studiati».

Oggi, dunque, il rischio è quello di non avere più una verità condivisa, ma dati condivisi. In Italia, il Garante per la protezione dei dati personali, si dichiara preoccupato per una attività sistemica di «pedinamento digitale», adottato per «incidere sulla costruzione dell'identità personale anche sotto il profilo della libertà di autodeterminazione.» (Soro, 2018).

4. DATI, SOCIAL NETWORK E FORMAZIONE DEL CONSENSO

Si aggiunga a tutto questo il ruolo sempre più preponderante che stanno assumendo i *social media*: praterie digitali abitate da masse di utenti che arrivano ad impiegare un terzo della loro giornata tra un *like* e un *post*.

Gli ordinamenti a rischio di illiberalità sono proprio quelli in cui le persone hanno la loro prima informazione sui *social network* ed è evidente che

una fetta sempre più ampia del popolo ormai si informa quasi esclusivamente sui *social media* [13].

In Italia una percentuale sempre maggiore di cittadini forma il proprio bagaglio di informazione soprattutto da *Facebook*, cioè un soggetto privato (fonte: *Reuters Institute for the Study of Journalism*).

Dunque media e dati.

I partiti, che un tempo servivano per dare voce in maniera organizzata ai propri iscritti, oggi spesso si riducono a dare un ordine nel momento in cui si vota. Una sterile procedura.

Chi oggi dà la voce ai cittadini sono i *social network*.

Nel celebre romanzo *1984* di Orwell, il grande fratello era uno solo. Oggi sono cinque o sei e non si fanno neanche la guerra.

La storia insegna che ci sono due strade: una è la strada luddista, distruggere tutto e tornare indietro.

L'altra strada è che bisogna affrontare in faccia il problema: gli equilibri della democrazia sono equilibri mobili ed oggi il governo dei dati è il governo del tutto.

Il rapporto col futuro è la vera discriminante tra i regimi democratici e quelli non democratici. I primi non hanno rapporto col futuro ma solo col presente. I secondi nascono pensando al futuro, dentro un sistema di garanzie definito.

Il rapporto tra i *big data*, l'ordinamento giuridico, gli algoritmi e i partiti impone una importante domanda: si può essere duttili con i diritti e le libertà costituzionali?

No, si deve motivare ciò che una volta era scontato. Ad esempio, in un tempo in cui si ricomincia a parlare di voto elettronico [14], sarebbe opportuno affrontare una riflessione sul senso del voto e sulla formazione propedeutica ad approcciarsi con adeguatezza ad uno dei momenti essenziali della vita di una democrazia, consapevoli che la democrazia non si afferma semplicemente esportandone le regole e le procedure, c'è un senso più profondo.

Il costituzionalismo, del resto, si è sempre preoccupato di proteggere il sistema democratico ponendo dei limiti ai poteri che lo abitano. Quello della circolazione e gestione dei dati e delle informazione è oggi un tema da affrontare.

Si ricordi che Mark Zuckerberg aveva pensato di candidarsi alla presidenza USA, fatto che avrebbe rappresentato l'ultimo anello mancante di un modello democratico in crisi: il leader di uno dei più importanti contenitori di informa-

[13] Cfr. in particolare Caravita (2019).

[14] Vd., tra gli altri, Gratteri (2005), Carlotto (2015).

zioni del mondo, in grado di «schedare» gli utenti sotto ogni loro aspetto, che diventa anche il leader di una democrazia secondo le classiche regole.

L'Unione delle due cose è un tema non solo da *antitrust* ma, soprattutto, è un tema che farà la differenza tra un mondo governato da algoritmi [15] e un mondo che lascia la possibilità di vivere e scegliere in maniera libera senza essere condizionati da grandi fratelli che anticipano le nostre scelte perché conoscono le nostre preferenze.

Anche qui il passaggio tra sudditi, o meglio utenti, e cittadini torna a galla.

5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Esiste quindi una reale possibilità che l'ascesa della tecnologia digitale e la concomitante diffusione di una comunicazione essenzialmente senza costi abbiano creato uno scontro diretto tra alcuni dei valori costituzionali più cari: la libertà di manifestazione del pensiero, di informare e di essere informati da un lato e la stabilità del sistema politico dall'altro. Questo è il punto nodale per il quale Internet rischia di porre fine all'egemonia della democrazia liberale e spiega perché il dibattito pubblico su come regolare piattaforme come *Twitter* e *Facebook* è diventato così intenso.

Ma la questione forse è ancora più profonda: l'ascesa della tecnologia digitale ha scosso il nostro sistema politico fino al midollo. L'esperienza quotidiana di gradimento e condivisione di *post* sui *social media* può, infatti, abituare gli utenti a una forma simulata di democrazia diretta che rende le istituzioni esistenti della democrazia rappresentativa intollerabilmente superate quantomeno all'apparenza.

Ciò solleva una serie di domande che sono ancora più inquietanti di quelle finora emerse: la sensibilità democratica dei nativi digitali potrebbe essere indebolita dalla loro abitudine all'efficacia diretta dei *social media*? Potrebbero cioè essere semplicemente meno disposti a tollerare il funzionamento lento e indiretto delle istituzioni progettate nel XVIII secolo? E potrebbero quindi

[15] Stefano Rodotà è stato tra i primi, in Italia, a parlare del rischio di una «dittatura degli algoritmi»: «Questo confidare negli algoritmi ne determina una presenza sempre più persuasiva, che sembra non conoscere confini. L'algortimo disegna le modalità di funzionamento di larghe areee delle nostre organizzazioni sociali, e così redistribuisce poteri. Incarna anzi le nuove forme del potere e ne modifica la qualità. [...] Non lo sappiamo, ma è possibile che, quando telefoniamo ad un call center e ci sentiamo rispondere di «rimanere in linea», siamo già nelle mani di un algoritmo che ci ha classificato come clienti poco interessanti e ci fa attendere all'infinito, menrte è fulminea la risposta per il «buon» cliente. Nella vita quotidiana s'insinua il germe di nuove discriminazioni, nasce il cittadino non più libero ma «profilato», prigioniero di meccasismi che non sa o non può controllare.» (RODOTÀ, 2014).

essere più restii ad accettare il mito democratico che ha a lungo mantenuto la stabilità dei più grandi Paesi del mondo?

L'agorà fisica dell'antica Atene potrebbe essere sostituita da un*'agorà* virtuale che consentirebbe a milioni di persone di discutere e votare su proposte politiche con ancora maggiore facilità?

Alle generazioni precedenti, sarebbe sembrato naturale che il popolo potesse governare attraverso le istituzioni parlamentari ed eleggere i loro rappresentanti andando in un seggio elettorale. A una generazione cresciuta sul voto digitale, plebiscitario e immediato di *Twitter* e *Facebook* queste istituzioni appaiono stranamente ingombranti e ingessate.

L'ascesa di Internet e dei *social media* ha quindi creato un gigantesco disallineamento tra l'efficienza diretta delle nostre vite digitali e l'ingombrante inefficienza delle nostre istituzioni democratiche e ciò ha accentuato il contrasto tra la promessa del nostro sistema, che garantiva il potere sovrano nelle mani del popolo, e la realtà in cui raramente l'individuo avverte di avere un ruolo reale sulle decisioni più importanti che riguardano il suo paese.

Le basi ideologiche del sistema democratico si stanno, dunque, rapidamente erodendo?

In realtà la storia insegna che la democrazia vive di crisi [16] e tensioni, perché queste rappresentano fattori di crescita. Internet rappresenta una tensione poiché, da un lato, è il più grande spazio di libertà che l'individuo abbia mai conosciuto. Probabilmente neanche i padri costituenti statunitensi, pensando al *freedom of speech*, avrebbero mai potuto immaginare ad uno sviluppo così elevato della libertà del pensiero.

Tuttavia, è evidente che nell'immenso spazio digitale della Rete sono presenti asimmetrie che - nell'impossibilità di trattarle organicamente in questa sede - chi scrive ha provato ad individuare sinteticamente. Compito del giurista è quello di individuare il miglior equilibrio possibile bilanciando con prudenza delicate questioni quali la concentrazione del potere nelle mani di pochi e lo sviluppo delle libertà.

Per rilanciare la democrazia liberale nell'era digitale, infatti, la soluzione non passa dalla via della restrizione, dal far rispettare i diritti alla *privacy* o dal reprimere le voci più odiose su Internet. Può essere una scelta da intraprendere, ma risulterebbe certamente insufficiente.

Occorre, a modesto avviso dello scrivente, riflettere di nuovo su come riempire la promessa democratica di significato rivolgendosi ad una nuova

[16] Cassese (2017).

generazione che ha perso la fiducia nel mito democratico sulle cui fondamenta è costruito il nostro ordinamento giuridico.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Azzariti, G. (2011), «Internet e Costituzione», *Costituzionalismo.it*, fasc. 2.

Baldessarre, A. (2002), *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza: Roma-Bari.

Barbera, A. (1997), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza: Roma-Bari.

Bobbio, N. (1988), *Liberalismo e democrazia*, Simonelli: Milano.

Califano, L. (2017), «Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data», *Federalismi.it*, n. 9.

Caravita, B. (2019), «Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?», *Federalismi.it*, n. 2.

Carlotto, P. (2015), *Il voto elettronico nelle democrazie contemporanee*, Cleup: Padova.

Cassese, S. (2017), *La democrazia e i suoi limiti*, Mondatori, Milano.

Chiappetta, A. (2017), «Note minime sulla riforma costituzionale in Turchia», *www.forumcostituzionale.it*.

Dahl, R. A. (1961), *Democracy and Power in an American City*, Yale University Press, London.

De Marco, E. (2017), «Democrazia in trasformazione: i nuovi orizzonti della democrazia diretta», *Federalismi.it-Focus Democrazia diretta vs democrazia rappresentativa*, n. 1/2017.

De Minico, G. (2012), *Internet regole e anarchia*, Jovene: Napoli.

Della Cananea, G. (2009), *Al di là dei confini statuali. Principi di diritto pubblico globale*, Il Mulino, Bologna.

Finocchiaro, G. (2012), «Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione», *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3.

Frosini, T. E. (2015), *Libertè, egalitè, Internet*, Editoriale Scientifica: Napoli.

Frosini, V. (2002), «L'orizzonte giuridico dell'internet», *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2.

Gratteri, A. (2005), *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale,* Cedam: Padova.

Harari, Y. N. (2017), *Homo deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, Milano.

Mizejewski, M. (2017), «La crisi della democrazia in Polonia», *Federalismi.it*, n. 22.

Paciotti, E. (2011), *Diritti umani e costituzionalismo globale*, Carrocci: Roma.

Pisa, R. (2010), «L'accesso ad internet: un nuovo diritto fondamentale?», *www.treccani.it.*

Rivera, I. (2017), «La rete, i populismi e i partiti politici 2.0», *Informatica e diritto*, n. 1-2.

Rocca, C. (2019), *Chiudete Internet*, Marsilio: Venezia.

Rodotà, S. (2010), *Una Costituzione per Internet?*, Il Mulino, Bologna.
— (2014), *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza: Roma-Bari.
Silvestri, G. (2009), «Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia», in Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*. *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, Jovene: Napoli.
Soro, A. (2018), *Persone in rete*, Fazi Editore, Roma.
Spadaro, A. (2009), «Costituzionalismo versus populismo. (Sulla cd.deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)», in Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*. *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, Jovene:-Napoli.
Ziccardi, G. (2019), *Tecnologie per il potere*, Raffaello Cortina: Milano.

L'AMMINISTRAZIONE E LA SFIDA DEI *BIG DATA*

Giovanna De Minico*
Università degli Studi di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. *Big Data* e trasparenza dell'Amministrazione: il concetto di dato aperto. 3. Il titolo impositivo dell'obbligo di *open data*. 4. Fu vera rivoluzione la riforma Madia? 5. La privacy e la sfida dei *Big Data*. 6. I diritti politici e la sfida dei *Big Data*. 7. Conclusioni. 8. Riferimenti bibliografici.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Questo lavoro si chiede se e in che modo i Big Data[1] possano influire sulla decisione del soggetto autoritativo, consapevoli che tale *issue* riguarda innanzitutto il decisore politico quando nel creare norme astratte e generali deve scegliere la misura transattiva tra i B. D. e gli altri beni con i primi confliggenti: ad esempio, la trasparenza amministrativa, la privacy, i diritti politici o l'iniziativa economica.

In via preliminare, chiariamo cosa sono i B. D.: masse enormi di dati, universali in oggetto e soggetto, variabili per autogenesi, varie in qualità, velo-

* Prof. ordinario di diritto costituzionale. Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli.

[1] Da ora in avanti indicati con l'acronimo B. D.

ci per produzione e valevoli per entità [1]. Quest'ultimo attributo li rende il nuovo *asset* dell'economia digitale perché essenziali agli operatori del *web*, non diversamente da quanto la rete fissa lo è stata per le Telco. L'unica differenza è che i B. D. si sono formati con gli apporti successivi dei cittadini della rete e solo in un momento successivo sono stati accaparrati dagli *Over the Top* e impiegati per finalità lucrative; mentre le reti fisse sono state oggetto d'investimenti da parte delle Telco stesse per fornire il servizio di telecomunicazioni all'utente finale. Questa diversità di genesi dei rispettivi *asset* ci introduce a un altro interrogativo: è legittimo l'atteggiamento dominicale degli Over the Top [2]? Oppure, i B. D. andrebbero sottratti al potere decisionale dei giganti di Internet per essere restituiti alla collettività che li ha generati?

2. *BIG DATA* E TRASPARENZA DELL'AMMINISTRAZIONE: IL CONCETTO DI DATO APERTO

La Pubblica Amministrazione impiega nel suo operare gli *open data* [3], fattispecie derivata dai B. D., ma autonoma concettualmente: già nota all'esperienza pubblica italiana, infatti, il Codice dell'amministrazione digitale [4] consentiva alla Amministrazione di rendere pubblici i dati in suo possesso, purché anonimi o comunque inidonei a individuarne la persona.

La condivisione del patrimonio conoscitivo pubblico tra autorità e cittadino permette a quest'ultimo il reimpiego del dato per il fine prescelto: dagli scopi commerciali a quelli meramente informativi. Si pensi, ad esempio, ai dati ecologici sull'inquinamento atmosferico che, se aggregati da un Comune in ragione della zona di rilevamento, potrebbero consentire a chiunque lo voglia di ideare un servizio di *car sharing* con vetture elettriche anche in ragione del tasso di anidride carbonica, e non solo in base alla domanda di utilizzo, come di regola accade al momento.

---

[1] In proposito si deve avere presente il limpido disegno tratteggiato da: Mayer - Cukier (2013) (trad.it. Garzanti), in part. il cap. 9.

[2] Questo *nomen*, ormai pacifico nella letteratura economica, rende visiva la posizione apicale di quegli imprenditori *on line* che usano la rete come strumento essenziale per prestare beni o servizi, autoesonerandosi dall'investire capitali per il suo sviluppo. Per una definizione giuridica si veda: Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Indagine conoscitiva concerete lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica. Allegato A alla delibera n. 165/16/CONS*, in *https://www.agcom.it/documents/10179/5054337/Allegato+29-6-2016/9d7168c6-6205-47e7-a2d9-23cccdc1df59?version=1.0*

[3] Cfr.: Orefice (2018, 17 ss.).

[4] Decreto Legislativo, 7 marzo 2005, n. 82, «*Codice dell'amministrazione digitale» - C. A. D.,* in G. U. del 16 maggio 2005, n. 112 – Suppl. Ord. n. 93.

Guardiamo rapidamente l'ordinamento statunitense: risale al 2008[5] l'originario disegno del rapporto cittadino-Amministrazione in funzione dell'accessibilità, utilizzabilità e interoperabilità dei dati. Questo risultato fu possibile in quanto il diritto di accesso era costruito in piena autonomia dalla lesione attuale e diretta di una situazione giuridica soggettiva vantata dal richiedente l'accesso.

L'ordinamento italiano imposta diversamente la questione: precisamente[6], il concetto di bene pubblico rimane invariato al trascorrere del tempo e quindi insensibile all'evoluzione tecnica. L'intervento convulso di leggi e linee direttive infatti non ha alterato l'iniziale configurazione giuridica degli *open data*, oggetti di una mera facoltà di pubblicazione, graziosamente concessa dalle amministrazioni a taluni cittadini, salvo rare ipotesi di obblighi generalizzati di *disclosure*, dettati da leggi di settore e assistiti da deboli sanzioni.

Ebbene, tale qualificazione si deve al nostro decisore politico[7], che risolse l'opzione lasciata aperta dalla Direttiva[8] con l'accezione meno vantaggiosa per il cittadino, pur potendo prescrivere all'Amministrazione un obbligo di pubblicità dei dati in luogo del mero potere.

A questo stato dell'arte si deve rispondere affermando la cultura democratico-costituzionale degli *open data,* che riconduce il rapporto Amministrazione/cittadino a quella necessaria equiordinazione tra le parti, unica modalità relazionale che il principio fondamentale dell'uguaglianza consente. In questo contesto paritario la natura pubblica della Amministrazione non potrà legittimamente giustificare una sua presunta prevalenza sul soggetto privato; questa correzione di tiro ha conseguenze sul disegno dell'intero apparato pubblico, il quale dovrà obbedire al principio democratico. Quest'ultimo, infatti, conforma a sé il profilo organizzativo e funzionale, non dei soli organi del circuito politico-rappresentativo, bensì di ogni potere pubblico, il quale nell'osservare il dovere istituzionale di servire la collettività salda l'*iter* decisionale, a genesi verticistica in quanto autoritativo, con la sovranità popolare, che si origina dal basso.

---

[5] Il *Freedom of information Act,* del 4 giugno1966, in *http://www.foia.gov/index.html,* prevede un accesso generalizzato agli atti della Pubblica Amministrazione (*any person has a right, enforceable in court, to obtain access to federal agency records […]*).

[6] Legge del 7 agosto 1990 n. 24, succ. mod., art. 22 condizione l'accesso alla prova di un: «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso».

[7] Facoltà introdotta nell'ordinamento italiano dall'art. 1 del D. Lgs. del 24 gennaio 2006, n. 36: «La decisione di consentire o meno tale riutilizzo spetta all'amministrazione o all'organismo interessato, salvo diversa previsione di legge o di regolamento», perseguendo «la finalità di rendere riutilizzabile il maggior numero di informazioni, in base a modalità che assicurino condizioni eque, adeguate e non discriminatorie».

[8] Direttiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, art. 3, in G. U. C. E. n. L 345 del 31 dicembre 2003 pagg. 0090 – 0096.

Lo stesso principio democratico comporta che il dato, solo custodito dall'Amministrazione, sia attratto al patrimonio indiviso della collettività [9], che ha contribuito a comporlo con i propri apporti crescenti e continuativi. Dalla nostra impostazione discendono due conseguenze: l'Amministrazione non può rivendicare sui dati alcun titolo proprietario, essendone solo la custode temporanea; l'Amministrazione non può scegliere se condividere i dati con i terzi o tenerli per sé, essendo invece obbligata a diffonderli per restituire alla collettività quanto le spetta.

3. IL TITOLO IMPOSITIVO DELL'OBBLIGO DI *OPEN DATA*

L'obbligo di pubblicazione dei dati in formato aperto non ha il suo titolo giustificativo in una disposizione di legge, perché discende direttamente dall'art. 97 Cost: se il dovere di trasparenza [10] impone all'Amministrazione la visibilità dei suoi percorsi decisionali, fatto questo indiscutibile, esso comporterà altresì l'esibizione agli *omnes* dei risultati del suo agire pubblico, cioè i dati.

Da qui la conseguenza dell'illegittimità costituzionale di quelle leggi che, invece, si esprimono in termini di facoltatività, visto che la precettività dell'art. 97 Cost. non lascia alcuna alternativa al Legislatore tra l'obbligare o il permettere: il Legislatore sarà sì tenuto a intervenire al pari di ogni altra legge costituzionalmente necessaria, ma dovrà limitarsi a specificare le modalità attuative di un obbligo, che avendo già il suo radicamento in Costituzione, non sarà degradabile in una facoltà.

Peraltro, rompere con il concetto di appropriazione dominicale e aprire al paradigma della proprietà indivisa richiama la natura di Internet, realtà dello *sharing* [11], la cui regolazione non riproduce automaticamente la disciplina propria dei diritti esercitati *off line* perché deve tener conto delle specificità del contesto digitale: ad esempio, la proprietà in rete perde il carattere della riserva indiana e diventa una «prateria dai confini senza limiti» [12].

---

[9] Hess, Ostrom (a cura di) (2007), in part. cap. III e Lucarelli (2013, 65 ss.).

[10] Cfr. Pinelli (1994), *passim*; Arena, Corso, Gardini, Marzuoli, Merloni (a cura di) (2008), in particolare i contributi di: Merloni, Arena, Marzuoli, Donati e Carloni; Califano, Colapietro (a cura di) (2014). Sulle più recenti evoluzioni normative, cfr.: Colapietro (2016); Magri (2013) e Griffi (2013, 2 ss.).

[11] De Minico (2014); Falletti (2011).

[12] L'espressione si deve al Tribunale di Milano del 24 febbraio 2010, n. 1972/2010, caso *Google-Vividown,* nella quale il Giudice Oscar Magi, nel condannare i *manager Google* per violazione degli art. 23, 17, 26 e 167 del d.lgs. 196/2003.

In termini giuridici ciò significa rovesciare l'impostazione normativa italiana, che fino alla c.d. «Riforma Madia» [13] prevedeva il divieto generalizzato per la P. A. di messa a conoscenza dei dati, salvo eccezioni disposte da leggi speciali. A nostro avviso dunque, la compatibilità costituzionale della disciplina comporta una riscrittura della regola a termini invertiti: l'obbligo generale di libera conoscibilità dei dati aperti, salvo divieti specifici posti dal Legislatore a tutela di valori costituzionali antagonisti. Dunque, vogliamo proporre la visibilità come *modus agendi* generalizzato [14] del potere pubblico, mentre solo un diverso valore, parimenti meritevole di tutela sul piano costituzionale, potrebbe rovesciarla per esigere la segretezza dell'agire autoritativo, a condizione che il bilanciamento secondo proporzionalità e necessarietà riconosca prevalente la segretezza sulla visibilità.

Open data e obbligo di messa a disposizione definiscono lo statuto minimo dei dati [15], che si articola nella fruibilità *erga omnes* dei medesimi, nel senso che i suoi beneficiari non sono selezionati in ragione dell'osservanza di adempimenti tecnici (ad es. la registrazione) o del possesso di requisiti legittimanti. Nell'intellegibilità dei dati che devono essere comprensibili a chiunque li voglia usare; quindi, nel caso in cui il dato grezzo sia stato manipolato, anche i criteri di elaborazione [16] andranno resi pubblici. Nella neutralità dei dati, che devono poter essere utilizzati a prescindere dalle specifiche tecniche della piattaforma che li impiegherà e, infine, nella loro tendenziale gratuità.

Aver dimostrato l'esistenza dell'obbligo di «messa in comune» dei dati comporta il riconoscimento della pretesa soggettiva al suo adempimento. Un diritto questo, che spetta tanto ai cittadini come agli stranieri, perché il dato è una conoscenza funzionale alle libertà economiche – creazione dei servizi e applicazioni [17] digitali come vuole il Legislatore europeo [18] – e a quelle fonda-

---

[13] Oggetto di esame nel par. 4, *ivi*.

[14] Noveck, 2016, 280 ss.

[15] Berners-Lee, 2009; Courmont, 2015.

[16] Pozen, 2017, 51 ss.

[17] «*Open data policies which encourage the wide availability and re-use of public sector information for private or commercial purposes, with minimal or no legal technical or financial constraints, and which promote the circulation of information not only for economic operators but also for the public, can play an important role in kickstarting the development of new services based on novel ways to combine and make use of such information, stimulate economic growth and promote social engagement*» (Dir. 2013/37/EU, Cons. 3).

[18] Direttiva 2013/37/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio, in *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ: L:2013:175:0001:0008: IT: PDF.* Essa ha stabilito che l'apertura di dati e documenti al pubblico per il riutilizzo non è più una facoltà, ma un obbligo e che «*allowing re-use of documents held by a public sector body adds value for the re-users, for the end users and for society in general and in many cases for the public body itself, by promoting transparency and accountability and providing feedback from re-users and end users which allows the public sector body concerned to improve the quality of the information collected*» (Cons. 4).

mentali, mentre è discutibile un suo nesso esclusivo con la partecipazione ai processi politici. Altro è invece la conoscenza dei dati utile per sostituirsi o affiancarsi all'Amministrazione inerte nel prestare attività di pubblica utilità (art. 118, co. 3 Cost.) perché qui il rapporto teleologico *open data*/solidarietà promuove i dati a premessa conoscitiva e quindi a condizione di effettività del diritto alla sussidiarietà orizzontale, consentendo ancora una volta al chiunque, indifferentemente cittadino o straniero, di collaborare con l'autorità verso l'efficienza amministrativa.

4. FU VERA RIVOLUZIONE LA RIFORMA MADIA?

La riforma del 2016 [19] intendeva avvicinare l'Amministrazione al modello costituzionale del Potere trasparente: questo paradigma impone all'Amministrazione di orientare l'intera sua azione alla *disclosure*, cioè la obbliga a parlare il linguaggio della conoscibilità e dell'intellegibilità dei dati, fatta eccezione per quelli segretati per ragioni di pubblico interesse. Questa modalità autoritativa non è un privilegio graziosamente concesso a pochi, ma una pretesa giuridicamente esigibile da ogni amministrato che ha diritto di trarre vantaggio dalla trasparenza. Nell'era digitale era digitale ciò significa conoscenza piena e immediata della condotta autoritativa, disponibilità degli *open data*, non ai soli *cives*, ma a chiunque sia interessato a sapere. Conoscere se gli ospedali abbiano pagano il giusto prezzo per una fornitura di *medicalia* prescinde dall'essere cittadini o meno, perché conoscere come il potere agisce è condizione necessaria per la partecipazione consapevole ai processi economici e sociali.

Infine, l'Amministrazione digitale deve mostrare il suo nuovo volto *motu proprio*, cioè a prescindere da una richiesta di parte, perché se la trasparenza è funzionale all'effettivo esercizio delle libertà fondamentali, l'Amministrazione non deve creare ostacoli al loro esercizio, ma assumere la condotta che più di ogni altra le favorisca: e tra l'agire d'ufficio e quello su domanda solo il primo va nella direzione sperata.

Se questo è lo statuto minimale della trasparenza digitale, vediamo come il Legislatore lo ha calato nel rapporto Amministrazione/amministrati.

La riforma non obbliga l'Amministrazione a pubblicare tutti i dati in suo possesso, né tantomeno lo dovrà fare d'ufficio, ma più semplicemente è tenuta

[19] Il Decreto legislativo del 25 maggio 2016, n. 97 recante *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

a comunicare unicamente al richiedente solo i dati oggetto della sua domanda. Quest'ultimo non dovrà però provare di essere titolare di un interesse personale e diretto ad accedere ai dati, essendo sufficiente la presentazione di una richiesta anche immotivata di acquisizione dei dati. Questo diritto, chiamato «accesso civico generalizzato» per distinguerlo da quello condizionato alla legittimazione personale, di cui alla L. 241/90, si proietta però come un'ombra sull'obbligo assoluto di *disclosure*, trasformandolo in un dovere relativo. Di questo infatti presenta gli attributi peculiari: non è attivabile d'ufficio, come invece dovrebbe essere un dovere generalizzato, ma solo su richiesta di chi si è assunto l'onere; non giova a tutta la collettività, perché se la richiesta è accolta, l'atto contenente i dati è comunicato unicamente all'istante, non viene infatti reso di pubblico dominio; inoltre, l'elencazione delle eccezioni alla trasparenza è tanto lunga e bizantina da far temere che la discrezionalità amministrativa potrebbe sovvertire la regola generale della visibilità nel suo divieto, vanificando così l'annunciata rivoluzione.

In sintesi: la pubblicità, annunciata come il regime ordinario del dialogo tra Potere e cittadini è declassata a modalità residuale; l'obbligo generale di trasparenza sfuma nel dovere relativo di visibilità, e così la relazione tra Amministrazione e cittadini ripropone il vecchio copione dell'autorità dedita a complicare la vita ai suoi amministrati, invece di servirli. Ritorna il tempo del segreto, mascherato da un'opaca trasparenza e ancora una volta si fa appello ai cittadini, i più virtuosi, per richiamare l'Amministrazione al suo dovere costituzionale di visibilità, la cui osservanza non le andrebbe ricordata.

Infine, l'onere dei cittadini di bussare alla porta dell'Amministrazione impedisce di tradurre il dovere di trasparenza nel corrispondente diritto sociale di pretesa a che l'Amministrazione si comporti in un certo modo. Se si tratta di un diritto sociale, il suo esercizio andrebbe agevolato con norme asimmetriche *in bonam partem* a vantaggio di chi ha meno tempo e soldi per compulsare l'Amministrazione. Nei fatti invece è diventato un privilegio per quei pochi che, liberi dai bisogni materiali, si possono permettere il lusso di pretendere di ottenere una loro personale trasparenza, a dispetto di chi oberato dagli affanni quotidiani non può occuparsi di trasparenza.

Né alla riforma si è data un'interpretazione costituzionalmente conforme, la qual cosa avrebbe portato a scegliere tra due interpretazioni della norma quella compatibile con la legittimità costituzionale; se ciò fosse accaduto, all'accesso civico si sarebbe sostituita l'automatica eseguibilità del dovere di pubblicità dei dati, ma le amministrazioni non hanno rivelato questa sensibilità, né la dottrina le ha invitate a farlo.

Al momento dunque la riforma è un'occasione mancata, perché avrebbe potuto attuare l'imperativo costituzionale dell'art. 97 Cost., piuttosto che offrire una lettura a ribasso degli *open data*. Peraltro, il decisore politico poteva contare sul precedente statunitense, al quale la riforma aveva dichiarato di volersi ispirare, ma poi ne ha riproposto una copia sbiadita e vecchia. Infatti, ha rispolverato il modello del FOIA, fermo al 1966 [20], cioè lo stesso messo in soffitta dall'Amministrazione Obama che invece aveva disegnato una visibilità amministrativa *tout court* e *omnibus* [21], ideando soluzioni pragmatiche e misure bilanciate nel sacrificare i diritti. Questi rimedi non sono però sopravvissuti all'Amministrazione Trump [22], che infatti ha sostituito l'opacità alla trasparenza, ha chiuso i siti prima aperti, ha ripristinato l'antico divieto di pubblicità dei dati; insomma, ha spostato indietro le lancette dell'orologio.

Questo cambio della guardia al vertice politico degli USA dimostra che la questione della trasparenza è tutt'altro che insensibile all'indirizzo politico della maggioranza di turno, anzi può essere considerata la cartina tornasole della democraticità della politica di governo. Quanto all'Italia il modello di una trasparenza con *open data*, visibili d'ufficio ed *erga omnes* rimane ancora al di là da venire.

5. LA PRIVACY E LA SFIDA DEI *BIG DATA*

La nostra riflessione si soffermerà sul diritto alla privacy e sui diritti politici, ben consapevoli che anche altre situazioni giuridiche, quale ad esempio quelle economiche [23], sono messe sotto tensione dall'erompere del fenomeno B. D.

In questa sede però la nostra riflessione avrà a oggetto le sole situazioni prima annunciate.

a) Il confronto con queste masse mutevoli di dati altera profondamente la natura del diritto alla privacy al punto da mettere in discussione la continui-

[20] Noveck (2016), cit.: «The process of drafting and submitting FOIA requests and then waiting for the agency's response,…is a breeding ground for delay and cynicism over the Act's efficacy Under FOIA, there is no centralized 'reading room': each agency must create its own website and post only those documents that are the result of three or more FOIA requests».

[21] Executive office of the President of the United States, *Big data: seizing opportunities, preserving values*, maggio 2014, pp. 53 ss., reperibile in *http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf*.

[22] Sulla *policy* di cancellazione e ritorno all'opacità dell'Amministrazione USA attuale si veda: http//gov.newsT/trump-removes-open-government-from-white-house-websitte-5f7c4feb7c18. Contro di essa si è creato un movimento di opinione che ha agito prontamente nel tentativo di salvare i dati prima della loro cancellazione: il *Data Refugee* con lo scopo di archiviare e copiare i *Sensitive Government Data*.

[23] In proposito ci sia consentito il rinvio al nostro saggio De Minico (2019).

tà tra la vecchia privacy e la nuova. Il suo originario abito era disegnato sul modello del diritto di proprietà [24], che dilatava il suo oggetto dalle *res* materiali al foro interno dell'individuo. Questa categoria giuridica si rivelò presto inadeguata rispetto a una privacy irrinunciabile dal suo titolare perché bene essenziale allo sviluppo della persona, contro la piena disponibilità del diritto reale; la natura antitetica delle due situazioni soggettive e dei rispettivi regimi giuridici era la prova dell'estraneità della privacy al *genus* dominicale.

Saltiamo in questa sede i passaggi intermedi [25] meritevoli però di aver sottratto la privacy ai diritti patrimoniali per attrarla all'area delle libertà fondamentali con tutto ciò che ne segue [26] . Arriviamo invece alla bella proposta di Rodotà [27], che proietta il diritto in esame nello scenario tecnologico, valorizzandolo come pretesa all'autodeterminazione della propria immagine digitale. Questa nuova qualificazione segna un salto di qualità: da una privacy gelosamente custodita nel cassetto del titolare a diritto che si snoda giorno dopo giorno in un flusso verso l'esterno volontario, continuativo e crescente di dati. Questa nuova dimensione riconosce all'individuo, non il semplice diritto di essere lasciato in pace, ma quello di controllare l'esattezza dei dati che lui stesso ha esternato e, se del caso, anche di correggerli, potendo da ultimo avere un interesse qualificato a cancellare quanto di sé aveva un tempo reso pubblico.

Anche questa dimensione bilaterale della privacy blocca però il diritto in un ambiente ancora conoscibile alla persona e quindi non coglie la sua propensione a confrontarsi con la sfida tecnologica imposta dall'*habitat* digitale e dalle analisi predittive degli algoritmi.

In questa terza ulteriore fase [28] il soggetto non trova gli strumenti idonei per proteggere una privacy destrutturata nella borsa degli attrezzi del diritto all'autodeterminazione: le antiche forme di tutela basate sul consenso informato si rivelano ben presto insufficienti e inadatte al mutato terreno di gioco. Invero, i dati raccolti in forma massiva sono tendenzialmente anonimi e quindi non hanno un interessato, individuato o individuabile, legittimato a prestare il consenso; ma anche nell'ipotesi in cui i dati avessero un nome e un cognome, chi li raccoglie non può sapere in quel momento quale sarà il loro impiego futuro. Quindi, chi colleziona dati con la rete a strascico non ci può dire per

[24] Warren - Brandeis (1890), anche in *https://www.stetson.edu/law/studyabroad/netherlands/media/Trk1. Week3-Bauer-Tuesday-Warren-and-Brandeis-Right-to-Privacy-1890-Harvard-Law-Review.pdf.*
[25] Orofino, 2018, 9 ss.
[26] Solove, 2002, 1088.
[27] Rodotà, 1995, capp. 2 e 3.
[28] Mayer, Cukier, cit., cap. 9)

quale finalità li sta affastellando, perché lo ignora anche lui, e se pure conoscesse lo scopo della raccolta, nulla ne impedirebbe l'impiego successivo per fini diversi da quelli iniziali. Una cosa è certa: i dati non rimarranno fermi perché rappresentano il punto di avvio delle analisi predittive, cioè di quelle attività previsionali dirette ad anticipare con prognosi *ex ante* le condotte che intere categorie di soggetti presumibilmente assumeranno secondo le proiezioni dell'algoritmo.

Pertanto, nelle condizioni di buio totale il nostro consenso [29] informato è diventato un «non consenso». Questo spiega perché l'antica tutela della privacy, *consent based*, assistita dalle garanzie dell'autonomia e della consapevolezza, non è più utilmente invocabile. Entrambi questi attributi si sono sbriciolati dinanzi ad assensi estorti con la coercizione psicologica di negare il servizio digitale a chi si fosse rifiutato di cedere i dati o li avesse ceduti senza cognizione di causa nell'ignoranza piena delle finalità del loro impiego.

Chiarito che la privacy non è più il diritto che era un tempo, definiamo secondo un approccio fattuale quale sia la nuova posizione del dell'interessato dei dati. Questi pretende di avere un ruolo attivo nel processo di *predictability* [30] della sua condotta al fine di controllarne gli esiti previsionali, e per fare ciò chiede quantomeno due cose: la visibilità parziale dell'algoritmo e un criterio d'imputazione *sui generis* della responsabilità civile.

Quanto alla trasparenza funzionale dell'algoritmo, essa è soddisfatta in presenza di una *disclosure* selettiva, cioè limitata a quanto strettamente necessario a coprire le linee portanti dell'algoritmo in modo da consentire agli interessati di comprendere i fini ultimi del meccanismo predittivo che li interessa. Del resto, una conoscenza completa azzererebbe ingiustificatamente il diritto di proprietà intellettuale del dell'interessato senza però giovare allo scopo informativo, perché rendere pubblico il funzionamento integrale di un algoritmo è comprensibile solo ai pochi addetti ai lavori. Quindi, questa posizione estrema creerebbe un danno non procurando alcun vantaggio: risulterebbe quindi viziata per difetto di necessità e di proporzionalità e come tale da escludere.

Quanto al sindacato amministrativo sull'algoritmo, il titolare dei dati rivendica un inedito criterio di imputazione della responsabilità, nel caso in cui la condotta prevista dovesse essere discriminatoria, oppure risultante in base a un errore di impostazione dell'algoritmo. L'algoritmo può errare, forse con minori probabilità della mente umana, ma comunque non si può escludere che

[29] Kerber, 2016, 641 ss.

[30] Siegel, E., Predictive Analytics: the power to predict who will click, buy, lie or die, (revised), New Jersey, Wiley, 2016, 91 ss.

commetta valutazioni previsionali che in seguito possono rivelarsi non veritiere. Ebbene, rispetto a questa eventualità il criterio d'imputazione civilistico, tutto incentrato sulla colpa, è insufficiente e allora occorrerà pensare a un nuovo parametro, questo incentrato sulla responsabilità *sine culpa* per rischio obiettivo di impresa. Questa costruzione è al momento l'unica in grado di assicurare al danneggiato il ristoro dal pregiudizio sofferto, a prescindere dalla colpa umana, perché si fonda unicamente sulla regola secondo la quale chi svolge un'attività pericolosa deve risponderne se procura un danno diffuso a prescindere dalla sua imperizia.

Invece, sul punto il Regolamento europeo [31] segue una linea opposta: l'impresa che redige la valutazione di impatto sulla privacy, semmai confortata dal parere del Garante, è come coperta da una semi-immunità giuridica. Non si arriva a costruire l'adempimento del dovere di valutazione come esimente dalla responsabilità giuridica, ma se un valore vogliamo assegnare a questo obbligo, è di aver creato una sorta di affidabilità quanto alla conformità della valutazione col diritto, salvo che il danneggiato dimostri che il danno si sarebbe potuto prevedere, ma ciò non è stato, nonostante la redazione dell'atto. Ora messo da parte il secondo caso, perché un esempio di scuola più che un evento possibile, soffermiamoci sulla prima ipotesi e lasciamoci guidare dal parametro del diritto pubblico dell'utilità sociale d'impresa. Quindi, ometteremo considerazioni sul titolo della *culpa* – se in *vigilando* o in base a una diversa *ratio,* perché terreno riservato alla scienza civilista – mentre ricordiamo che un'attività pericolosa – tale è la raccolta *omnibus* dei dati – non può essere trattata alla stregua di una normale attività d'impresa, cosa che accadrebbe se si continuasse a ragionare in termini di responsabilità soggettiva per colpa. Se ciò dovesse essere, si negherebbe l'evidenza di un fatto e al tempo stesso si arriverebbe a disconoscere una regola di base del diritto. Il fatto verrebbe negato perché la circostanza che si tratti di operazioni pericolose, sebbene non in sé considerate, ma per i loro esiti sulla collettività indifferenziata, impedisce di assimilarle a una qualsivoglia condotta *sine periculo*; il diritto sarebbe calpestato perché le situazioni diverse meritano trattamenti giuridici diversi con tutto ciò che ne segue.

Il carattere massivo della raccolta comporta che anche il danno, da individuale, cioè circoscritto a destinatari puntuali e definibili, sia diventato diffuso, cioè destinato a un pubblico non identificabile; a tal fine potrebbe tornare utile riflettere sulle *class action*, semmai rivedendolo nel recente modello italiano per

[31] Regolamento Europeo 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», nonché in adeguamento il D. Lgs. 10/8/2018, n. 101. Per un commento diffuso sul rapporto Regolamento europeo e nuova privacy sia consentito il rinvio De Minico (2019, parag. 3).

correggerlo da quelle incongruenze dovute a un Legislatore disattento. Il criterio di legittimazione processuale, disancorato dalla personalità dell'interesse, e la capacità a dilatare oltre la sfera delle parti processuali gli effetti benevoli della sentenza sembrano fare al nostro caso, perché rappresentano la risposta adeguata alle questioni inerenti alla responsabilità diffusa da uso discriminatorio degli algoritmi predittivi.

In sintesi, abbiamo rilevato un preoccupante silenzio del decisore europeo sulle questioni centrali: tipizzazione delle facoltà della nuova privacy, obbligo di visibilità dell'algoritmo funzionale alla sua giustiziabilità [32], apertura a *class action* ripensate e previsione di un nuovo titolo di responsabilità oggettiva per danni da B. D. Ma il rimprovero più grave non attiene a quanto il decisore politico non ha fatto, piuttosto a quello che aveva annunciato di fare nelle promettenti dichiarazioni di principio, dietro le quali ha mascherato invece la perfetta conservazione dello *status quo*. Le sue buone intenzioni di passare dalla privacy da consenso dell'interessato a quella da responsabilità dell'utilizzatore sono state sterilizzate nei *consideranda*, affidate quindi alla parte *soft* dell'atto normativo, salvo attendere che il Legislatore europeo di domani possa farle proprie.

In conclusione, dinanzi ai B. D. la privacy vede svanire la sua iniziale dimensione bilaterale nel momento in cui si sposta in un contesto soggettivo trilaterale, dove all'interessato dei dati e al responsabile del trattamento si è aggiunto l'autore dell'algoritmo, nei cui confronti sarà azionabile la pretesa all'intelligibilità del meccanismo predittivo secondo quanto da noi argomentato.

6. I DIRITTI POLITICI E LA SFIDA DEI *BIG DATA*

Consideriamo ora come si comporta il diritto di voto dinanzi ai B. D. [33], privilegiando come angolo visuale la genuinità del consenso elettorale.

Una premessa di sistema: la Corte costituzionale ha affermato che la libertà di voto *significa* anche protezione del convincimento politico durante il suo processo di formazione, anticipando così la soglia di tutela alla fase antecedente e prodromica alla scelta politica dell'elettore. Il Giudice lo ha chiarito in due famose pronunce [34], anche se all'affermazione iniziale della protezione

[32] Questione in parte diversa, meritevole di una trattazione a parte, è la giustiziabilità di un atto autoritativo adottato in base a un algoritmo illegittimo. La giustizia amministrativa ha avviato questo *iter* con una motivazione articolata del Consiglio di Stato resa con la pronuncia della sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

[33] Per un esame del tema relativo al mutare dei diritti di partecipazione politica col mutato del loro terreno di esercizio si veda: Costanzo (2019, 67 ss.).

[34] Corte Cost., n. 1/2014 e n. 35/2017.

massima della libertà di voto è seguita invece una difesa solo parziale della stessa, in quanto la Corte ha finito per accettare che la scelta dell'elettore potesse essere in parte coartata dal sistema delle liste bloccate, che obbligano il cittadino a prendere lista così come è stata confezionata dalle segreterie di partito, a meno che non voglia rivolgersi alla forza politica più vicina a quella che avrebbe scelto, se avesse potuto esprimere una preferenza.

La Corte ha individuato come rimedio, sebbene non in via esclusiva, la brevità della lista, senza peraltro specificare quale fosse la misura di brevità sufficiente per superare lo scrutinio di costituzionalità. Fermo restando quest'ultima obiezione, va peraltro tenuto presente che la prescritta «asciuttezza» di lista richiesta dal supremo giudice assicura solo la conoscibilità anticipata dell'identità politica dei candidati, ma non garantisce anche il diritto di selezionare il candidato più consono al proprio sentire politico, né tantomeno quello di escludere l'*eligendo* più sgradito perché il consenso si esprime su un pacchetto elettorale chiuso, che si presenta all'elettore come un prendere o lasciare [35]. A questo punto continuare a sostenere che la Corte abbia valorizzato la libertà di voto nella sua massima espressione è un'affermazione che trascura lo stato dei fatti: avrebbe potuto farlo, chiedendo la preferenza o il voto con esclusione, ma si è fermata un passo prima dal traguardo. Si è accontentata della conoscibilità, dunque non ha inteso riconoscere il diritto di selezionare, di distinguere tra ciò che un partito propone e quello che l'elettore vuole o rifiuta. Riteniamo allora che le due sentenze ricordate operino su due piani. Intercettano il livello dei diritti, in quanto confezionano una libertà di voto dimidiata [36] perché essa è assicurata – salvo l'ipotesi della lista lunga – nella misura in cui il sistema elettorale lo consenta; e al tempo stesso intervengono sul terreno dei poteri della Corte stessa, affermando da un lato il principio dell'indispensabilità del *judicial review* sulla legge elettorale, e dall'altro riducendolo nella parte in cui ne limitano la portata.

Questa premessa fa capire che i B. D. si inseriscono in un contesto giuridico dove la genuinità del voto non è tutelata come avrebbe dovuto essere, propositi a parte; ebbene, il diritto al libero formarsi della consapevolezza politica subisce un'ulteriore flessione in basso, riducendosi a un opaco convincimento, spesso inconsapevolmente condizionato da una comunicazione politica confezionata su misura di chi la riceve.

---

[35] Ampiamente già: Villone (2019, 340).

[36] Carlassare (2014, 29). *Contra*, vi è chi considera «ardito ritenere che solo il voto di preferenza sarebbe in grado di assicurare, per sua intrinseca natura, la libera e genuina espressione del diritto di voto»: De Fiores [(2015, 7-8 (la citazione è a p. 8)].

Lo scandalo di *Cambridge Analytica* [37] ha denunciato che le enormi masse di dati, acquisite da F. B. con un'apposita *app*, servivano per profilare i suoi utenti, non solo secondo il criterio demografico, ma anche in ragione delle caratteristiche individuali degli stessi. E senza ripercorrere in modo puntuale la vicenda in questa sede, sottolineiamo piuttosto il fine di questa pesca a strascico, peraltro priva del necessario consenso dell'individuo: disegnare le campagne elettorali – vuoi le presidenziali ultime americane, ma la questione riguardò anche il voto inglese sulla Brexit – in modo da inviare rispetto allo stesso candidato messaggi elettorali diversi a seconda delle tendenze e dei gusti degli elettori, debitamente profilati.

La questione mette a nudo una violazione aggressiva, disinvolta e reiterata della privacy [38], che però è povera cosa rispetto alla lesione procurata al diritto di voto, alterato nel genuino formarsi del convincimento politico. La profilazione elettorale, ancorché dovesse essere acconsentita dall'elettore, lascia intatta la domanda di fondo allo studioso dei processi costituzionali: la comunicazione politica deve essere oggettiva, cioè mostrarsi uguale verso tutti i suoi destinatari [39]? Oppure, può legittimamente presentare immagini del candidato definite in base alle propensioni degli elettori? In tale ultimo caso, la comunicazione da oggettiva e uguale per tutti degrada a relativa e differenziata, nel senso che genera tante comunicazioni quante sono le tendenze dell'elettorato, il che la avvicina al modello della comunicazione commerciale, che non ha nulla a che fare con la democrazia perché interessa il rapporto iniziativa economica/consumatore, e non la relazione tra il diritto di essere eletto e quello di eleggere.

Qui è in discussione il mantenimento del giudizio di responsabilità politica, perché quando le promesse elettorali sono uguali per tutti i probabili elettori, anche il loro controllo su come l'eletto abbia operato è comune, data l'unitarietà del parametro politico di riferimento, il che consente l'alternanza al potere e quindi è fatta salva la logica democratica. Con la profilazione invece si spezzetta il progetto politico in tante offerte quanti sono i gusti degli elettori accorpati per classi, e di conseguenza il loro giudizio postumo non potrà che frantumarsi in una miriade di valutazioni quanti sono i diversi parametri di giudizi offerti dalla pubblicità individualizzata. L'esito sarà di impedire, o almeno ostacolare, la democratica alternanza al potere.

---

[37] Per una diffusa illustrazione della vicenda si rinvia ai documenti informativi elaborati dalla nostra Autorità per la protezione dei dati personali, reperibili nel sito https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9121352.

[38] L'*app*. in oggetto calpestava la privacy degli utilizzatori in due distinti momenti: questi non erano stati informati che scaricare l'*app*. avrebbe significato consenso implicito alla profilazione, così come erano ignari della circostanza che quei risultati sarebbero stati venduti da FB a terzi.

[39] De Tullio, 2018, in part. Cap. 3, e par. 2.2.

Quindi, assunta l'informazione come *conditio sine qua non* della validità del voto, il controllo democratico sui B. D. dovrebbe evitare il ripetersi in avvenire di quanto è accaduto con il caso *Cambridge Analytica*. Una visione meno estrema di quella da noi sostenuta legittima invece la comunicazione politica orientata ai gusti del ricevente [40] purché si dichiari preliminarmente che l'informazione politica ha subito l'azione conformativa prima di raggiungere i suoi elettori; in questo caso rimane comunque invariato il dato che i candidati si sono presentati, non per come sono realmente, ma per come gli elettori si aspettano che siano.

A nostro avviso, neanche la recente politica di Facebook sul finanziamento della campagna elettorale delle prossime europee ha raccolto la preoccupazione che il convincimento elettorale sia tenuto indenne da indebiti condizionamenti e che quindi si sia formato liberamente. Infatti, il Social nel fare chiarezza sulla provenienza della pubblicità elettorale finisce per pretendere regole troppo stringenti e al tempo stesso poco efficaci per la democrazia in rete.

Ricordiamo in cosa è consistita l'autoregolazione di FB.

Quest'ultimo ha dettato qualche regola di pubblicità elettorale per l'appuntamento europeo: precisamente, due autoprescrizioni. Chiunque volesse diffondere un messaggio pubblicitario a pagamento si sarebbe dovuto iscrivere alla sua *AdLibrary*; e avrebbe dovuto vantare la medesima nazionalità del beneficiario dello spot.

Gli obiettivi di questa disciplina minimale? La prima vuole rendere visibile chi lavora dietro le quinte per un candidato. Così gli elettori conoscono l'identità del finanziatore e alla luce delle svelate coordinate economiche leggono consapevolmente i progetti politici. Qui FB dimostra di apprezzare la filosofia della trasparenza, di cui anche all'art. 21, co. 5 della nostra Costituzione, estendendo la *disclosure* dai mezzi tradizionali a Internet con gli aggiustamenti del caso.

La regola della nazionalità intende invece evitare il ripetersi della comunicazione mistificata a firma russa volta a condizionare le elezioni americane di *mid term* perché in occasione della sfida europea il messaggio oneroso dovrà provenire da chi ha la stessa nazionalità del suo beneficiario. Ebbene, tale requisito è debole e al tempo stesso severo. È debole perché è facilmente aggirabile: si pensi a chi si fa economicamente sostenere da forze straniere, imputando però i soldi a un finanziatore fittizio locale. È severo con potenziali danni per le elezioni europee, rispetto alle quali vanno sostenuti i movimenti portatori di progetti transfrontalieri e legittimamente finanziati da capitali europei; mentre questo rigurgito di sovranismo [41] costringe la competizione a non superare l'orto di casa.

---

[40] Non sono mancate voci *pro*, tra i tanti, si veda: Gebelhoff (2016).

[41] Iannuzzi, 2019.

Illustrati vizi e virtù delle due regole, chiediamoci se esse bastano a garantire la *par condicio* del *web* oppure occorre fare di più.

La questione non si risolve nel mito della trasparenza, parzialmente assolto dall'autoregolazione del Social, perché il problema è l'accesso paritario a Internet, in cui i *bit* rimangono indivisibili nello spazio e nel tempo a differenza delle tv *off line*. Questa caratteristica di Internet, da tempo sottolineata in specie dalla Corte suprema americana, non impedisce però di disegnare una regolazione compatibile col diritto dei candidati alla parità di *chances* e con quello degli elettori a un'informazione non discriminatoria delle proposte in lizza.

L'idea si snoda in due semplici passaggi. Il messaggio oneroso a favore di un candidato deve avere un tetto massimo, diversamente i politici ricchi monopolizzerebbero tutti gli spazi pubblicitari a discapito di quelli meno dotati. Porre questo limite serve anche a distinguere il messaggio politico dallo spot commerciale in quanto se proporre progetti politici per il benessere dei cittadini è altro dal vendere detersivi per lavare i piatti, allora anche la rispettiva disciplina dovrà essere diversa.

L'ulteriore passaggio richiede la messa a disposizione accanto agli spazi onerosi anche di quelli gratuiti, equiordinati ai primi nelle caratteristiche tecniche, e da offrire in compensazione ai partiti con minori mezzi. Del resto, una *par condicio* si compone non di soli divieti – nessuno può avere più di quanto spetti all'altro candidato – ma anche di diritti: ciascuno ha diritto alle stesse *chance* di vittoria dell'altro.

Infine, agli impegni volontari di FB andrebbero aggiunte regole di sistema finalizzate dal Legislatore sovranazionale a moltiplicare i luoghi virtuali della discussione politica. Ma la concorrenza tra le piattaforme presuppone che i giganti del *web* condividano i loro dati, cioè li aprano ai nuovi entranti che altrimenti troveranno negli ammassi di dati gelosamente custoditi dai dominanti una barriera tecnica insuperabile al loro ingresso.

Quindi, l'autoregolazione di FB è solo un inizio, spontaneo, parziale e insufficiente, da completare con prescrizioni imperative, di equa distribuzione dei *bit* e di reale competizione tra piattaforme, sempre che si voglia realmente garantire una sfida elettorale equilibrata ed egualmente visibile ovunque si svolga [42]: al momento da questo incontro dei diritti politici e la rete è venuto fuori un diritto voto mortificato nella sua genuinità del suo processo formativo.

[42] Per approfondimenti sul più ampio tema della comunicazione politica in Internet sia consentito l'ascolto della mia relazione, *Pubblicità elettorale on line: regole o anarchia?*, tenuta al Convegno *Quanto hanno influito i social sulle elezioni europee?*, Università la Sapienza, 24 Giugno 2019, in https://www.radioradicale.it/scheda/577813/quanto-hanno-influito-i-social-sulle-elezioni-europee.

7. CONCLUSIONI

Abbiamo dimostrato che le antiche categorie giuridiche qui considerate – trasparenza amministrativa, privacy e diritti politici – si allontanano dal loro originario paradigma per reclamare una forma e una disciplina *well tailored* al contesto digitale e in grado di proteggerli dall'erompere dei B. D.

Gli esiti del nostro discorso sono questi.

Abbiamo conosciuto una trasparenza dell'amministrazione, un tempo asfitticamente funzionale alla domanda giustiziale dell'amministrato, oggi al servizio del bisogno di conoscenza dell'intera collettività, alla quale rende disponibili d'ufficio e senza preclusioni di oggetto i dati in suo possesso. Ma abbiamo anche denunciato la distanza tra questa *disclosure* costituzionalmente orientata e il concreto atteggiamento di visibilità del potere pubblico, ancora fermo all'arcaico modello di trasparenza, attivabile su domanda di parte, parziale nell'oggetto e a beneficio del solo amministrato richiedente.

Abbiamo conosciuto una *privacy* diversa da com'era agli inizi: ricca di nuove facoltà ma impoverita del consenso informato, sterilizzato per difetto di fini conoscibili *ex ante*. Questi poteri inediti, costruiti sull'irrobustimento dei doveri dei giganti di Internet, si articolano nella pretesa conoscitiva dell'algoritmo e nella sua confutabilità, nel caso in cui esso comporti decisioni pregiudizievoli per la collettività basate sul sospetto di probabili condotte.

Abbiamo conosciuto un diritto di voto, al momento ancora esercitato *off line,* che vede la genuinità del convincimento politico dipendere dal pre-diritto a una conoscenza obiettiva e omogenea delle offerte politiche in campo. Ma questo risultato non è conseguibile senza un divieto *ex lege* di disegnare informazione e pubblicità elettorale variabili in ragione dei gusti dell'elettore-destinatario. Tale pericolo, sconosciuto alle campagne elettorali *off line*, nasce quando la lotta politica si trasferisce dai mezzi di informazione tradizionali a Internet, uno spazio sfuggente alla disciplina della *par condicio on-line,* ancora privo di proprie regole elettorali, governato dall'anarchia degli algoritmi, abili nel propinarci immagini di candidati corrispondenti ai nostri gusti, ma privi di uniforme identità politica.

E rispetto a questo pericolo abbiamo denunciato l'insufficienza dell'autoregolazione di FB che nasconde la tirannia degli algoritmi dietro la finta trasparenza dei finanziatori degli spot elettorali.

Allora trasparenza, privacy e diritto di voto corrono il rischio di essere piegati agli interessi economici dei giganti della rete o del potere pubblico di turno. Il rimedio è nell'assunzione di responsabilità regolatoria da parte del Legislatore, che dovrà porre condizioni oggettive e specifiche per i rispettivi

contesti al fine di assicurare l'uguaglianza sostanziale dei cittadini del *web* e, in ultima istanza, la democraticità di Internet.

8. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Arena, G.; Corso, G.; Gardini, G.; Marzuoli, C.; Merloni, F. (2008), «La trasparenza amministrativa», Giuffrè, Milano.

Autorità per la protezione dei dati personali, documenti citati reperibili nel sito: *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/provvedimenti-normativa*.

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Indagine conoscitiva concerete lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica. Allegato A alla delibera n. 165/16/CONS*, in: *https://www.agcom.it/documents/10179/5054337/Allegato+29-6-2016/9d7168c6-6205-47e7-a2d9-23cccdc1df59?version=1.0*

Berners-Lee, T. (2009), Intervento al *Talk Tim Berners Lee e il Web prossimo venturo*, reperibile in: *www.ted.com*.

Califano, L.; Colapietro, C. (2014), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli.

Carlassare, L. (2014), «Intervento», in AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, Osservatorio AIC.

Colapietro, C. (2016), «La terza generazione della trasparenza amministrativa», Editoriale Scientifica, Napoli.

Costanzo, P. (2019), «La "democrazia digitale" (Precauzioni per l'uso)», *Dir. Pubbl*., n.1.

Courmont, A. (2015), «Open data et recomposition du gouvernement urbain de la donnée comme instrument à la donnée comme enjeu politique», *Informations sociales*, n. 191.

De Fiores, C. (2015), «La riforma della legge elettorale», in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, reperibile in: *http://www.costituzionalismo.it/articoli/506/*.

De Minico, G. (2014), «Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione Europea», in *AIC,* n.º 1, reperibile all'URL *http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/1_2014_De%20Minico.pdf.*

— (2019), «Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e Lex mercatoria», *Dir. Pubbl.*, n. 1.

— (2019), «Pubblicità elettorale on line: regole o anarchia?», relazione tenuta al Convegno *Quanto hanno influito i social sulle elezioni europee?*, Università la Sapienza, 24 Giugno 2019, in: *https://www.radioradicale.it/scheda/577813/quanto-hanno-influito-i-social-sulle-elezioni-europee.*

De Tullio M. F. (2018), «Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica», Tesi di dottorato in XXXI Ciclo, *Diritti umani, Teoria, Storia e Prassi.*

Executive office of the President of the United States, «Big data: seizing opportunities, preserving values», maggio 2014, reperibile in: *http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf.*

Falletti, E. (2011), «I diritti fondamentali su internet, libertà di espressione, privacy e copyright», *Riv. Diritti dell'Unione Europea e diritti umani*, RC03.

Gebelhoff, R. (2016), «How will the Internet change the political advertising», *The Washington Post*, 2016.

Griffi, F. P. (2013), «La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza», *Federalismi*, n. 8.

Hess, C.; Ostrom, E. (2007), «Understanding knowledge as commons. From Theory to Practice», The MIT Press, Cambridge.

Iannuzzi, A. (2019), «La sfida di Facebook: proteggere le elezioni europee dai tentativi di manipolazione», *Repubblica.it*, 29 marzo.

Kerber, W. (2016), «Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 11.

Lucarelli, A. (2013), *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Bari.

Magri, M. (2013), «Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale», *Istituzioni del federalismo*, n. 2.

Mayer, V.; Cukier, S. K. (2013), *Big Data*, Harcourt Publishing Company, trad.it. Garzanti, Boston.

Noveck, B. S. (2016), «Is Open Data the Death of FOIA?», *The Yale Law Journal FORUM*, 126.

Orefice, M. (2018), *I Big data e gli effetti su trasparenza, privacy e iniziativa economica*, Aracne, Roma.

Orofino, M. (2018), «Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione», *Riv. Dir. Media*, n. 2.

Pinelli, C. (1994), «Art. 97, comma 1, parte II», in Branca, G.; Pizzorusso, A. (fondato e continuato da), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma.

Pozen, D. (2017), «Freedom of Information beyond the freedom of information act», *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 165.

Rodotà, S. (1995), *Tecnologia e diritti*, Il Mulino, Bologna.

Siegel, E. (2016), *Predictive Analytics: the power to predict who will click, buy, lie or die*, (revised), Wiley, New Jersey.

Solove, D. J. (2002), «Conceptualizing Privacy», *California Law Review*, vol. 20.

Villone, M., (2019), «Legge elettorale e forma di governo tra miti e realtà», in De Minico, G.; Ferraiuolo, G. (a cura di), *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo*, Firenze, Passigli.

Warren, S. D.; Brandeis L. D. (1890), «The Right to Privacy», *Harvard Law Rev*., vol. IV, n. 5, reperibile anche in: *https://www.stetson.edu/law/studyabroad/netherlands/media/Trk1. Week3-Bauer-Tuesday-Warren-and-Brandeis-Right-to-Privacy-1890-Harvard-Law-Review.pdf.*

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, LOS ROBOTS Y LOS DRONES

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE*
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Derecho Constitucional (y Público) ante los retos de las tecnologías inteligentes. 2.1 ¿Una aproximación común a las tecnologías inteligentes? 2.2 Hacia un nuevo paradigma en la protección de los derechos fundamentales. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

* Investigador Ramón y Cajal en Derechos Fundamentales e Integración de la Unión Europea, Departamento de Derecho Constitucional de la UNED, jsarrion@der.uned.es

El autor agradece el apoyo de la Ayuda del Programa «Ramón y Cajal» (RYC) 2015 (RYC-2015-18821), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI), y cofinanciado por el Fondo Social Europeo. Ese trabajo es resultado también de los proyectos de investigación Independent Thinking UNED «Actuales retos para la regulación del uso civil de los drones» (DroneLawChallenges), financiado con una ayuda del Plan de Promoción de la investigación, la transferencia y la internacionalización del conocimiento (PPITIC) de la UNED (2017-2020); y Retos para la regulación de la Inteligencia Artificial con el apoyo de la Ayuda a las Acciones de Dinamización de Carácter Internacional Europa Investigación 2017 (EUIN2017-87410), financiado por Agencia Estatal de Investigación (EAI) (2017-2018).

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de transformación digital que estamos viviendo con la relevancia que están adquiriendo lo que podemos denominar como «tecnologías disruptivas inteligentes» o «tecnologías inteligentes» (*Smart technologies*), está afectando a los derechos fundamentales, tal y como estaban concebidos hasta la actualidad, así como a las garantías establecidas para los mismos. Hasta tal punto esto es así que esta transformación plantea serios desafíos para los derechos fundamentales, a los que nos vamos a enfrentar en cualquier esfera de nuestra vida, y que conllevan un serio potencial de exclusión digital y otros menoscabos en los derechos.

En primer lugar, es importante identificar correctamente y delimitar las tecnologías que integran las *Smart Technologies*, cuyos elementos de identificación vendrían determinado por los conceptos que integran la expresión, esto es, «tecnología» (instrumentos y procedimientos industriales)[1] e «inteligencia» (que implica capacidad de entender o comprender, pero también capacidad de resolver problemas, esto segundo sí ha sido alcanzado ya por ciertas tecnologías disruptivas)[2]; por lo que podríamos considerar como tales: la Inteligencia Artificial (IA), los robots y la robotización de los sistemas (hardware y software), cadenas de bloques (*Blockchain*), el Internet de las Cosas (o más conocida en inglés como *Internet of Things*, IoT), la utilización o tratamiento masivo de datos

---

[1] Conforme al Diccionario de la Real Academia Española (RAE), tecnología es:

«1. f. Conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico.

2. f. Tratado de los términos técnicos.

3. f. Lenguaje propio de una ciencia o de un arte.

4. f. Conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto». Accesible en: https://dle.rae.es/?id=ZJ2KRZZ (Último acceso 13.09.2019)

[2] Conforme al Diccionario de la RAE, inteligencia es:

«1. f. Capacidad de entender o comprender.

2. f. Capacidad de resolver problemas.

3. f. Conocimiento, comprensión, acto de entender.

4. f. Sentido en que se puede tomar una proposición, un dicho o una expresión.

5. f. Habilidad, destreza y experiencia.

6. f. Trato y correspondencia secreta de dos o más personas o naciones entre sí.

7. f. Sustancia puramente espiritual.

8. f. servicio de inteligencia.

Inteligencia artificial

f. Inform. Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico.

(…)» Accesible en: https://dle.rae.es/?id=LqtyoaQ|LqusWqH (Último acceso 13.09.2019).

(o *Big Data*), los sistemas de decisión automatizados, sistemas de reconocimiento (facial, voz, etc.), el *machine learning* (o en el futuro el *machine teaching*) [3], o también los drones (así los drones autónomos) [4], etc.

En segundo lugar, hay que analizar qué función le corresponde asumir al Derecho, y en particular al Derecho Público, y dentro del mismo al Derecho Constitucional, respecto a estas tecnologías y lo que suponen, y que necesariamente debe implicar por un lado atender a las fases de su investigación, diseño, desarrollo, implementación, así como también su utilización.

Desde luego, no es una preocupación que surja ahora, por un lado EEUU [5] y Japón [6] llevan ya bastante tiempo estudiando la necesidad de adaptar la legislación a la IA, adaptando sus marcos normativos para potenciar la investigación y desarrollo de estas tecnologías; y la Unión Europea ha tomado nota del reto que suponen, así, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución de 16 de febrero de 2017 sobre la necesidad de elaborar una normativa civil a nivel europeo sobre robótica (Resolución sobre normas de Derecho civil sobre robótica), en la que se reflejen «los valores humanistas intrínsecamente europeos y universales que caracterizan la contribución de Europa a la sociedad» (Parlamento Europeo, 2017).

Por su parte la Comisión Europea emitió una Comunicación sobre «Inteligencia artificial para Europa» en la que muestra la necesidad de adherirse al cambio que supone el advenimiento de la IA (Comisión Europea, 2018). Recientemente el Parlamento Europeo ha adoptado la Resolución de 12 de febrero de 2019 sobre «Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica» (Parlamento Europeo, 2019). También es importante resaltar la Propuesta de Reglamento por el que se establece el programa Europa Digital para el período 2021-2027 (Comisión Europea, 2018) actualmente en fase de primera lectura tanto en el Parlamento Europeo como el Consejo [7]. Así como la constitución del Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, AI HLEG) en junio de 2018 con el

[3] Aunque actualmente hay un gran desarrollo del *machine learning*, entendido como que las máquinas, robots o programas son capaces de aprender por ellos mismos, no es descartable que en un futuro se ocupen también de enseñar al ser humano (*machine teaching*).

[4] Se entiende por drones los vehículos aéreos no tripulados, incluyendo aquellos que son pilotados de forma remota (RPA) o aquellos que tienen un pilotaje autónomo, en cuyo caso sí podríamos incluirlos dentro de las tecnologías inteligentes. Sobre los retos que plantean los drones véase Sarrión & Benlloch (2017).

[5] Véase a propósito el artículo periodístico en Business Insider de Chris Weller (Weller, 2016).

[6] Christensen (2016).

[7] Tramitación del procedimiento 2018/0227/COD accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=CELEX:52018PC0434 (Último acceso 14.09.2019).

propósito de apoyar la implementación de la Estrategia Europea en Inteligencia Artificial, y que ha tenido ya la oportunidad de desarrollar las «Directrices Éticas para una IA Fiable» (Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, 2018), con una aproximación antropocéntrica, así como se ha lanzado la Alianza Europea en IA (European AI Alliance) que tuvo su primera asamblea en junio de 2019.

Por su parte, en el marco del Consejo de Europa, se ha subrayado la complejidad y naturaleza envolvente de estas tecnologías emergentes que están planteando serios retos a la regulación y también a los derechos humanos llamando a una mayor cooperación a nivel internacional para afrontar los retos de estas tecnologías [8].

A nivel nacional, se ha aprobado recientemente la Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019).

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL (Y PÚBLICO) ANTE LOS RETOS DE LAS TECNOLOGÍAS INTELIGENTES

Desde luego, la doctrina iuspublicista, incluyendo la constitucional, ha puesto el foco y atención en estos retos a nivel nacional (Asís Roig, 2014; Sánchez Barrilao, 2016; Cotino Hueso, 2017, 2019ab; Barrio Andrés, 2018; Martinez Martínez, 2019; Valero Torrijos, 2019), y recientemente, en Abril de 2017, se ha constituido ya la Red Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial, que organizó el I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial (DAIA) [9], y en la que se integra también algún constitucionalista.

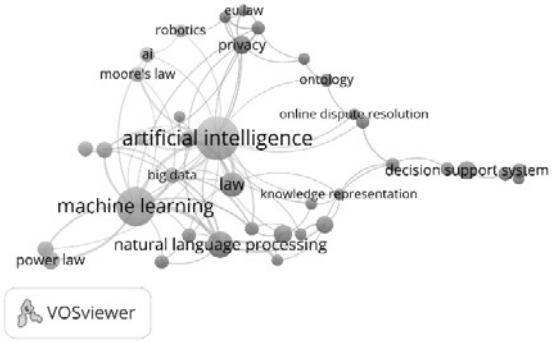
Una atención que se une a la que ya se había comenzado a dispensar en la literatura a nivel internacional unos años antes (Cole, 2012; Darling, 2012; Bostrom, 2014; Balkin, 2015; Fenson, 2015; Lea, 2015), pero que continúa en la actualidad (Calo, 2017; Est& Gerrisen, 2017; Pagallo, 2017; O`Neil, 2018), por poner algunos ejemplos, no todos del mundo jurídico ni en su caso del Derecho Público.

Precisamente, lo que es interesante es que usualmente lo que nos encontramos son aproximaciones parciales, sin perjuicio de la importancia que pueden tener las conexiones entre estas tecnologías y los problemas jurídicos que

[8] Véase el Informe elaborado por Déaut Le (2017), la recomendación de la Asamblea del Consejo de Europa (Consejo de Europa, 2017.ª), y la contestación del Consejo de Ministros (Consejo de Europa, 2017b).

[9] Véase las Conclusiones del I Seminario de Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial (DAIA, 2019).

se plantean, o incluso con algunas áreas del Derecho, como se puede apreciar en una búsqueda bibliográfica de conexión entre conceptos (Artificial Intelligence & Law) en Scopus:



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de Scopus. Scopus® es una marca registrada de Elsevier B. V.

Sin duda, los retos que suscitan estas tecnologías para el Derecho Público requiere que avancemos en el estudio de los múltiples problemas que se plantean, y requeriría de una labor multidisciplinar, incluyendo al Derecho (y sus distintas áreas), pero no sólo; y es que hay que concretar las diferentes narrativas de la inteligencia artificial (López Baroni, 2019) para poder centrar el foco de nuestro análisis, y sin duda algunas recientes obras colectivas están en ese camino (Barrio Andrés, 2018; García Novoa *et al*, 2018).

El autor de este trabajo tuvo oportunidad de disfrutar de una Acción nacional sobre los «Retos para la Regulación de la Inteligencia Artificial» (IA-Challenges, 2017-2018), lo que le ha permitido estudiar e identificar algunos de los retos que la Inteligencia Artificial plantea para el Derecho Público, en particular subrayaría como conclusiones:

1) necesidad de establecer un concepto autónomo de Inteligencia Artificial que nos permita delimitar esta tecnología de las otras tecnologías inteligentes que están emergiendo;
2) necesidad de regular la investigación, diseño, implementación y utilización de sistemas que incorporen inteligencia artificial

Sin embargo, también ha tenido la oportunidad de apreciar el avance y progresiva convergencia de la IA con el resto de tecnologías inteligentes (Smart Technologies) incluyendo Blockchain (Pollock, 2018; Wolfson, 2018; Bana-

fa, 2019) [10], pero también otras como los drones (Sarrión Esteve, 2018), el Big Data, etc., crea la necesidad de una aproximación también convergente a las mismas, puesto que están transformando nuestra realidad de una forma sustancial afectando también al paradigma de los derechos fundamentales, y es que estas tecnologías van a afectar a las personas en cualquier esfera de su vida (educación, integridad, privacidad, imagen, igualdad, consumo, etc.); y pueden conllevar un serio potencial de exclusión digital y otros menoscabos en los derechos (House of Commons Science and Technology Committee, 2016).

Estas tecnologías constituyen, sin duda, algunos de los grandes avances científicos que requieren de un marco legal adecuado que garantice al mismo tiempo el avance de la investigación científico-tecnológica para una utilización eficiente y segura, pero también con el máximo respeto de los derechos fundamentales (tanto en el diseño como en su utilización), y esto requiere, sin duda, una necesaria reflexión desde el Derecho, y en particular desde Derecho Constitucional (y el Derecho Público).

2.1 ¿Una aproximación común a las tecnologías inteligentes?

Dada la convergencia de las tecnologías, entiendo que frente a las actuales aproximaciones parciales a las distintas tecnologías sería conveniente, al menos desde una perspectiva de análisis (ético y) jurídico aproximarnos a ellas teniendo en consideración que podemos identificar unos problemas éticos y jurídicos comunes, aplicables y exigibles tanto en a la hora de regular la investigación, diseño, implementación y utilización de estas tecnologías, garantizando en todo momento que se cumplen las exigencias éticas, de valores, y desde luego los eventuales derechos fundamentales que se pueden ver afectados.

Sin duda, estas tecnologías van a tener una gran y futura aplicación –aunque ya se estén utilizando en la práctica en algunos– en todos los sectores, pasando desde el uso militar hasta el uso civil en distintos campos como la propia Administración Pública, el transporte, el sector bancario, relaciones laborales, el mundo del seguro, sanidad, educación, etc. por poner algunos ejemplos en los que podemos pensar.

La investigación con una singular tecnología inteligente (IA, blockchain, robots, IoT., etc.) por sí misma o de forma combinada con otras –por su convergencia– debería conllevar ya la exigencia de que dicha investigación, como el

[10] Este autor plantea que aunque Blochchain e Inteligencia Artificial son dos campos tecnológicos distintos hay unas grandes posibilidades de obtener aplicaciones derivadas de su convergencia (Banafa, 2019).

posterior diseño de los sistemas, implementación y su posterior utilización en el campo específico responda a las exigencias éticas y legales que garanticen el máximo respeto de los valores éticos (comunes) y derechos fundamentales.

Desde luego para una aproximación de estas características requerimos de establecer un concepto de estas tecnologías apropiado, lo que no es sencillo. Y es que estamos ante un sector que está creciendo a pasos agigantados, y que por sus características se hace difícil llevar a cabo la tarea: IA, robótica, gestión de los sistemas de Big Data, el Internet de las cosas, drones autónomos, vehículos autónomos, etc.; pero es necesario delimitarlas correctamente para, por un lado estudiar la regulación actualmente existente, y por otro lado ver, en qué medida existen retos ya hoy en día no resueltos y que requieren propuestas de *lege ferenda*.

Además, el Derecho público debe dar un concepto propio autónomo [11], aunque sea de carácter provisional y susceptible de evolución con las propias tecnologías, porque de otra forma es muy difícil garantizar las exigencias éticas, y en particular la protección de los derechos fundamentales, tanto en la investigación y diseño, como también en su desarrollo e implementación; únicamente de esta forma se podrá garantizar -a la largo plazo- la prevención de los desafíos que se plantean [12].

La IA, entendida como la innovación que permite dotar de autonomía y capacidad a un sistema para desarrollar tareas que exigen inteligencia [13], está presente en los *smart robots* o robots inteligentes [14], en los sistemas de reconocimiento de voz, instrumentos de seguridad se smartphones, traductores, gestores de contenidos audiovisuales digitales, sistemas de reconocimiento de imágenes, o, en general los instrumentos o sistemas computacionales con toma de decisiones automatizadas utilizando *Big Data*. El Parlamento Europeo es consciente de que los macrodatos (*Big Data*) pueden capacitar dispositivos de IA a modo de redes neuronales y modelos estadísticos que sirvan para predecir algunos acontecimientos y comportamientos (Parlamento Europeo, 2017), y estos sistemas computacionales van a ser capaces de tratar, aprender y resolver problemas, tomando decisiones a partir de *Big Data*, con

[11] En este sentido, y respecto a la IA se pronuncia Sánchez Barrilao (2016).

[12] Sobre los retos e inseguridades que plantea la IA, se puede acudir al informe *The Malicious Use of Artificial Intelligence* (Brundage *et al*, 2018)

[13] Una definición bien desarrollada es la que se identifica en la Comunicación de la Comisión Europea «Inteligencia artificial para Europa», en el sentido de identificar a «los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos» (Comisión Europea, 2018).

[14] Los robots, o la robótica en general, cabe distinguirla de la IA, porque no van a integrar necesariamente IA.

un cambio de paradigma en cómo se tomaban las decisiones hasta el momento (Cotino Hueso, 2016: 132), puesto que los datos y recomendaciones o propuestas propiciados por estos sistemas van a ser fundamentales o incluso determinantes, siendo difícil que un operador humano se aparte de la recomendación dada por un sistema inteligente salvo casos excepcionales.

Esto tenemos que conectarlo con el avance del IoT; y la evolución del *machine learning* –como aprendizaje automático– al *deep learning* –aprendizaje profundo– (Vida Fernández, 2018: 212), cuando es la propia tecnología la que aprende por sí sola, por qué no, quizá en un futuro no muy lejano el *machine teaching*, es decir, cuando es la tecnología la que enseña al ser humano.

2.2 **Hacia un nuevo paradigma en la protección de los derechos fundamentales**

Ciertamente una cuestión a resolver es identificar los derechos fundamentales que se pueden ver afectados por las tecnologías inteligentes (dignidad, vida, integridad física, igualdad, privacidad, imagen, protección de datos, educación, salud, etc.), lo que exigiría por un lado analizar las eventuales utilizaciones de estas tecnologías y su posible repercusión en los distintos derechos fundamentales; lo que llevaría por otro lado a la necesidad de delimitar su contenido y garantías necesarias [15]. Sin embargo, aquí nos queremos centrar en otra cuestión no menos relevante, y es si se puede mantener el paradigma de los derechos fundamentales o es necesario una reorientación a consecuencia de la naturaleza de las tecnologías de las que hablamos.

Algunos autores han sugerido que es necesario abordar la protección de los derechos fundamentales en relación estas tecnologías vinculadas a la IA con nuevas regulaciones basadas en la dimensión colectiva de los derechos ya que estamos hablando de una tecnología que afecta a la humanidad colectivamente, por lo que no podemos simplemente utilizar una dimensión individual o subjetiva (Cotino Hueso, 2017: 137).

También es evidente que es necesario abordar la cuestión de la titularidad, es decir, si los derechos solo deberían proteger a los seres humanos de la IA, o bien también deberían proteger el producto de la IA, como, por ejemplo, si el contenido

[15] Esta identificación de los derechos fundamentales afectados debería tener en cuenta, además, el nivel de protección de los diversos derechos fundamentales eventualmente afectados, con sus garantías a diferentes niveles, con la perspectiva del sistema multinivel en el que vivimos en el ámbito europeo (estudio de las normas nacionales / nacionales, de la Unión Europea y del Consejo de Europa). A este respecto Sarrión Esteve (2015).

generado por los sistemas automatizados estaría protegido por la libertad de expresión (Wu, 2012, Cotino Hueso, 2017); o la protección de los mismos sistemas cuando incorporan una entidad física como un robot en forma humana, como Darling ha propuesto para los robots sociales, de la misma manera que se ha otorgado cierta protección a los animales en la medida en que puedan generar empatía (Darling, 2012), o que han sido defendidos en otros campos sobre la base de la apariencia humana que pueden adquirir y para evitar lo que podría considerarse una forma de esclavitud (Lumpkin, 2013); aunque, como se ha argumentado, los robots deberían, para que se les otorguen ciertos derechos, y por lo tanto una identidad propia, disfrutar de una mayor autonomía y una mayor capacidad de razonamiento que la que tienen actualmente (Replicante Legal, 2014). También cabe plantearse la necesidad o conveniencia de reconocer nuevos derechos o garantías.

Es cierto que, a nivel de la Unión Europea, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), aplicable desde el 25 de mayo de 2018, ya tiene en consideración algunas de los retos que ha planteado el Big Data y las tecnologías inteligentes. Asimismo, en España se ha utilizado como fuente de implementación y adaptación a las reformas introducidas la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con entrada en vigor el 7 de diciembre de 2018, cuyo objetivo es en realidad doble: en primer lugar pretende la adaptación del ordenamiento jurídico español al RGPD y por tanto desarrollar la protección de datos de carácter personal en España; pero también pretende, en segundo lugar, garantizar los derechos digitales de la ciudadanía, en cuanto que nuevos derechos que serían ejercitables frente a la transformación digital.

En realidad, ahora mismo hay más interrogantes que respuestas, pero lo que es cierto es que quizá necesitemos un nuevo paradigma para responder a los retos de las tecnologías inteligentes desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, lo que requiere una profunda reflexión por parte de los estudiosos del Derecho Constitucional

3. CONCLUSIONES

En la introducción hemos planteado que el actual proceso de transformación digital que nos enfrenta a los retos de las «tecnologías disruptivas inteligentes» o «tecnologías inteligentes» (*Smart technologies*), que requieren de una respuesta del Derecho Constitucional, y del Derecho Público en general, pues necesitamos por un lado delimitar un concepto autónomo para estas tecnologías que requieren de una adecuada regulación de las fases de investigación, diseño,

desarrollo, implementación y utilización, de forma que se respeten y protejan tanto los valores éticos como los derechos fundamentales y sus garantías.

Desde la perspectiva del Derecho Público en general cabe plantearse, y así lo hemos hecho, de la conveniencia de una aproximación común a estas tecnologías inteligentes, dada su progresiva convergencia (IA, blockchain, robots, IoT, drones, etc), y desde el punto de vista del Derecho Constitucional hemos reflexionado sobre la conveniencia o no de un nuevo paradigma de la protección de los derechos fundamentales, que tenga en consideración la naturaleza de estas tecnologías para plantearse la conveniencia de discutir la dimensión individual/colectiva de los derechos, plantearnos el tema de la protección de la IA y de atribuir, incluso en algunos casos derechos; así como reflexionar sobre la conveniencia o necesidad de delimitar nuevos derechos y garantías.

Como hemos dicho, en realidad ahora mismo hay más interrogantes que respuestas, pero lo que es cierto es que quizá necesitemos un nuevo paradigma para responder a los retos de las tecnologías inteligentes o *Smart Technologies*, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, lo que requiere una profunda reflexión por parte de los estudiosos del Derecho Constitucional.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asís Roig, R. de (2014), *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Dykinson, Madrid.

Balkin, J. (2015), «The Path of Robotics Law», *California Law Review*, N. 6.

Banafa, A. (2019), «Blokchain y la inteligencia artificial: ¿la pareja ideal?», *OpenMind*, 6.05.2019, Accesible en: https://www.bbvaopenmind.com/tecnologia/inteligencia-artificial/blockchain-y-la-inteligencia-artificial-la-pareja-idealblockchain-y-la-inteligencia-artificial-la-pareja-ideal/ (Último acceso 14.09.2019).

Barrio Andrés, M. (dir) (2018), *Derecho de los robots*, Wolters Kluwer, Barcelona.

Bostrom, N. (2014), *Superintelligence. Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, Oxford.

Brundage, M., *et al* (2018), *The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention and Mitigation,* accesible en: https://maliciousaireport.com/ (Último acceso 14.09.2019).

Calo, R. (2017), «Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap», SSRN: https://ssrn.com/abstract=3015350 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3015350 (Último acceso 14.09.2019).

Christensen, B. (2016), «Asimov's First Law: Japan Sets Rules for Robots», *Live Science*, Accesible en: http://www.livescience.com/10478-asimov-law-japan-sets-rules-robots.html (último acceso 14.09.2019).

Cole, E. (2012), «The Global Race to Robot Law: 1st Place, Japan», *Robotic Business Review*, accesible en: https://www.roboticsbusinessreview.com/consumer/the_global_race_to_robot_law_1st_place_japan/ (Último acceso 14.09.2019).

Comisión Europea (2018), Comunicación de la Comisión «Inteligencia artificial para Europa», SWD (2018) 137 final, 25.4.2018, accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES (Último acceso 14.09.2019).

— (2017a), Committee on Legal Affairs and Human Rights, Recommendation 2102 (2017), Technological convergence, artificial intelligence and human rights, accesible en: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=23726&lang=EN (Último acceso 14.09.2019).

— (2017b), Reply to Reccommendation R2102 (2017), Committee of Minister, Doc. 14432. 19 Octubre 2017, accesible en: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=24236&lang=EN (Último acceso 14.09.2019).

Cotino Hueso, L. (2017), «Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales», *ILEMATA*, N. 24.131-150.

— (2019a), «Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica, Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho», *Revista General de Derecho Administrativo*, N. 50.

— (2019b), «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica», *Revista catalana de dret públic*, N. 58. 29-48.

DAIA (2019), Conclusiones del I Seminario de Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial, accesible en: https://www.um.es/idertec/wp-content/uploads/2019/04/CONCLUSIONES-SEMINARIO-DAIA.vfinal.pdf (Último acceso 14.09.2019).

Darling, K. (2012), «Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects (April 23, 2012)», *Robot Law*, Calo, Froomkin, Kerr eds., Edward Elgar 2016; We Robot Conference 2012, University of Miami, SSRN: https://ssrn.com/abstract=2044797 (Último acceso 14.09.2019).

Déaut Le, J. (2017), «Technological convergence, artificial intelligence and human rights», Council of Europe, Committee on Culture, Science, Education and Media, Report Doc. 14288 10 April 2017, accesible en: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=23531&lang=EN (Último acceso 14.09.2019).

Est, R. Van & Gerritsen, J. with the assitance of Kool, L. (2017), «Human rights in the robot age: Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality – Expert report written for the Committee on Culture, Science, Education and Media of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Rathenau Instituut, The Hague, available at: https://

www.rathenau.nl/en/publication/human-rights-robot-age-challenges-arising-use-robotics-artificial-intelligence-and (Último acceso 14.09.2019).

García Novoa, C. (dir); Santiago Iglesias, D.(dir); Torres Carlos, M. R. (coord.); Garrido Juncal A. (coord.); Miranda Boto, J. M. (coord.), *4.ª Revolucion industrial: Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital,* Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

House of Commons Science and Technology Committee (2016), «Robotics and artificial intelligence», 13 septiembre 2016, accesible en: https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmsctech/896/896.pdf (Último acceso 14.09.2019).

Lea, G. (2015), «Why we need a legal definition of artificial intelligence», *The Conversation*, accesible en: http://theconversation.com/why-we-need-a-legal-definition-of-artificial-intelligence-46796 (Último acceso 14.09.2019).

Lumpkin, J. (2013), «Are robots the future of sex?», Jincey Lumpkin Esq. at TEDxSiliconAlley. Videotalk, accesible en: https://www.youtube.com/watch?v=nxVBjfHzdI4 (Último acceso 14.09.2019).

Martínez Martínez, R. (2019), «Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo», *Revista catalana de dret públic*, N. 58. 64-81.

Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (2019), Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial, accesible en: http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf (Último acceso 14.09.2019).

O'Neil, C. (2018), *Armas de destrucción matemática*, Capitán Swing, Madrid.

Pagallo, U. (2017), «From Automation to Autonomous Systems: A Legal Phenomenology with Problems of Accountability», *Proceedings of the Twenty-Sixth International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI-17)*, accesible en: https://www.ijcai.org/proceedings/2017/0003.pdf (Último acceso 14.09.2019).

Parlamento Europeo (2017), Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html#title1 (Último acceso 14.09.2019).

— (2019), Resolución de 12 de febrero de 2019 sobre «Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica», A8-0019/2019, accesible en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2019-0081+0+DOC+XML+V0//ES (Último acceso 14.09.2019).

Pollock, D. (2018), «The Fourth Industrial Revolution Built On Blockchain and Advanced with AI», *Forbes*. 30 Noviembre 2018, accesible en: https://www.forbes.com/sites/darrynpollock/2018/11/30/the-fourth-industrial-revolution-built-on-blockchain-and-advanced-with-ai/#3e3cc0ef4242 (Último acceso 14.09.2019).

Replicante Legal, (2014), «¿Pueden tener derechos los robots?», accesible en: http://replicantelegal.com/pueden-tener-derechos-los-robots/ (Último acceso 14.09.2019).

Sánchez Barrilao, J. F. (2016), «El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», *Estudios de Deusto*, V, 64/2, julio-diciembre 2016, 225-258.

Sarrión Esteve, J., Benlloch Domènech, C. (2017), «Rights and science in the drone era, Actual challenges in the civil use of drone technology», *Rights & Science*, V,0.117-133, accesible en: https://rightsandscience.juri-dileyc.com/rights-and-science-in-the-drone-era-actual-challenges-in-the-civil-use-of-drone-technology/ (Último acceso 14.09.2019).

Sarrión Esteve, J. (2015), «Actual Trends and Challenges of the Constitutional Fundamental Rights and Principles in the ECJ Case Law from the Perspective of Multilevel Constitutionalism», SSRN, https://ssrn.com/abstract=2656394 (Último acceso 14.09.2019).

— (2018), «Epílogo. Actuales retos para la regulación de los drones», en Barrio Andrés, R., *Derecho de los drones*, La Ley Wolter Kluver. 389-398.

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*, N. 58, 82-96.

Vida Fernández, J. (2018), «Los retos de la regulación de la Inteligencia Artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea», Quadra-Salcedo, Tomás de (dir), Piñar Mañas, J. L. (dir), Barrio Andrés, M. (coord.), Torregrosa Vázquez, J. (coord.), *Sociedad Digital y Derecho*, BOE, 203-224.

Weller, C. (2016), «Law firms of the future will be filled with robot lawyers», *Business Insider*, 7 Julio 2016, accesible en: http://www.businessinsider.com/law-firms-are-starting-to-use-robot-lawyers-2016-7 (Último acceso 14.09.2019).

Wolfson, R. (2018), «Diversifying Data With Artificial Intelligence and Blockchain Technology», *Forbes*, 20 Noviembre 2018, accesible en: https://www.forbes.com/sites/rachelwolfson/2018/11/20/diversifying-data-with-artificial-intelligence-and-blockchain-technology/#1b3c010f4dad (Último acceso 14.09.2019).

DERECHOS HUMANOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Ana Gascón Marcén*
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derechos humanos afectados por el uso de la inteligencia artificial. 3. La respuesta de las organizaciones internacionales. 3.1 Las Naciones Unidas. 3.2 Las organizaciones europeas. 3.2.1 El Consejo de Europa. 3.2.2 La Unión Europea. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En un mundo profundamente digitalizado, la inteligencia artificial está cada vez más presente en nuestras vidas, incluso en muchas ocasiones sin que nos demos cuenta. La inteligencia artificial tiene un potencial enorme para mejorar el bienestar de las personas a través del diagnóstico médico o de sistemas logísticos, de transporte o energía más eficientes en pos de un desarrollo más sostenible (UN Global Pulse, 2012). Actualmente existe una carrera de diferentes Estados por consolidarse como los líderes en la materia, ya que no quieren quedarse atrás en un ámbito de innovación que puede cambiar muchos aspectos de nuestras vidas y

* Además de Profesora Contratada Doctora Interina en la Universidad de Zaragoza, la autora es funcionaria en excedencia del Consejo de Europa, no obstante, las opiniones expresadas en este trabajo son responsabilidad únicamente de la autora y en ningún caso representan la opinión de la organización.

producir beneficios económicos considerables (Dutton, 2018). Sin embargo, unidos a esas ventajas se presentan también riesgos que suponen un desafío para la efectiva protección y el disfrute de los derechos humanos.

La inteligencia artificial puede tener un impacto positivo en el ejercicio de determinados derechos, pero otros pueden verse menoscabados por su uso como: la libertad de expresión (incluyendo el derecho a comunicar o recibir información libremente), la privacidad, la prohibición de la discriminación, y el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros, como se analizará en el apartado 2. Las organizaciones internacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos están actualmente reflexionando sobre estos riesgos y las posibles soluciones para ayudar a sus Estados miembros a responder a estos retos, así en el apartado 3 se presentan las acciones llevadas a cabo en el marco universal por las Naciones Unidas (NNUU) y en el ámbito europeo por el Consejo de Europa y la Unión Europea (UE).

2. DERECHOS HUMANOS AFECTADOS POR EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En este apartado, se expondrá de una manera panorámica cómo el uso de la inteligencia artificial puede afectar a determinados derechos, comenzando por la libertad de expresión, que incluye el derecho a comunicar o recibir información libremente. A la hora de ejercer este derecho en línea es común apoyarse en ciertas plataformas que hacen uso de la inteligencia artificial para hacer más eficientes sus servicios.

En el caso de buscadores como Google, su algoritmo hace uso se la inteligencia artificial para optimizar la indexación de la información, lo mismo ocurre con plataformas de vídeo como Youtube o redes sociales como Facebook. Esto supone que utilizando la información que tienen de sus usuarios estas empresas personalizan los resultados que éstos obtienen. Como se trata de empresas que buscan maximizar sus resultados, los algoritmos no van a tener en cuenta criterios como la pluralidad de la prensa que es básica en una sociedad democrática, sino que van a buscar exponer a sus usuarios a ideas que les gusten, que compartan y que en cierta manera refuercen lo que ya piensan sobre un tema creando así burbujas informativas. Incluso, en ciertos casos, algunas páginas tienen un aliciente para mostrar contenido cada vez más extremo para que los usuarios sigan viendo vídeos o entrando en enlaces (Tufekci, 2018).

Esto hace que sufra la libertad de comunicar o recibir información libremente, dado que la información que se recibe está preseleccionada por la inteligencia artificial, sin que en ocasiones ni siquiera se sea consciente de ello. Esto

está muy relacionado con el fenómeno de las noticias falsas o «fake news» que pueden ser extendidas, e incluso creadas por medio de la inteligencia artificial y conlleva consecuencias muy serias en la participación política (Nemitz, 2018).

Además, muchas de estas empresas fundamentan su base de negocio en la economía de los datos, lo que también hace que la inteligencia artificial pueda interponerse en el disfrute del derecho a la privacidad. Se ha demostrado que a partir de interacciones en principio inocuas en redes sociales se pueden deducir características de una persona tan sensibles como sus preferencias sexuales o políticas. Aplicando inteligencia artificial a ingentes cantidades de datos se pueden encontrar patrones y tendencias muy difíciles de deducir para un ser humano, pero también se corre el riesgo de crear perfiles equivocados de una persona, de desanonimizar datos o de ir mucho más allá de lo que la persona haya consentido al ceder los datos. Los perfiles que se pueden realizar uniendo datos de una persona y deduciendo otros nuevos pueden ser decisivos en que una persona consiga un empleo, pueda suscribir un seguro por enfermedad o acceder a una hipoteca.

Los programas que utilizan inteligencia artificial se presumen como neutros y se entiende que, al decidir sobre un determinado aspecto, una maquina lo hará de manera más objetiva. No obstante, esos programas se entrenan con datos que en sí mismos pueden incluir prejuicios reforzando así la discriminación, pero haciéndola más difícil de identificar. Por ejemplo, en Estados Unidos un informe de ProPublica reveló que un programa que se usaba en los tribunales de Estados Unidos para calcular la probabilidad de reincidencia de los acusados de la comisión de un delito utilizaba una fórmula que era particularmente propensa a señalar falsamente a los acusados negros como futuros delincuentes, etiquetándolos erróneamente de esta manera casi el doble de veces que a los acusados blancos y, además, los acusados blancos fueron etiquetados erróneamente como de bajo riesgo con más frecuencia que los acusados negros (Angwin et al., 2016). Ni siquiera es necesario que el algoritmo tome un criterio como la raza como factor, dado que esto está claramente prohibido, pero se pueden usar otros indicios relacionados (*proxies*) como la dirección para que el resultado sea indirectamente discriminatorio. Otro ejemplo es el de un programa desarrollado por Amazon para buscar talento y filtrar los currículos para la contratación de nuevos empleados que fue descartado por descubrirse que discriminaba a las mujeres (Dastin, 2018). Este ejemplo es relevante porque este tipo de programas se utilizan cada vez más en la selección de personal y pueden tener efectos que limiten el acceso de determinados grupos al mercado de trabajo reforzando situaciones históricamente discriminatorias en vez de corregirlas.

A esto se une la dificultad en muchos casos para recurrir este tipo de decisiones porque hace falta una investigación en profundidad para demostrar que se está siendo víctima de discriminación porque estos programas están protegidos por las leyes de propiedad intelectual, y no se tiene por tanto acceso a su código. Incluso hay algunos que optimizan su funcionamiento de manera continuada y los parámetros que utiliza y la manera de llegar a los resultados va cambiando, es lo que se conoce como *machine learning*.

La tutela judicial efectiva también se puede ver mermada porque no se sea consciente de que un contenido publicado, por ejemplo, ha sido filtrado o bloqueado por un programa que usa inteligencia artificial. Desde los diferentes gobiernos cada vez se fomenta más que los intermediarios recurran a métodos automáticos para eliminar contenidos ilegales, ya sean pornografía infantil, contenidos que promueven el terrorismo o que vulneran las normas de protección de la propiedad intelectual. Se trata normalmente de mecanismos bastante eficientes, pero que presentan problemas como que el contenido puede estar protegido por la libertad de expresión que se extiende a los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores. Esto tiene que ver con una tendencia peligrosa a pasar el control de la aplicación de la ley de las autoridades estatales a las empresas (Angelopoulos et al., 2016). Además, un algoritmo puede no entender cuando un contenido protegido por derechos de autor se está utilizando conforme a una excepción legítima o como en una expresión que literalmente podría parecer una arenga a la violencia se está haciendo uso de la ironía, el humor o el sarcasmo. Esto puede dar lugar al sobrebloqueo o sobrefiltrado de información. En muchos casos es complejo recurrir estas acciones porque: no se es consciente de ser víctima de las mismas, los mecanismos para apelar no existen, o incluso ellos mismos están gestionados a través de inteligencia artificial.

3. LA RESPUESTA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Los Estados están compitiendo para desarrollar estrategias para fomentar la investigación en inteligencia artificial, pero normalmente el énfasis no se pone en una aproximación desde los derechos humanos sino desde el progreso científico y económico. No obstante, la doctrina especializada lleva muchos años denunciando la necesidad de crear marcos adecuados ya sea éticos o jurídicos que rijan estos desarrollos. Incluso las grandes multinacionales tecnológicas están empezando a publicar sus cartas de principios relativos a la inteligencia artificial.

Las organizaciones internacionales de protección de los derechos humanos son conscientes de los riesgos enunciados en el apartado anterior y están tomando medidas para investigar el impacto real de la inteligencia artificial y elaborar las recomendaciones necesarias que faciliten a sus Estados miembros reaccionar ante las mismas. La labor de estas organizaciones puede presentar un valor añadido por su amplia experiencia en la protección de los derechos humanos y como foros de debate que fomentan la colaboración de sus Estados miembros. En el plano internacional se describirá la acción de las NNUU y en el plano europeo del Consejo de Europa y de la UE.

3.1 **Las Naciones Unidas**

En el marco de las NNUU, son múltiples las organizaciones y órganos que exploran las oportunidades y retos de la inteligencia artificial. En octubre de 2015, la 70.ª reunión de la Asamblea General celebró un evento sobre cómo hacer frente a los desafíos de la seguridad internacional por la aparición de la inteligencia artificial.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones, organismo especializado de las NNUU para las tecnologías de la información y la comunicación, se ha convertido en una de las plataformas clave para explorar este tema. Organizó la *AI for Good Global Summit* en 2017, 2018 y 2019, que se ha centrado en las estrategias para garantizar un desarrollo fiable, seguro e inclusivo de estas tecnologías y el acceso equitativo a sus beneficios. El Foro de la Gobernanza de Internet de NNUU también ha celebrado en 2017 y 2018 múltiples sesiones dedicadas a la inteligencia artificial, un tema que cada año recibe más atención en este marco. Si bien hay que entender la propia naturaleza de este foro que sirve para fomentar el diálogo entre las distintas partes interesadas pero que no se enfoca a la consecución de resultados concretos. El Instituto Interregional de Investigación de la Criminalidad y la Justicia de las NNUU lanzó su programa sobre inteligencia artificial y robótica en 2015 y en septiembre de 2017 creó con el apoyo del Gobierno de los Países Bajos y la Ciudad de La Haya el Centro de Inteligencia Artificial y Robótica. El objetivo de este centro es concentrar la experiencia en inteligencia artificial de las NNUU, pero desde el enfoque de la lucha contra el crimen y la seguridad.

En octubre de 2017, se produjo una reunión conjunta del Consejo Económico y Social y la Segunda Comisión de la Asamblea General para considerar

el papel y el impacto de la inteligencia artificial en el desarrollo sostenible. [1] En la Resolución 73/179 de 17 de diciembre de 2018, la Asamblea observó con preocupación que la elaboración de perfiles, la adopción automatizada de decisiones y las tecnologías de aprendizaje automático, a veces denominadas inteligencia artificial, pueden, sin las debidas salvaguardias, dar lugar a decisiones que afecten al disfrute de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, y reconoció la necesidad de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos al diseño, la evaluación y la reglamentación de esas prácticas, alentando al Consejo de Derechos Humanos y a la Oficina del Alto Comisionado de las NNUU a seguir este tema. El trabajo quizás más centrado en analizar el impacto de la inteligencia artificial en los derechos humanos lo constituye el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión sobre la materia (Kaye, 2018). En él, se analizan las características especiales que hacen que la inteligencia artificial presente problemas específicos como son: la automatización de la toma de decisiones, la gran capacidad de análisis de datos que tiene y su adaptabilidad. El Relator apuesta por un enfoque de la inteligencia artificial basado en los derechos humanos no sólo por parte de los Estados sino también de las empresas. Para concretizar los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de NNUU en este campo es necesario que las empresas asuman compromisos orientados a respetar los derechos humanos de sus usuarios en todas las aplicaciones de la inteligencia artificial; se abstengan de causar o contribuir a cualquier efecto negativo para los derechos humanos de la inteligencia artificial y prevenir o mitigar todo efecto negativo relacionado con sus operaciones; hagan operaciones de diligencia debida sobre los sistemas de inteligencia artificial para determinar y resolver las posibles repercusiones en los derechos humanos; apliquen estrategias de prevención y mitigación; hagan un seguimiento continuo de las actividades relacionadas con la inteligencia artificial, en particular mediante consultas con los interesados y consultas públicas; y ofrezcan mecanismos de reclamación accesibles para remediar los efectos negativos en los derechos humanos de los sistemas de inteligencia artificial.

[1] El Secretario General de las NNUU aseveró en su Estrategia en materia de nuevas tecnologías que la inteligencia artificial encierra una promesa extraordinaria para el bienestar humano, pero también puede generar más desigualdad y más violencia. Ofrece nuevas y poderosas maneras de cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, pero también puede exacerbar la desigualdad en y entre las naciones, y contribuir al desempleo, asimilar y profundizar los prejuicios. Por ello, se comprometió en nombre de la Organización a: profundizar las capacidades internas de las NNUU y su exposición a las nuevas tecnologías; aumentar la comprensión, la promoción y el diálogo; apoyar el diálogo sobre marcos normativos y de cooperación; y aumentar el apoyo de NNUU al desarrollo de la capacidad de los gobiernos.

El Relator considera que proponer una ley o regulación integral de la inteligencia artificial puede ser inadecuado para un campo tan innovador, dado que tendría que ser muy general y podría terminar siendo demasiado vaga o demasiado restrictiva. En ese sentido, la regulación sectorial puede ser preferible, si bien, los Estados deben garantizar que la inteligencia artificial se desarrolle de conformidad con las normas de derechos humanos. Cualquier esfuerzo por desarrollar una política o regulación estatal en el campo de la inteligencia artificial debe garantizar este tipo de consideraciones. El Relator propone medidas concretas para cumplir con los principios expuestos *supra* como son: las evaluaciones de impacto de la inteligencia artificial sobre los derechos humanos (Reisman et al., 2018); las auditorías externas que presentan problemas al enfrentarse a algoritmos protegidos pero que podrían elaborarse incluso sin acceso directo al código (por ejemplo, a través de *zero-knowledge proofs*) o permitiéndoselo sólo a algunos terceros certificados; y los mecanismos de refuerzo de la autonomía individual. El Relator también plantea dar publicidad al uso de la inteligencia artificial a través de obligaciones de información y notificación, igual que se requieren avisos públicos de los servicios de videovigilancia, ya que a través del uso del lenguaje natural una persona puede llegar a ignorar completamente que está interactuando con una máquina (véase Google Duplex). Además, el Relator considera esencial asegurar medidas correctivas cuando se comprueben violaciones de los derechos humanos. Su informe concluye con recomendaciones tanto para los Estados como para las empresas que diseñan y utilizan inteligencia artificial.

3.2 **Las organizaciones europeas**

3.2.1 El Consejo de Europa

El Consejo de Europa es un líder en lo referente a la interacción entre tecnologías de la información y la comunicación y derechos humanos como lo demuestra su trabajo en la gobernanza de Internet (Gascón Marcén, 2014). En el marco de la organización, se ha creado un coordinador de inteligencia artificial que se encarga de supervisar la coherencia de la actividad de la misma en este ámbito dado que existen iniciativas en materia de: lucha contra la discriminación, bioética, derechos de los niños, cultura, protección de datos personales, democracia, educación, lucha contra la corrupción y el delito, igualdad de género, sociedad de la información y justicia.

La inteligencia artificial ocupó un lugar importante en la deliberación de su Comité de Expertos sobre los Intermediarios de Internet que publicó un estudio sobre la dimensión de los derechos humanos de las técnicas de procesamiento automatizado de datos y sus posibles implicaciones regulatorias (MSI-NET, 2017). En él se examina el impacto del uso de algoritmos en derechos como la tutela judicial efectiva, la privacidad y protección de datos, la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación, la prohibición de la discriminación, los derechos sociales y el acceso a servicios públicos, y el derecho a elecciones libres, entre otros, subrayándose la necesidad de cara a su regulación de poner énfasis en la transparencia, la responsabilidad y los marcos éticos y la evaluación mejorada del riesgo. Los autores de este estudio consideran que el debate público sobre las múltiples dimensiones de los algoritmos en materia de derechos humanos va muy por detrás de la evolución tecnológica y debe fortalecerse rápidamente para garantizar que los derechos humanos y los intereses de las personas se salvaguarden de manera eficaz y sostenible de acuerdo con los valores establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el resto de tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Las conclusiones de este trabajo llevaron al Consejo de Europa a crear un nuevo Comité de Expertos sobre las dimensiones de derechos humanos del procesamiento automatizado de datos y diferentes formas de inteligencia artificial (MSI-AUT) que prepara un proyecto de recomendación del Comité de Ministros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos. El enfoque general de esta recomendación es neutral en cuanto a la innovación, al tiempo que llama la atención sobre los riesgos específicos para los derechos humanos derivados de los sistemas algorítmicos y proporciona orientación a los Estados miembros sobre cómo minimizar esos riesgos y maximizar sus beneficios sociales. Las directrices que son la parte sustantiva de la recomendación hacen referencia a las obligaciones de los Estados miembros, por un lado, y la responsabilidad de las entidades del sector privado. El MSI-AUT debe elaborar también un estudio sobre el concepto de responsabilidad de los sistemas de toma de decisiones de inteligencia artificial dentro de un marco de derechos humanos. Los resultados de este Comité deben estar listos a final de 2019 para ser examinados por los representantes de los Estados miembros de la organización, aunque ya dio sus primeros frutos cuando elaboró una declaración sobre las capacidades de manipulación de los procesos algorítmicos adoptada por el Comité de Ministros el 13 de febrero de 2019. Un tema tremendamente relevante para la democracia, cuya importancia se vio confirmada con el escándalo de Cambridge Analytica.

En el campo de la justicia, se recurre cada vez más al uso de programas de inteligencia artificial en los sistemas judiciales de los Estados europeos, por lo que la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) decidió examinar los desafíos y oportunidades relacionados con el uso de la inteligencia artificial, incluidas las llamadas herramientas de justicia predictiva, en los sistemas judiciales. La CEPEJ adoptó en diciembre de 2018, la Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno. Es la primera Carta adoptada por una organización europea sobre este tema y además va acompañada de un estudio científico, un glosario y una revisión de diferentes aplicaciones de inteligencia artificial que pueden contribuir a mejorar el trabajo de los profesionales jurídicos. Los cinco principios establecidos por la Carta son:

1. principio de respeto a los derechos fundamentales [2];
2. principio de no discriminación [3];
3. principio de calidad y seguridad [4];
4. principio de transparencia, imparcialidad y equidad [5]; y
5. principio «bajo el control del usuario» [6].

El Comité Consultivo del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (conocido como Convenio 108 y tras su revisión como Convenio 108+) también propuso unas guías generales sobre la inteligencia artificial, algunas de las cuáles van destinadas a los desarrolladores de programas que utilicen esta tecnología y otras a los legisladores. [7] Más allá de las recomendaciones [8] y los dictámenes, la inteligencia

[2] Debe asegurarse que el diseño e implementación de herramientas y servicios de inteligencia artificial sean compatibles con los derechos fundamentales.

[3] Hay que prevenir específicamente el desarrollo o la intensificación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de individuos.

[4] Respecto al procesamiento de decisiones y datos judiciales, deben utilizarse fuentes certificadas y datos intangibles con modelos concebidos de manera multidisciplinaria, en un entorno tecnológico seguro.

[5] Hay que hacer que los métodos de procesamiento de datos sean accesibles y comprensibles, y autorizar auditorías externas.

[6] Excluye un enfoque prescriptivo y garantiza que los usuarios sean actores informados y tengan el control de sus elecciones.

[7] Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, *Draft Guidelines on Artificial Intelligence*, T-PD(2018)17, de 17 de octubre de 2018. Estas guías se basaron en el informe: Mantelero, A., *Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*, 2018.

[8] La Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa también publicó un comentario sobre derechos humanos centrado en salvaguardar los derechos humanos en la era de la inteligencia artificial. En su opinión, la inteligencia artificial tiene el potencial de ayudar a los seres humanos a maximizar su tiempo, libertad y felicidad. Al mismo tiempo, puede llevarnos hacia una sociedad distópica. Por lo tanto, encontrar el equilibrio adecuado entre el desarrollo tecnológico y la protección de los derechos humanos es

artificial empieza a ser también objeto del derecho convencional del Consejo de Europa. El ejemplo más concreto es que en la modernización del Convenio 108 se ha incorporado un nuevo derecho para los sujetos de datos en su art. 9 que consiste en que todo individuo tendrá derecho a no estar sujeto a una decisión que le afecte significativamente basándose únicamente en un procesamiento datos automatizado sin que se tenga en cuenta su opinión. El Consejo de Europa se propone elaborar en los próximos años un convenio internacional que limite los impactos negativos de la inteligencia artificial en los derechos humanos.

3.2.2 La Unión Europea

La UE ha visto la cantidad de recursos que otras grandes potencias económicas mundiales están invirtiendo en innovación como China o Estados Unidos y ha decidido no quedarse atrás por lo que anunció su Estrategia de Inteligencia Artificial para Europa en 2018. La Comisión decidió incrementar sus inversiones anuales en inteligencia artificial en un 70% en el marco del programa de investigación e innovación Horizonte 2020, alcanzando así los 1.500 millones de euros para el período 2018-2020. Junto con la Estrategia de la Comisión, la mayoría de los Estados miembros firmaron una Declaración que busca crear una alianza para la inteligencia artificial en Europa cuyo objetivo es llegar de manera conjunta a invertir más de 20.000 millones de euros al año durante la próxima década en este ámbito. La UE considera que es una oportunidad para ella convertirse en un líder de la inteligencia artificial ética, uniendo a la innovación científica los valores europeos de democracia, derechos humanos y estado de derecho.

En lo relativo a los desafíos jurídicos y legales que plantea el uso extendido de la inteligencia artificial, el Grupo europeo de ética de la ciencia y de las nuevas tecnologías (grupo consultivo de la Comisión) publicó en marzo de 2018 una Declaración sobre inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos.[9] Ba-

un asunto urgente, del cual depende el futuro de la sociedad en la que queremos vivir. Especialmente preocupantes en este sentido sería la capacidad de la inteligencia artificial para vulnerar el derecho a la intimidad y el derecho a la igualdad y limitar la libertad de expresión y reunión (Mijatović, 2018).

En el marco también del Consejo de Europea, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ) está trabajando actualmente en los mecanismos de resolución de disputas en línea y está considerando las posibles aplicaciones de la inteligencia artificial en tales sistemas y su cumplimiento del derecho a un proceso equitativo y a un recurso efectivo (arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

[9] En él, se establecían los principios éticos y requisitos democráticos que debían ser considerados para la creación de nuevos estándares sobre inteligencia artificial como: la dignidad humana; la autonomía; la responsabilidad; la justicia, equidad y solidaridad; la democracia; el estado de derecho; la sostenibilidad; la seguridad, integridad física y mental de las personas; y la protección de datos personales y la privacidad.

sándose en el trabajo de ese Grupo, la Comisión decidió reunir a todas las partes interesadas pertinentes en un Grupo de Expertos de Alto Nivel en Inteligencia Artificial, para contribuir al desarrollo de un proyecto de directrices éticas en este ámbito.[10] Estas directrices debían tratar cuestiones tales como el futuro del trabajo, la equidad, la seguridad, la protección, la inclusión social y la transparencia de los algoritmos. En términos más generales, en ellas se examina el impacto en los derechos fundamentales, en particular, a la intimidad, la dignidad, la protección de los consumidores y la lucha contra la discriminación. El 8 de abril de 2019 se presentaron las Directrices éticas para una IA fiable.

Su objetivo es conseguir una inteligencia artificial fiable que tiene tres componentes: debe ser lícita, es decir, cumplir todas las leyes y reglamentos aplicables; ha de ser ética, de modo que se garantice el respeto de los principios y valores éticos; y debe ser robusta. El Capítulo I trata de garantizar el propósito ético de la inteligencia artificial, estableciendo cuáles son los derechos, principios y valores fundamentales que debe cumplir. En ese sentido, la inteligencia artificial debe estar centrada en el ser humano y se debe desarrollar, implementar y utilizar con un propósito ético. Tiene que regirse por los derechos fundamentales, los valores sociales y los principios éticos de respeto de la autonomía humana, prevención del daño, equidad y explicabilidad. Es necesario, además, prestar especial atención a las situaciones que involucran a grupos vulnerables o a situaciones con asimetrías de poder o información (como entre empleadores y empleados, o empresas y consumidores). El Capítulo II desarrolla una guía concreta enumerando los requisitos para la inteligencia artificial fiable y ofreciendo una visión general de los métodos técnicos y no técnicos que se pueden utilizar para su implementación. Estos requisitos que deben incluirse desde la primera fase de diseño son: acción y supervisión humanas; solidez técnica y seguridad; gestión de la privacidad y de los datos; transparencia; diversidad, no discriminación y equidad; bienestar ambiental y

---

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE también ha empezado a investigar el impacto de la inteligencia artificial en el disfrute de los derechos y ha identificado la lucha contra la discriminación, como un área particularmente afectada por los avances tecnológicos. En su opinión, cuando se utilizan algoritmos para la toma de decisiones, existe un potencial de discriminación contra los individuos, lo que sería contrario al artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Agencia de los Derechos Fundamentales, 2018).

[10] Su presidente (que proviene del mundo empresarial) se mostró reacio a regular la inteligencia artificial de un modo prematuro para no limitar la innovación y competitividad en la materia. En su opinión, Europa debería proponer principios horizontales amplios para el uso ético de la inteligencia artificial basados en los valores fundamentales europeos, pero no crearse una regulación genérica sino más bien ir adaptando la legislación a medida que surjan los problemas y se planteen casos ante los tribunales (Delcker, 2018), aunque podría argumentarse que esto puede chocar con un valor europeo fundamental como es la seguridad jurídica.

social; y rendición de cuentas. Debe hacerse un esfuerzo por facilitar la capacidad de auditoría de los sistemas de inteligencia artificial, especialmente en contextos o situaciones críticas, además, de definir los métodos de explicación de los sistemas y asegurar un proceso específico para la gobernanza de la rendición de cuentas. El Capítulo III proporciona una lista para la evaluación concreta pero no exhaustiva que debe adaptarse a los usos específicos.

La Comisión se ha mostrado consciente de que, si bien la autorregulación puede proporcionar un primer conjunto de índices de referencia con respecto a los cuales sea posible valorar las aplicaciones y resultados que van apareciendo, las autoridades públicas deben garantizar que los marcos reglamentarios para el desarrollo y el uso de las tecnologías de inteligencia artificial estén en consonancia con esos valores y derechos fundamentales. La Comisión se mostró preparada para supervisar la evolución de la situación y, en caso necesario, revisar los marcos jurídicos existentes para adaptarlos a retos específicos y en particular para garantizar el respeto de los valores básicos y los derechos fundamentales de la UE (Comisión Europea, 2018, 18). Ursula von der Leyen (2019, 13), en su agenda como candidata a la presidencia de la Comisión Europea, prometió, en sus primeros 100 días en el cargo, presentar una propuesta de legislación sobre un enfoque europeo coordinado sobre las implicaciones humanas y éticas de la inteligencia artificial, lo cual parece un tanto precipitado dada la complejidad del tema.

De hecho, ya existe normativa de la UE en un caso concreto relativa a la automatización de la toma de decisiones que puede realizarse a través de la inteligencia artificial y es en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) [11]. Según algunos autores, este Reglamento planteará grandes desafíos para la industria, pero tendrá un impacto positivo al crear oportunidades para que se tome la iniciativa en Europa en el diseño de algoritmos y marcos de evaluación que eviten la discriminación y permitan explicar el funcionamiento de los algoritmos, lo que se conoce como explicabilidad (Goodman y Flaxman, 2016). Sin embargo, hay autores que se muestran mucho más escépticos, ya que, según ellos, hay varias razones para dudar tanto de la existencia legal como de la viabilidad de un «derecho a explicación» porque el Reglamento sólo exige que los interesados reciban información significativa (pero debidamente limitada) (arts. 13-15) sobre la lógica involucrada, así como la importancia y las consecuencias previstas de los sistemas de toma de decisiones automatizados, lo que, en opinión de los autores debería entenderse más

[11] 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, DOUE L 119, 4.5.2016, pp. 1–88.

como un «derecho a estar informado». Además, la ambigüedad y el alcance limitado del «derecho a no estar sujeto a la toma de decisiones automatizada» contenida en el art. 22 (del cual se deriva el presunto «derecho a explicación») plantea dudas sobre la protección realmente otorgada a los interesados. Estos problemas muestran que el Reglamento carece de un lenguaje preciso, así como de derechos y garantías explícitos y bien definidos contra la toma de decisiones automatizada, y, por lo tanto, corre el riesgo de no servir de base a mecanismos coercitivos efectivos (Wachter, S. et al., 2016) [12].

4. CONCLUSIONES

La inteligencia artificial ya no es sólo un tema de la ciencia ficción que nos lleve a plantearnos qué pasará cuando los ordenadores cobren conciencia de su propia existencia y poder y eliminen a la raza humana de la faz de la tierra, sino que es algo real que está, por ejemplo, en nuestros bolsillos a través de los teléfonos «inteligentes». Se trata de una tecnología que ya afecta a nuestras vidas y a cómo las personas se relacionan, trabajan, votan y viven.

Pueden encontrarse muchos ejemplos de cómo la inteligencia artificial afecta al ejercicio de los derechos humanos, por lo que es perentorio analizar su impacto en profundidad y estudiar si los actuales marcos de protección de los derechos humanos pueden responder a los retos que plantea. No parece apropiado aprobar leyes generales de inteligencia artificial, porque esta puede revestir muchas formas diferentes y aplicarse de maneras muy distintas, pero sí es necesario dar respuesta a las cuestiones prácticas que plantea, por ejemplo, en materia de protección de datos. En este sentido, el objetivo del RGPD de permitirnos entender la lógica de los algoritmos que toman decisiones que nos afectan es positivo pero la viabilidad técnica del mismo es cuestionable porque hay muchos algoritmos que ni siquiera sus programadores entienden en detalle cómo funcionan de ahí la conocida metáfora de la «caja negra» y a esto se añade que en muchos casos su funcionamiento cambia, aprende y se refina por lo que no permanece estable en el tiempo cuando se combina con *deep learning*. A nivel técnico, se está empezando a trabajar

[12] Algunos de los académicos más relevantes en la materia piden a la UE que haga más en el campo de la inteligencia artificial, por ejemplo, que desarrolle una nueva agencia de supervisión responsable de la protección del bienestar público a través de la evaluación científica y la supervisión de productos, software, sistemas o servicios de inteligencia artificial y un observatorio europeo para la inteligencia artificial, así como que incentive financieramente el desarrollo y uso de tecnologías de inteligencia artificial que sean socialmente positivas y favorables para el medio ambiente (Floridi et al., 2018).

en la explicabilidad y es un ámbito que debe mejorarse para garantizar la seguridad jurídica cuando tiene un impacto en los derechos y obligaciones de las personas.

En este sector tecnológico, es importante tomar decisiones incluyendo a todas las partes interesadas, las empresas, la academia, la sociedad civil y también los grupos más vulnerables a la ampliación de la brecha tecnológica. Es positivo recurrir a la autorregulación o a la corregulación, pero sin excluir que determinados aspectos deben regularse por ley. Además, el recurrir a la ética no puede considerarse como una manera de escapar a la regulación (Wagner, 2018), sino como un elemento que ayude a las empresas y a los Estados en la toma de decisiones dando prioridad a aquellas que produzcan un mayor bien social. Igual que en el ámbito de la privacidad se está avanzando con el RGPD hacia la privacidad desde el diseño y por defecto, en el diseño de programas de inteligencia artificial debería tomarse una perspectiva pro derechos humanos.

Los mecanismos prácticos propuestos por el Relator especial de NNUU van en la buena dirección. Particularmente interesante es la propuesta de evaluaciones de impacto en los derechos humanos, sobre todo en el caso de aquellos programas utilizados por autoridades públicas que pueden afectar al acceso al sistema de salud o judicial, donde es de suma importancia evitar los resultados discriminatorios de manera directa e indirecta. También tiene que seguirse trabajando en los métodos para permitir la auditoria de los algoritmos. Otro aspecto básico es el de reforzar y hacer efectivos los mecanismos de tutela judicial cuando el uso de la inteligencia artificial vulnere los derechos humanos de las personas, para lo que es un prerrequisito que las personas sepan que se han tomado decisiones que les afectan basadas en el uso de inteligencia artificial y entender la lógica que hay detrás para lo que debe avanzarse en desarrollar la transparencia, la responsabilidad y la rendición de cuentas.

La UE va por detrás respecto a China o Estados Unidos en lo que al desarrollo de la inteligencia artificial se refiere y es poco probable que les alcance. Sin embargo, sí puede tener un impacto a nivel internacional en lo que se refiere a los estándares que debe cumplir la inteligencia artificial, como ya ha ocurrido en el ámbito de la protección de datos. Es necesario concienciar a las empresas de cómo esto puede hacer más compleja la innovación, pero también presenta un valor añadido.

Hay que permanecer atentos al trabajo de la Comisión Europea y del Consejo de Europa dado que en un momento de ebullición tecnológica hay que introducir este tipo de salvaguardas de los derechos humanos desde el principio.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2018), *#BigData: Discrimination in data-supported decisión making*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo.

Angelopoulos, C.; Brody, A.; Hins, A. W.; Hugenholtz, B.; Leerssen, P.; Margoni, T.; McGonagle, T.; van Daalen, O.; Hoboken, J. V. (2016), *Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation*, Institute for Information Law (IViR), Amsterdam.

Angwin, J.; Larson, J.; Mattu, S.; Kirchner, L. (2016), «Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals, And It's Biased Against Blacks», *ProPublica*, 23 de mayo de 2016, disponible en: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing (última consulta: 10/11/2018).

Comisión Europea (2018), *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Inteligencia artificial para Europa*, Bruselas, 25 de abril de 2018, COM(2018) 237 final.

Dastin, J. (2010), «Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women», *Reuters*, disponible en: https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G (última consulta: 10/11/2018).

Delcker, J. (2018), «Europe's AI ethics chief: No rules yet, please», *Politico.eu*, 30 de octubre de 2018, disponible en: https://www.politico.eu/article/pekka-ala-pietila-artificial-intelligence-europe-shouldnt-rush-to-regulate-ai-says-top-ethics-adviser/ (última consulta: 10/11/2018).

Dutton, T. (2018), «Artificial Intelligence Strategies», *Medium*, 28 de junio de 2018, disponible en: https://medium.com/politics-ai/an-overview-of-national-ai-strategies-2a70ec6edfd (última consulta: 10/11/2018).

European Group on Ethics in Science and New Technologies (2018), *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Bruselas, 9 de marzo de 2018.

Floridi, L.; Cowls, J.; Beltrametti, M.; Chatila, R.; Chazerand, P.; Dignum, V.; Luetge, C.; Madelin, R.; Pagallo, U.; Rossi, F.; Schafer, B.; Valcke, P.; Vayena, E. (2018), «AI4People – An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations», *Minds and Machines*, Atomium European Institute for Science, Media and Democracy, Bruselas.

Gascón Marcén, A. (2014), «La gobernanza de Internet y el Consejo de Europa», *Direito, governança e tecnologia: princípios, políticas e normas do Brasil e da Espanha*, Conceito Editorial, Florianópolis, pp. 115 y ss.

GOODMAN, B. y FLAXMAN, S. (2016), «European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a Right to Explanation», *2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning*, New York, NY: ArXiv e-prints.

KAYE, D. (2018), *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Asamblea General de Naciones Unidas, A/73/348.

MIJATOVIĆ, D. (2018), *Safeguarding human rights in the era of artificial intelligence*, 3 de julio de 2018, disponible en: https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/safeguarding-human-rights-in-the-era-of-artificial-intelligence (última consulta 20/12/2018).

MSI-NET (2017), *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Consejo de Europa, Estrasburgo.

NEMITZ, P. (2018), *Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence*, Phil. Trans. R. Soc. A 376: 20180089.

PASQUALE, F. (2015), *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press.

REISMAN, D., SCHULTZ, J., CRAWFORD, K Y WHITTAKER, M. (2018), *Algorithmic impact assessments: a practical framework for public agency accountability*, AI NOW.

SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2018), *Estrategia en materia de nuevas tecnologías,* Naciones Unidas.

TUFEKCI, Z. (2018), «YouTube, the Great Radicalizer», *The New York Times*, 10 de marzo de 2018, p. SR6.

UN GLOBAL PULSE (2012), *Big data for development: Opportunities & challenges*, United Nations Global Pulse, disponible en: www. unglobalpulse.org/sites/default/files/BigDataforDevelopment-UNGlobalPulseJune2012.pdf (última consulta: 10/11/2018).

VON DER LEYEN, U. (2019), *A Union that strives for more. My agenda for Europe. Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024*, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20190716RES57231/20190716RES57231.pdf (última consulta: 03/08/2019).

WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; FLORIDI, L. (2016), «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, disponible en: https://ssrn.com/abstract=2903469 (última consulta: 10/11/2018).

WAGNER, B. (2018), «Ethics as an Escape from Regulation: From ethics-washing to ethics-shopping?», Hildebrandt (Ed.), *Being Profiled. Cogitas ergo sum*, Amsterdam University Press, Amsterdam.

DIFICULTADES ESPECÍFICAS DEL *E-GOVERNMENT* EN EL SENO DE ESTADOS DESCENTRALIZADOS. LOS CASOS ESPAÑOL E ITALIANO.

ALFONSO SÁNCHEZ GARCÍA
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. La implementación del *e-government* en el funcionamiento de las Administraciones Públicas y sus efectos esperados. 2. Las exigencias del *e-government* para la obtención de sus efectos beneficiosos. 3. Las dificultades de satisfacer los requisitos del *e-government* en el ámbito de Estados regionales descentralizados y sus vías de solución. 4. Bibliografía.

1. LA IMPLEMENTACIÓN DEL *E-GOVERNMENT* EN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SUS EFECTOS ESPERADOS

La digitalización de los elementos y relaciones propios de la sociedad de la información ha terminado por alcanzar de lleno el trato entre administrado y Administración Pública, produciendo la aparición del Gobierno electrónico o *e-government*, esto es, de un nuevo paradigma en el que se impone la necesidad de que la interacción entre ciudadanos y poderes públicos sea presidida por la utilización de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación –en adelante, TIC– en todas y cada una de sus facetas, particularmente, en la dimensión de oferta de servicios *on line* a los ciudadanos, en aras a permitir un funcionamiento más eficiente

de los servicios administrativos puestos a disposición de los ciudadanos (Arpaia, Ferro, Giuzio, Ivaldi, & Monacelli, 2016, 5) y a dirigirse hacia un estadio final de consecución a largo plazo denominado *Digital Government*, en el cual los usuarios-administrados, mediante el empleo de Internet, se constituirían en una parte activa del sector público, expresando sus preferencias y necesidades para contribuir a la conformación de los planes de acción públicos [1]. Este fenómeno ha sido favorecido abiertamente en el seno de la Unión Europea mediante diversas iniciativas, entre las que podemos destacar la llamada Agenda Digital para Europa o Europa 2020 [2], por la cual se pretende la optimización de las potencialidades sociales y económicas de las TIC en su implementación en el seno de la Administración Pública, especialmente a través de la herramienta de Internet. Iniciativa a la que en 2015 se unió la Estrategia para el mercado único digital –*digital single market*– basada en tres pilares, la mejora en el acceso de los consumidores y las empresas a bienes y servicios en toda Europa a través de canales digitales; la creación de un contexto favorable para el desarrollo de las redes digitales y de las TIC; y la potenciación del crecimiento de la economía digital (Maddalena, 2017, 535). Todo ello ha dado lugar, en clave nacional, a la adopción de estrategias en sintonía con las anteriores como la Agenda Digital Italiana –ADI– *ex* art. 47 del decreto legge –en adelante, d. L.– n. 5/2012, convertido en la *Legge* n. 35/2012, así como a la Agenda Digital para España [3] de quince de febrero de 2013 elaborada por los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de de Hacienda y Administraciones Públicas. En definitiva, esta implementación de las TIC en el normal funcionamiento de las Administraciones Públicas tanto a nivel *ad extra* como *ad intra* tiende a prosecución de los siguientes objetivos (Gatti, 2002, 10):

– La creación de un escenario en el que el ciudadano se relacione mediante un sistema de identificación uniforme a nivel nacional e incluso comunitario con los poderes públicos y acceda a los servicios públicos sin limitación por los «vínculos» de competencia territorial o de residencia, y sin que le

[1] En este punto, nos remitimos al informe de la OCDE del año 2014, *Digital government strategies for transforming public services in the welfare areas*.

[2] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una Agenda Digital para Europa, COM(2010) 245, de 19 de mayo, en la que se seña que, en Europa, unas 250 millones de personas utilizan Internet todos los días, a lo que se une que el sector de las TIC genera directamente el 5 % del PIB de la Unión, con un importante impacto en la transformación de los modos de funcionamiento de los otros sectores, hasta el punto que como señala (Costanzo, 2000, 370), tal evidencia empírica ha acabado por persuadir a los entes institucionales sobre la utilización de dicha tecnología. Este impulso al *e-government* también se ha producido en instituciones internacionales supracomunitarias como se puede observar en el informe de las Naciones Unidas: *E-government survey 2016, e-government in support of sustainable development.*

[3] Puede ser consultada en el siguiente enlace: http.//www.agendadigital.gob.es/agenda-digital/recursos/Recursos/1.%20Versi%C3%B3n%20definitiva/Agenda_Digital_para_Espana.pdf

sea exigible conocer la organización del Estado ni a qué Administración debe dirigirse para según qué trámite.

– La simplificación de las cargas administrativas del ciudadano en base al principio de *una sola vez*, por el cual, para su identificación y acreditación de sus circunstancias, no sea necesario aportar la documentación acreditativa que ya se encuentre en poder de cualquier administración.

– Incremento de la transparencia y de la facilidad de acceso a la información mediante la creación de bancos de datos orientados a su empleo por los ciudadanos, así como su transmisión entre Administraciones Públicas mediante su interconexión e interoperabilidad *ex* una «red entre iguales».

– Limitación al ámbito informático de todo el flujo documental producido en relación a la actuación de la Administración, así como en lo relativo a su archivo y gestión, que lleve a superar o limitar en gran medida la gestión y gasto en papel.

Es más, los efectos esperados de la implementación de las TIC han sido ligados en el seno de la Unión Europea a la adopción de medidas tendentes a combatir la situación de grave crisis económica atravesada por el continente (Maddalena, 2017, 522), hasta el punto de establecer una relación directamente proporcional entre el nivel de implementación de sistemas de gobierno electrónico y el desarrollo económico de los Estados por medio de dos vías, de un lado mediante un incremento de la eficiencia derivado de la reducción de los costes de funcionamiento, tanto de poderes adjudicadores como de operadores económicos (Gómez Manresa, 2014, 268), y de otro, mediante una mayor agilidad, rapidez y optimización o mejora de los servicios públicos prestados a los ciudadanos que permita, a su vez, incrementar la productividad del sector privado (Ciocca & Satta, 2008, 284; Costantino, 2016, 246; Bangemann, 1994, 26) [4].

Las expuestas expectativas esperadas de la implementación de las TIC devendrán, en buena medida, de características asociadas al funcionamiento de las mismas, tales como (Pascuzzi, 2016, 323 a 344):

– La *desterritorialización*, consistente en la desconexión de las actividades desarrolladas en la red de un espacio físico bien definido, el cual viene a

[4] En este sentido se expresan también la Comisión Europea en su COM(2010) 571 final, de 18 de octubre, Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, pp. 4 a 6; COM(1996) 583 final, de 27 de noviembre, Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea, Reflexiones para el futuro, epígrafes 4.13 y 4.17; COM(1998) 143, de 11 de marzo, La contratación pública en la Unión Europea, p. 3; COM(2004) 841, de 29 de diciembre, Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica, p. 3; COM(2006) 173, de 25 de abril, Plan de acción i2010 sobre *e-government*; COM(2003) 567, de 26 de septiembre, El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa, epígrafe 4.17.

ser sustituido por el «espacio telemático», que la doctrina ha venido a denominar como un «no lugar» (IRTI, 2001).

– La *desestatalización*, en cuanto la actividad desarrollada en la red tiende a sobrepasar fácilmente y con naturalidad los confines de un solo Estado y, por ende, su marco normativo.

– La *desmaterialización*, debida a una transformación del objeto regulatorio por la cual este deja de ser un elemento compuesto por átomos para convertirse en una secuencia de *bits*, constitutiva de bienes o de canales de interrelación o de transmisión de información entre dos o más sujetos. Elemento informatizado que vendría a reducir exponencialmente las cargas, los costes y el tiempo de su transmisión e intercambio (NEGROPONTE, 1995), así como una preconcebida mayor exactitud operacional en cuanto a su comportamiento y trazabilidad.

Características de las TIC a las que se unirá la posible implementación, a través de los canales abiertos por aquellas, de funcionalidades en buena medida inéditas en el seno de la administración analógica, tales como la *hipertextualidad*, consistente en la posibilidad de vincular diversos documentos; la *hipermedialidad*, consistente en la posibilidad de establecer sistemas de vinculación entre diversos medios o soportes de comunicación, y la *interactividad*, consistente en la viabilidad del canal de comunicación a los efectos de permitir un diálogo bidireccional entre las partes (Costanzo, 2000, 349 y 350).

Contexto expuesto que ha derivado en que el d.lgs. n. 82/2005, en su art. 5-bis, introducido por el art. 4, c. 2 del d.lgs. n. 235/2010, haya previsto que desde el 25 de enero de 2011 las comunicaciones entre empresas y Administración Pública en Italia debieran llevarse a cabo preceptivamente mediante la utilización de medios telemáticos. A su vez, el d.lgs. n. 179/2016 añadió el derecho de los interesados de acceder mediante la utilización de instrumentos informáticos a la información del procedimiento, al conocimiento del estado de progreso del mismo, así como el organismo y funcionario responsables de aquel, para lo cual tendrían el derecho, a su vez, a la atribución de una identidad digital que permitiera el anterior acceso, así como el derecho a emplear la misma para identificarse ante las diversas Administraciones Públicas en las relaciones telemáticas con aquellas, y a recibir las comunicaciones en su «domicilio digital». Mismo sendero que el seguido por el legislador español, quien, en primer lugar, permitió a través del art. 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que las Administraciones Publicas que pudieran prever reglamentariamente la obligatoriedad de las «personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad

económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos» de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos; para posteriormente establecer desde el 2 de octubre de 2016 la obligación de las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, y quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, así como para los empleados de las Administraciones Públicas –art. 14.2 de la Ley 39/2015–, la obligación de comunicación electrónica con las Administraciones.

2. LAS EXIGENCIAS DEL *E-GOVERNMENT* PARA LA OBTENCIÓN DE SUS EFECTOS BENEFICIOSOS

No obstante, la efectiva plasmación en la realidad de las potencialidades de la administración electrónica requerirá de la pericia y el buen hacer del legislador, no bastando para ello con la mera digitalización de las comunicaciones y un supuesto incremento de la publicidad en la red de los procedimientos de las Administraciones Publicas o del derecho de acceso a la información pública (Escrihuela Morales, 2015, 2; Valero Torrijos, 2016, 21 y 22), toda vez que, como indica de Nictolis (2017, 84), en aras a la consecución de la transparencia y la efectividad de los sistemas de *e-government*, la accesibilidad *on line* es condición necesaria pero no suficiente, ante la evidencia de que una ingente información, sin la necesaria organización, esquematización y sistematización, puede producir un «*rumore informatico*» con una capacidad informativa análoga a la del silencio, puesto que la estricta publicidad de la información no irá acompañada de una adecuada disponibilidad de la misma (Tessaro & Piovesan, 2015, 127).

Así las cosas, pese a ser cierto que, como hemos visto en el epígrafe primero, las TIC constituyen una novedosa e importante herramienta con una serie de potencialidades inéditas en el ámbito de la Administración, no bastará con limitarnos a una mera traslación de la organización de la Administración en papel a un nuevo formato electrónico, sino que será necesario que la información –desmaterializada– disponible a través de estos medios y los trámites electrónicos estén adecuadamente diseñados en la normativa, se hagan por unos conductos pertinentes que garanticen un acceso asequible, y con un nivel de seguridad y fiabilidad en las relaciones entre administrado y Administración análogo o superior a los niveles propios de la Administración en papel y cuenten con los medios de supervisión oportunos, debiendo procederse, en definitiva, a una adaptación holística de la estructura organizativa de la Administración, así como de sus ám-

bitos materiales de actuación (Martínez Fernández, 2015, 3; Martín Delgado, 2018, 1896). A lo cual hemos de añadir que, aun conseguido lo anterior, restará por afrontar unos altos costes económico-financieros relativos a la proyectación, implementación, mantenimiento y actualización de las necesarias infraestructuras tecnológicas (Maddalena, 2017, 558 y 567); la necesaria difusión entre los empleados públicos de los conocimientos necesarios para su utilización; y la puesta a disposición a favor de los administrados de los medios necesarios para que estos puedan superar sus propias barreras tecnológicas a la hora de acceder a la utilización de las herramientas de *e-government*, tanto a nivel de obtención del equipamiento tecnológico necesario, como de los conocimientos precisos para su utilización. Y todo ello, en intrínseca conexión con la necesaria consecución de una implementación coordinada de las soluciones de administración electrónica que proyecte sobre el ciudadano una imagen y una usabilidad homogénea en cualquiera de sus niveles territoriales, así como la compatibilidad y conexión de los sistemas electrónicos de las diversas Administraciones Públicas mediante unos estándares mínimos de interoperabilidad tanto *ad extra* como *ad intra*, esto es, «la capacidad de dos o más sistemas de conectarse entre ellos y de dialogar de manera automática, intercambiando información y compartiendo los recursos» (Arpaia et al., 2016, 27) [5]. En otro caso, la implementación de medios electrónicos no conllevará la introducción de innovación administrativa alguna al no suponer una mejora de funcionamiento respecto del sistema tradicional al que pretende sustituir (Gallego Córcoles, 2016, 2; Gamero Casado & Martínez Gutiérrez, 2008, 35; Valero Torrijos, 2014, 38), e incluso se correrá el riesgo, como analizamos de seguido, de que las TIC puedan conducir a una involución de los servicios y procedimientos administrativos (D'Elia Ciampi, 2003, 1627).

3. LAS DIFICULTADES DE SATISFACER LOS REQUISITOS DEL *E-GOVERNMENT* EN EL ÁMBITO DE ESTADOS REGIONALES DESCENTRALIZADOS Y SUS VÍAS DE SOLUCIÓN

Expuesto lo anterior, comienza a vislumbrarse como la implementación de sistemas de *e-government* en el seno de Ordenamientos Jurídicos descentralizados como el italiano o el español, requieren, *a priori*, de la iniciativa y dirección de cada uno de los distintos niveles de Gobierno existentes dentro de sus correspondientes ámbitos competenciales, los cuales estarán presididos

[5] Sobre el carácter poliédrico de la interoperabilidad y sus diferentes manifestaciones véase (Bernadí Gil, 2009, 312 y 313; Cerrillo i Martínez, 2010, 499).

por los principios de autonomía funcional y organizativa. Realidad constitucional que supondrá un incremento de la dificultad de los requisitos expuestos para el éxito de la implementación de las TIC en el ámbito del sector público ante el posible riesgo de una eventual descoordinación en el funcionamiento de los sistemas electrónicos establecidos por las diferentes administraciones territoriales, que no solo impediría la comunicación e intercambio de información entre ellas, sino que implicaría el establecimiento a los administrados de excesivas cargas consistentes en la necesidad de acceder a un equipo tecnológico y a un *know how* distintos en función del nivel de la Administración con el que se relacionen, poniendo en riesgo su viabilidad y éxito y pudiendo, incluso, devenir más onerosa la utilización de los sistemas de la administración digital que los de la analógica, hasta el punto de establecer barreras de acceso insalvables en la relación con las Administraciones Públicas y un retroceso en los derechos de los administrados.

Ello implica que la interoperabilidad y coordinación en la implantación de los sistemas de *e-government*, más allá de un requisito tecnológico o una regla técnica, se ha de establecer como un presupuesto jurídicamente relevante de la actividad y el procedimiento administrativos (Cardarelli, 2017, 515 y 516). A tal efecto, en el seno de los Estados descentralizados encontramos, esencialmente, dos instrumentos, la cooperación y la coordinación [6]. La coordinación se establece como una relación interadministrativa en la que una de las Administraciones Públicas implicadas ejerce «un poder de dirección» y, por ende, de decisión, sobre la actuación de las demás, a fin de reconducir a la unidad y, en cierta medida, a la homogenización, la actuación de todas ellas [7]. Así, el coordinador será el responsable de seleccionar los medios y sistemas de interoperabilidad y, en definitiva, las soluciones tecnológicas que deben adoptar todas las Administraciones, pudiendo exigir, incluso, el uso de las mismas plataformas o herramientas electrónicas por todos ellos. Este rol requerirá la preexistencia de un precepto normativo por el que se habilite su desempeño.

Mientras, la cooperación viene a establecerse como una actuación conjunta y voluntaria, acordada en posición de igualdad entre diferentes Administraciones Públicas a fin de armonizar su fucionamiento, sobre la base de la cual

[6] Con más detalle y a efectos de diferenciar los conceptos de interoperabilidad, coordinación y cooperación véase (Martínez Gutiérrez, 2011, 672) En mayor profundidad sobre la utilización de la cooperación como método de introducción de soluciones de interoperabilidad véase (Cerrillo i Martínez, 2010, 495). Tal nomenclatura del Ordenamiento Jurídico español es hasta cierto punto análoga a la contraposición de los términos de *coordinamento*, el cual correspondería al concepto de cooperación, y de *indirizzo* que correspondería con el concepto de coordinación (Marongiu, 2005, 111 y 112).

[7] A este respecto véase la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 32/1983, de 28 de abril.

los medios de interoperabilidad requerirán del mutuo acuerdo entre los agentes implicados [8].

Pues bien, hilando la regulación italiana de *e-government* con el concepto de interoperabilidad y los dos grandes canales para su establecimiento, hemos de concluir que en Italia, tras una primera fase en la que se estableció la cooperación como eje central de la extensión interoperable del uso de las TIC en la Administración Pública, con papel protagonista de la *Conferenza Unificata Stato Regioni*, finalmente parece haber optado por un sistema claramente de coordinación, fundamentado sobre un organismo independiente central como la «*Agenzia per l'Italia Digitale*» –en adelante, AgID–. En efecto, el art. 14 del *decreto legislativo* n. 82/2005 estableció, sobre la base del art. 117.2.r) de la *Costituzione* [9] que sería el Estado el encargado de coordinar [10] los sistemas de *e-government* de todas las Administraciones Públicas, dictando las normas técnicas necesarias en aras a garantizar sus niveles mínimos de seguridad e interoperabilidad, al tiempo que se mantenía la indicación de la *Conferenza Unificata Stato Regioni* como elemento esencial para la adopción de acuerdos relativos a la ejecución de las mencionadas labores estatales de coordinación. Posteriormente, el d.lgs. n. 159/2006 vendría a incluir el apartado 3-bis del art. 14 del d.lgs. n. 82/2005 en el que se preveía la creación de una comisión permanente de la *Conferenza Unificata* para la innovación tecnológica en las regiones y en los entes locales, atribuyéndole funciones consultivas. Iniciativa que, finalmente, dio paso a la introducción de un nuevo instrumento coordinador a través de la modificación del art. 14.2 del d.lgs. n. 82/2005 llevada a cabo por el d.lgs. n. 179/2016, donde la AgID desplazó a la comisión especial de la *conferenza unificata*, pasando a ser este organismo autónomo de ámbito nacional [11] el encargado de indicar las características mínimas de seguridad, interconexión y funcionalidades de todo instrumento de gobierno electrónico implantado en Italia, siéndole confiada la potestad de proceder a la coordinación informática de la administración estatal, regional y local, así como la de favorecer la adopción de infraestructuras y tecnologías comunes

[8] Sobre dicho concepto véase la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 214/1989, de 21 de diciembre.

[9] El referido art. de la *Costituzione* reserva al Estado la competencia exclusiva sobre «pesos, medidas y determinación del tiempo; coordinación de la información estadística e informática de los datos de la administración estatal, regional y local; propiedad intelectual».

[10] Tal concepto de coordinación ha sido precisado por la *Sentenza de la Corte Costituzionale n. 17/2004, 16 gennaio,* como un elemento tendente a la garantía de «una interconexión de lenguajes, procedimientos y estándares homogéneos, para permitir la comunicación entre los sistemas de información de la administración pública».

[11] Organismo instituido en virtud del d. L. n. 83/2012 convertido en la *Legge* n. 134/2012 con la finalidad de contribuir a la consecución de los objetivos de la agenda digital italiana mediante el impulso de la difusión de la utilización de las TIC favoreciendo así la innovación y el crecimiento económico.

tendentes a la consecución de la interoperabilidad técnica. De este modo, y llegados a este punto, deberíamos limitarnos a concluir que, dentro de la autonomía de cada Administración territorial, esta decidiría el establecimiento o no de sistemas de gobierno electrónico, debiendo adaptarse a los parámetros establecidos por la AgID en el caso de que así lo hiciere.

No obstante, nuestro análisis ha de continuar, para alcanzar lo dispuesto en el art. 7 del d.lgs. n. 82/2005. La versión original del mismo se limitaba al empleo de las TIC a cargo de las *administraciones centrales*, con el mandato de ponerlas a disposición de los administrados a fin de instituirlas como cauce de comunicación con aquellos que así lo desearan. Sin embargo, tal regulación del código de la Administración Digital respecto de la Administración central fue expandiéndose, progresivamente, a otros ámbitos. Así, el referido art. 7 del d.lgs. n. 82/2005 fue modificado en virtud del d.lgs. n. 235/2010, siendo eliminada aquella limitación expresa de su aplicación a las Administraciones centrales, hito que conllevaría el inicio de una reorientación legislativa que daría lugar, finalmente, a una nueva modificación del precepto por parte del d.lgs. n. 179/2016, a través de la cual sus previsiones se han hecho expresamente extensibles a todas las Administraciones Públicas, reafirmándose, a su vez, la necesaria observancia de los estándares y niveles mínimos de calidad en términos de usabilidad, accesibilidad y oportunidad establecidos por la AgID en la implementación de las TIC. Es más, esta última modificación del art. 7 del d.lgs. n. 82/2005, introdujo, por primera vez, una consecuencia directa para el caso de su incumplimiento, consistente en la posibilidad de incoar un procedimiento judicial contra la Administración incumplidora. Mayor rigurosidad de esta reforma del año 2016 del d.lgs. n. 82/2005 con la que se pretendía eliminar la ineficiencia y lentitud de la implementación de la administración electrónica derivada de la escasa preceptividad de la normativa sectorial (Costantino, 2016, 245; Maddalena, 2017, 549). De hecho, el d.lgs. n. 217/2017 ha procedido a la modificación del art. 7 del d.lgs. n. 82/2005 para la introducción de la obligación expresa de que los medios electrónicos establecidos para relacionarse con las Administraciones Públicas puedan ser empleados a través de dispositivos móviles y *software* de acceso facilitados por parte de aquellas, así como a través del punto de acceso contemplado en el art. 64-bis, a lo que se une la previsión del art. 8-bis del d.lgs. n. 82/2005 introducido por el d.lgs. n. 179/2016 por el que se prevé la necesidad de las Administraciones Públicas de favorecer la disponibilidad en sus sedes de puntos físicos de red al servicio de los ciudadanos, así como la *alfabetización informática de los ciudadanos* –art. 8.1 del d.lgs. n. 82/2005, introducido por el d.lgs. n. 179/2016–.

De este modo, a la progresiva coordinación central del proceso de implantación de soluciones de interoperabilidad de las herramientas de *e-government* se une, también, un progresivo aumento de las Administraciones Públicas incluidas dentro del ámbito subjetivo de la normativa estatal sobre Administración electrónica por las que se impone, no solo la necesidad de ofrecer la posibilidad al ciudadano de relacionarse electrónicamente con la Administración –art. 3 del d.lgs. n. 82/2005–, sino la ya analizada preceptividad de dicha vía en atención a determinados grupos, cerrando un círculo que evidencia la transición de una coordinación estatal tecnológica a una coordinación estatal funcional.

Impulso en lo referente a su extensión y exigencia en los ámbitos local y regional que podría entenderse como situado en la línea que delimita las competencias estatales y las competencias de autoorganización de los niveles subcentrales, toda vez que, en este aspecto, al contrario que en lo relativo a la instauración de un sistema de interoperabilidad coordinado desde instancias centrales, podría llegar a detectarse, en primera instancia, una ausencia del suficiente respaldo constitucional en materia de competencia, dado el tenor del art. 117.2.g) de la *Costituzione,* por el que se limita la competencia del Estado en materia de organización a los entes estatales y nacionales y, en consecuencia, la competencia plena de las regiones en materia de organización regional y local por aplicación de la cláusula residual del art. 117.4 de la *Costituzione* (Ponti, 2005, 130). Dudas que, entendemos, dieron pie a que el legislador italiano tratara de proceder a la modificación del art. 117.2.r) de la *Costituzione* a través de la *legge costituzionale* publicada en la *Gazzeta Ufficiale* de 15 de abril de 2016, n. 88, por medio de la cual se contemplaba la ampliación de la competencia exclusiva del Estado a los procesos, sus infraestructuras relacionadas, y plataformas informáticas. Si bien, como señala Marongiu (2005, 110), el actual tenor del artículo, mantenido tras el fracaso de la pretendida reforma, deja en evidencia que no se atribuye al legislador estatal toda la materia informática de la Administración Pública, sino tan solo la coordinación de su interconexión.

Así las cosas, de las referidas disposiciones constitucionales que han permanecido en vigor se desprende una doctrina de la *Corte Costituzionale* por la que se aprecia la existencia de una coordinación «*forte*» estatal, que podríamos asemejar a la figura de la coordinación en términos del Ordenamiento Jurídico español, limitada a un aspecto técnico, que debe diferenciarse del ámbito de *coordinamento e indirizzo* político administrativo, en el que se mantendría una competencia exclusiva de las regiones con algunas garantías de autoorganización local [12]. Establecida, así, la primera línea roja en el alcance del art. 117.2.r) de la *Costituzione*, debemos

[12] *Sentenza* de la *Corte Costituzionale* n. 271/2005, 7 *luglio*.

detenernos en la determinación de la *Corte Constituzionale* por la que se señala que esa coordinación «*forte*», aún limitada al aspecto técnico, permite una *coordinación* estatal en ámbitos mixtos o relacionados tanto con la coordinación técnica como con la político-administrativa, tales como la coordinación y racionalización del gasto y la cualidad de los servicios relativos a la Administración digital (Costantino, 2012, 50)[13]. De esta forma, la coordinación informática se instituye, en última instancia, como una competencia transversal, de posible conexión con otras materias, que deberá valorarse caso por caso (D'Orlando, 2011, 213; Cardarelli, 2017, 516 y 517), dada la fuerte interrelación de los dos ámbitos de coordinación enunciados, que ha llevado incluso a reconocer la inevitable influencia de las potestades sobre coordinación informática-técnica en aspectos de organización político-administrativos (Marongiu, 2007, 111; Salmoni, 2003, 1743), siempre y cuando se trate de efectos estrictamente ligados a acciones de coordinación técnica, de gasto, o de cualidad del servicio al ciudadano relativos a la Administración digital, previendo, de otro lado, que cuando dicha influencia trascienda de los aspectos estrictamente necesarios será necesaria la adopción de un acuerdo en sede de la *conferenza unificata*[14] (Orofino, 2008, 256 a 258). En este contexto, a pesar de la referida transversalidad de la coordinación estatal en relación al ámbito técnico, se mantendrían las dudas de que la actuación del Estado se encaminara no solo a imponer unos determinados tipos de medios y soluciones electrónicas a regiones y entes locales, sino la propia imposición del uso de los mismos. En este sentido, destaca el enfoque aportado por la modificación del art. 12.1 del d.lgs. n. 82/2005 llevada a cabo por el d.lgs. n. 179/2016, en virtud de la cual se trata de enfatizar la ligazón existente entre la utilización de los medios electrónicos en los ámbitos regional y local y la obtención de una serie de resultados, tales como la eficiencia y el *buon andamento* de los poderes públicos –art. 97 de la *Costituzione*–, la eficacia, la economicidad, la imparcialidad, la transparencia y la simplificación, lo que no podemos ignorar que trata de guiarnos a la apertura de otra puerta de legitimación a la actuación del Estado en este terreno más allá del art. 117.2.r) de la *Costituzione*, toda vez que la *unión instrumento-efecto* podría permitir una legitimación o competencia estatal exclusiva en base al art. 117.2.m)[15] de la *Costituzione,* a la hora de establecer la posibilidad de relacionarse electrónicamente con la administración con las características indicadas en el epígrafe primero del presente capítu-

[13] En este sentido, véase la *Senteza* de la *Corte Costituzionale* n. 17/2004, 16 *gennaio*.

[14] Tal y como ha venido a establecer la *Sentenza* de la *Corte Costituzionale* n. 31/2005, 26 *gennaio*.

[15] Por el que se establece como competencia exclusiva del estado la «determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional».

lo, como un derecho de los ciudadanos–art. 3 del d.lgs. n. 82/2005– [16]. De hecho, puede observarse cómo ya el art. 11 del d.lgs. n. 150/2009 establecía que la transparencia, entendida como accesibilidad total al procedimiento, viene a constituir uno de los niveles esenciales de la actuación de los poderes públicos señalados en el antedicho art. 117.2.m) de la *Costituzione* (de Maio, 2016, 140). Ecuación a la que se añade un tercer factor, ya que, como ha señalado la *Corte Costituzionale*, más allá de las competencias exclusivas y compartidas expresamente reconocidas por la *Costituzione,* el Estado dispondrá de «poderes implícitos» relativos a materias esenciales para la conservación de la unidad del Ordenamiento Jurídico, como puede ser la determinación del valor probatorio del documento electrónico informático o la forma del documento electrónico [17].

Estas cuestiones han sido abordadas en España mediante lo que finalmente podría llegar a considerarse como un instrumento de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas, el Esquema Nacional de Interoperabilidad (Real Decreto 4/2010) y el Esquema Nacional de Seguridad (Real Decreto 3/2010), toda vez que, a pesar del tipo de norma empleado, la Ley 11/2007 preveía en su art. 42.3 que ambos esquemas fueran elaborados con la participación de todas las Administraciones, siendo aprobado por Real Decreto del Gobierno a propuesta de la Conferencia Sectorial de Administración Publica y previo informe de la Comisión Nacional de la Administración Local. Razón por la que, seguramente, no ha sido motivo de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 39/2015 resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia en Pleno de 24 de mayo de 2018, Rec. 3628/2016, el tenor de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 39/2015 por el que se dispone que «En el caso que una Comunidad Autónoma o una Entidad Local […] opte por mantener su propio registro o plataforma […] deberán garantizar que éste cumple con los requisitos del Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad, y sus normas técnicas de desarrollo», habiéndose asumido, a su vez, la potestad del Estado de establecer la obligación de imponer la necesidad o la posibilidad del ciudadano de relacionarse electrónicamente con cualquier administración dentro de lo preceptuado por el

[16] Vinculación de empleo de medios electrónicos con la consecución de objetivos de simplificación, rapidez, transparencia e imparcialidad que en determinadas ocasiones lleva a cabo, de forma expresa, el propio legislador tal y como se desprende de la conexión de los arts. 1.1.g),.ooo) y.nnn) de la *Legge* n. 11/2016.

[17] Sobre este punto nos remitimos a los establecido por las *Sentenze* de la *Corte Costituzionale* n. 303/2003, 1 *ottobre* y n. 6/2004, 13 *gennaio*, referidas y comentadas por Duni (2012, 398).

art. 149.1.18.º CE [18]. Si bien, esta regulación no ha podido contener la fragmentación de las plataformas electrónicas que han sustanciado la puesta en marcha de la administración electrónica en España, originando situaciones como la presentada en la contratación pública, donde se ha producido la aparición de un inabarcable número de perfiles del contratante [19] que de no ser interconectados sobre la base de plataformas centrales, aun periféricas, pondrían en jaque las esperadas ventajas y efectos de las TIC. Cuestión cuyo análisis requiere de una aproximación sectorial que excede del presente trabajo, pero si bien baste con señalar que la interpretación del Tribunal Constitucional del art. 149.1.18.º CE señala que el mismo no abarca la elaboración de los sistemas electrónicos destinados a servir como herramienta de la actividad electrónica de las Administraciones Públicas sino que, por el contrario, «el diseño, creación y mantenimiento de "servicios de administración electrónica" es un aspecto central de la "potestad de autoorganización" inherente a la autonomía» (STC 111/2016, FJ 11), lo que, sitúa el alcance del referido precepto constitucional existente en nuestra Carta Magna en unos confines análogos a los que recoge el tenor literal del art. 117.2.g) de la *Costituzione* [20]. De modo que, en principio, el único freno del que dispondrán los poderes estatales frente a una fragmentación excesiva del sistema y recursos de *e-government* deberá justificarse nuevamente en la relación *instrumento-requisitos-efecto*, especialmente en aspectos de estabilidad económica y armonización de los presupuestos públicos como los previstos en los arts. 31.2 y 135 de la Constitución o los arts. 97, 117.2.e) y 117.3 *–coordinamento della finanza pubblica–* de la *Costituzione* [21].

---

[18] Véase (Martínez Pereda Rodríguez, González Rivas, Huelin y Martínez de Velasco, & Gil Ibáñez, 1993, 524), donde al respecto se señala que «El artículo 149.1.18.º de la Constitución reconoce al Estado competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas […] de ello se deriva una […] competencia para regular los aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las Administraciones Públicas, pues la expresión «régimen jurídico» contenida en el precepto constitucional no se refiere exclusivamente al procedimiento y al régimen de recursos, debiendo entenderse incluida también en ella la regulación básica de la organización de todas las Administraciones Públicas (STC 76/1983, de 5-8).

[19] En el ámbito de la contratación pública electrónica en España han proliferado alrededor de 20.000 perfiles del contratante en toda España (García Jiménez, 2013, 386). Cifra que ascendería hasta los 32.000 en el caso italiano tal y como señala el *Parere* n. 855/2016, 1 *aprile* del *Consiglio di Stato, Commissione Speciale*.

[20] Interpretación del Tribunal Constitucional que no compartimos pues la autonomía debe centrar su atención en la determinación del destino de los recursos y dirección del procedimiento y su resolución y no en la diferenciación y fragmentación del procedimiento (Mattarella, 2016, 343).

[21] Por ejemplo, véanse sobre este punto la Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 24 de mayo de 2018, Rec. 3628/2016 FJ. 11 o la *Sentenza de la Corte Costituzionale* n. 36/2004, 26 *gennaio*.

4. BIBLIOGRAFÍA

Arpaia, C. M.; Ferro, P.; Giuzio, W.; Ivaldi, G., & Monacelli, D. (2016), L'e-government in Italia, situazione attuale, problemi e prospettive, *Questioni Di Economia e Finanza. Banca d'Italia*, *309*.

Bangemann, M. (1994), *Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo Europeo*.

Bell, D. (1974), *The coming of Post-Industrial Society*, Heinemann, London.

Bernadí Gil, X. (2009), «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», in *Informe sobre la administración local*, Fundación Carles Pi i Sunyer, Barcelona.

Cardarelli, F. (2017), «Art. 3 bis. Uso della telematica», in Sandulli, M. A. (Ed.), *Codice dell'azione amministrativa* (pp. 509–524), Giuffrè Editore, Milano.

Cerrillo i Martínez, A. (2010), «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», in VV. AA., *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos* (3ª), Thompson Reuters, Cizur Menor.

Ciocca, P., & Satta, F. (2008), «La dematerializzazione dei servizi della P. A., un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema», *Diritto Amministrativo*, *2*, 283–296.

Costantino, F. (2012), *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Jovene Editore, Napoli.

— (2016), «L'uso della telematica nella pubblica amministrazione», in Romano, A. (Ed.), *L'azione amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino.

Costanzo, P. (2000), «Internet (Diritto Pubblico) -voce-», in *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento* (pp. 347–371), Utet giuridica, Torino.

D'Elia Ciampi, I. (2003), L'informatica e le banche dati, in Cassese, S. (Ed.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, Vol. III*, Giuffrè Editore, Milano.

D'Orlando, E. (2011), «Profili costituzionali dell'amministrazione digitale», *Diritto Dell'informazione e Dell'informatica*, *27–2*, 213–229.

De Maio, G. (2016), «Digitalizzazione dell'azione amministrativa e riforma madia», in Tuccillo, S. (Ed.), *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015* (pp. 135–161), Editoriale Scientifica, Napoli.

De Nictolis, R. (2017), «Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà, in VV. AA. *L'Italia cha cambia, dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione* (pp. 65–107), Giuffrè Editore, Milano.

Duni, G. (2012), «Principi fondamentali del diritto amministrativo», *Diritto e Processo Amministrativo*, *2*, 393–409.

Escrihuela Morales, F. J. (2015), «La contratación del sector público y la corrupción», *Contratación Administrativa Práctica, Revista de La Contratación Administrativa y de Los Contratistas*, *135*, 16–21.

Frosini, V. (1993), «L'organizzazione informatica dello Stato e la libertà del cittadino», *Il Diritto Dell'informazione e Dell'informatica*, *3*, 599–608.

Gallego Córcoles, I. (2016), «Contratación pública e innovación tecnológica», in *Seminario Teoría y Método-STEM*, Universidad Castilla La Mancha.

Gamero Casado, E., & Martínez Gutiérrez, R. (2008), «El Derecho Administrativo ante la «Era de la Información», in Gamero Casado, E. & Valero Torrijos, J. (Eds.), *La Ley de Administración Electrónica, Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios Públicos* (pp. 35–88), Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

García Jiménez, A. (2013), «El perfil del comprador europeo, una forma de innovar en contratación pública», *Revista de Administración Pública*, *192*, 381–400.

Gatti, M. (2002), *E-Procurement. Il D. P. R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P. A.* Napoli, Esselibri - Simone.

Gómez Manresa, M. F. (2014), «La contratación electrónica, Una apuesta del Derecho europeo por la sostenibilidad de la Administración Pública», *Revista Internacional de Derecho Ambiental*, *III-8*.

Irti, N. (2001), *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza.

Maddalena, M. L. (2017), «La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo», in VV. AA., *L'Italia cha cambia, dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione* (pp. 519–598), Giuffrè Editore, Milano.

Marongiu, D. (2005), «La funzione di coordinamento informatico. Autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie», *Il Diritto Dell'informazione e Dell'informatica*, *1*, 109–116.

— (2007), *Il governo dell'informatica pubblica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

Martín Delgado, I. (2018), «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos, Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», in Gamero Casado, E. & Gallego Córcoles, I. (Eds.), *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II* (pp. 1895–1962), Tirant lo Blanch, Valencia.

Martínez Fernández, J. M. (2015), «'Transparencia' vs 'Transparencia'» en la contratación pública», *Diario La Ley*, *8607*.

Martínez Gutiérrez, R. (2011), «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica, La interoperabilidad», in *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor.

Martínez Pereda Rodríguez, J. M., González Rivas, J. J., Huelin y Martínez de Velasco, J., & Gil Ibáñez, J. L. (1993), *Constitución Española (Comentada)*, Colex, Madrid.

Mattarella, B. G. (2016), «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione», in VV. AA., *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione* (pp. 337-353), Giuffrè Editore, Milano.

Negroponte, N. (1995), *Essere digitali*, Sperling & Kupfer, Milano.

Orofino, M. (2008), *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè Editore, Milano.

Pascuzzi, G. (2016), *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino, Bologna.

Ponti, B. (2005), «Organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Rapporti fra Stato, regioni e autonomie locali» in Carloni, E. (Ed.), *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82* (pp. 129–162), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.

Rifkin, J. (2000), *La Era del Acceso, La revolución de la nueva economía*, Paidós Ibérica.

Salmoni, F. (2003), «Gli atti statali di coordinamento tecnico e la ripartizione di competente Stato-Regioni (Corte costituzionale 1º aprile 2003 n. 103)», *Giurisprudenza Costituzionale*, *3*, 1735–1743.

Tessaro, T. & Piovesan, S. (2015), *La riforma Madia del procedimento amministrativo, La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.

Valero Torrijos, J. (2014), «La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica, Una oportunidad para la innovación tecnológica», in *I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, La nueva contratación pública*, Toledo.

— (2016), «Innovación tecnológica e innovación administrativa», in *Seminario Teoría y Método-STEM*, Universidad Castilla La Mancha.

RETOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LUZ DEL CAMBIO CLIMÁTICO

BORJA SÁNCHEZ BARROSO
Universidad Pontificia Comillas - ICADE

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Relevancia constitucional de la lucha contra el cambio climático y retos para garantizar los derechos. 3. Retos del cambio climático para la intervención pública: cuestiones abiertas en torno a los incentivos y las medidas de ordenación. 4. Retos del cambio climático para la distribución y repercusión de responsabilidades entre distintos entes territoriales. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Existen pocos conceptos tan conocidos y a la vez tan controvertidos en algunos ámbitos como el cambio climático. Sin embargo, su realidad parece hoy incontestable. De hecho, aunque puedan discutirse sus causas, en especial el peso que sobre ellas imprime la acción humana, los efectos visibles del cambio climático y su alcance global le han otorgado una importancia sin precedentes en la moderna sociedad del riesgo (Beck, 1986).

Precisamente el alcance del cambio climático, que amenaza por igual a países de diferentes latitudes y contextos económicos, políticos y sociales, hace que muchas de las medidas que se deben adoptar frente a él correspondan al ámbito internacional. Ello entraña algunas dificultades propias de este contexto, a la hora de conseguir que los Estados soberanos se obliguen y, sobre

todo, de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que en su caso contraigan (Carrillo Salcedo, 2005, 56-57) [1]. Junto a esta esfera internacional, debe reivindicarse sin embargo la importancia de la actuación interna de los Estados frente al cambio climático, de cara a minimizar sus efectos sobre la comunidad política a su cargo. Estas obligaciones internas se ven reforzadas por la importancia creciente de las políticas de adaptación al cambio climático, frente a las tradicionales estrategias de mitigación, que no por ello deben ser abandonadas (Sánchez Barroso, 2018, 179).

Mientras las últimas persiguen reducir los factores causantes del cambio climático, la adaptación pretende disponer a cada comunidad para hacer frente a sus efectos de la mejor manera posible, mediante respuestas rápidas y eficaces que minimicen los espacios de vulnerabilidad que de ellos se derivan. La adaptación obliga por tanto a un esfuerzo particular de los Estados frente a sus propios ciudadanos, contrariamente a la mitigación que suele implicar obligaciones frente a la comunidad internacional. En este doble contexto, interno e internacional, de adaptación y mitigación, es donde surgen nuevos retos para el Estado, con implicaciones relevantes desde el punto de vista del Derecho constitucional, de los cuales se analizarán tres de los más relevantes en este trabajo.

Al hacerlo, somos conscientes de que existen otros retos tanto o más relevantes para el Derecho constitucional actual, que adquieren tintes dramáticos cuando se refieren al mínimo aseguramiento de los derechos reconocidos a lo largo de los últimos siglos pero hoy amenazados en su eficacia más básica desde numerosos frentes. Sin embargo, no por ello deben dejar de señalarse estos otros retos que, aunque puedan parecer menos urgentes –en realidad, lo son y mucho–, se refieren a cuestiones básicas de nuestro Derecho constitucional y a la dirección que éste debe tomar para alcanzar su propósito, que no es otro que el de adecuar las conductas individuales y colectivas, de los particulares y de los diferentes poderes, al espíritu y la letra de nuestra Carta Magna, el hecho a la norma y al valor, el ser de hoy al deber ser que la comunidad se ha marcado.

En otras palabras, de nada serviría subrayar el carácter normativo de nuestra Carta Magna, que tanto costó afianzar, si en el camino se olvida la dimensión axiológica de la que el Derecho –y especialmente el Derecho constitucional– se halla transido (Fernández Segado, 1992). Una dimensión axioló-

[1] Se trata de problemas inevitables en un ámbito como el del Derecho internacional donde se ha pasado de los sistemas jerárquicos nacionales a un sistema equiordenado y relacional, sin una autoridad central que lo ordene y garantice (Paulus, 2013, 90-94).

gica que debe guiar no solo su eficacia práctica cotidiana sino también y muy especialmente el rumbo que a la luz del texto constitucional debemos adoptar como sociedad, y el horizonte al que se debe aspirar por inalcanzable que hoy parezca.

2. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO Y RETOS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS

El cambio climático presenta retos específicos para garantizar el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, según fue consagrado en el artículo 45 CE, de forma ciertamente pionera en el año 1978 (Lozano Cutanda, 2018, 190). Como es bien sabido, este derecho constituye uno de los principios rectores de la política social y económica española. Sin embargo, 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. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional [2], como ya lo había señalado antes el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde su célebre Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra) [3]. La garantía de un alto nivel de protección del medio ambiente también viene establecida como una de las prioridades de la Unión Europea en los artículos 11, 114.3 y 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Por tanto, independientemente de si el cambio climático viene provocado por modificaciones ambientales cíclicas o, como parece, por la acción desbocada del hombre, los poderes públicos tienen el deber de hacer frente a sus efectos para garantizar el mencionado derecho. Para ello, como se anun-

[2] Por ejemplo en su Sentencia 119/2001, de 24 de mayo: «Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos emprender nuestro análisis recordando la posible afección al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) […] 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» (FJ 6.º).

[3] Esta Sentencia condenó a España por violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al entender que «[…] va de suyo que algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del derecho al disfrute de su domicilio a través de un daño en su vida privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado» (Apartado 51).

ciaba en la introducción, pueden actuar en dos vertientes. Por un lado, mediante medidas de mitigación sobre los factores que contribuyen al cambio climático y empeoran las condiciones atmosféricas (focos de emisiones, prácticas contaminantes, etc.). Por otro lado, disminuyendo el impacto que el cambio climático proyecta sobre los ciudadanos, mediante una mejor adaptación a sus efectos [4].

Sin embargo, el derecho al medio ambiente no es el único derecho constitucional en juego al abordar el cambio climático. De hecho, la concurrencia de otros derechos es lo que, a nuestro juicio, merece una atención particular y hace que este fenómeno cobre especial relevancia desde el punto de vista jurídico y social. En concreto, aunque todavía resultan parcialmente desconocidos (Díaz Jiménez, 2018, 32), los efectos del cambio climático sobre la salud se han revelado mayoritariamente nocivos para el ser humano. Pueden citarse entre otros la mayor frecuencia de desastres naturales y eventos climáticos extremos (tormentas, inundaciones, sequías, tornados), el estrés térmico (olas de frío y de calor), los cambios en los vectores transmisores de enfermedades infecciosas y la aparición de nuevas enfermedades, la reducción de la capa de ozono y el consiguiente empeoramiento de la calidad del aire, o la mayor presencia de contaminación en agua potable y alimentos (Smith *et al.,* 2014). Ello hace que el derecho a la salud reconocido en el artículo 43 CE también se vea comprometido. Su garantía, asociada al cambio climático, supone un nuevo reto para los poderes públicos, que no deben preocuparse únicamente por sus efectos sobre el medio ambiente sino, muy especialmente también, sobre la salud de los ciudadanos [5].

---

[4] Aunque esto último no mejora de forma objetiva el medio ambiente, sí permite garantizar, desde un punto de vista subjetivo, el cumplimiento de unas condiciones medioambientales adecuadas para el desarrollo de la persona, de acuerdo con el mandato constitucional expuesto. En un sentido similar puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, cuando señala que «el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado transcendente, más allá del individual de cada uno. Se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo. En tal sentido ha sido configurado, desde una perspectiva netamente jurídicas y con eficacia inmediata en tal ámbito, como «la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades» (Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, J. O. C. 26 mayo 1972)» (FJ 6.º, subrayado propio).

[5] A nivel de la Unión Europea, no existe un desarrollo normativo comunitario específicamente dirigido a la adaptación al cambio climático. Sin embargo, la competencia genérica de la Unión Europea en materia de protección de la salud humana sí ha servido para apoyar, coordinar y complementar la acción de los Estados miembros en este ámbito. Por ello, aunque su margen de actuación respecto de la adaptación es limitado, la Unión Europea ha adoptado algunas medidas de adaptación como (i) la mejora de la información específica sobre los efectos del cambio climático para la salud y los mecanismos de adaptación al mismo; (ii) la financiación de proyectos de adaptación al cambio climático en relación con la salud;

A este respecto, además del reto que supone el deslinde de competencias entre los distintos entes implicados y la necesaria coordinación entre ellos, surgen dos cuestiones adicionales con trascendencia constitucional. La primera de ellas afecta al derecho a disfrutar de una vivienda digna, reconocido en el artículo 47 CE aunque, como es bien sabido, con una eficacia ciertamente limitada en cuanto principio rector escasamente desarrollado y aplicado en España (Vaquer Caballería, 2018, 194) [6]. La relación del cambio climático con este derecho viene provocada por la necesaria implementación de medidas de adaptación en relación con la edificación y, en especial, con el parque de viviendas existente. Aunque todavía no se ha desarrollado suficientemente, la adaptación al cambio climático pasa, en gran medida, por una remodelación de las viviendas más antiguas y la introducción de nuevos requisitos para la sostenibilidad de las viviendas nuevas. Por ejemplo, se ha detectado que las casas con peor ventilación y con un mal aislamiento se asocian a una mayor tasa de mortalidad y morbilidad durante las olas de calor (Ukar Arrien *et al.,* 2018, 287). También suelen encontrarse en lugares más peligrosos en el caso de eventos climáticos extremos, y necesitan por ello un análisis actualizado de vulnerabilidad y en su caso la adopción de medidas particulares de protección. Todo ello debe integrar el contenido del derecho a la vivienda digna y servir como guía para la actuación de los poderes públicos en este ámbito.

La segunda de estas cuestiones es, si cabe, todavía más acuciante. Se trata de la adecuación de las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático al valor de igualdad proclamado desde el mismo artículo 1.1 CE. Una igualdad que no debe ser únicamente jurídica y formal sino también, dentro de lo posible y con respeto al resto de derechos constitucionalmente prote-

y (iii) la mejora de la coordinación y cooperación entre los Estados miembros; (iv) el establecimiento de sistemas de alerta rápida en relación con alimentos y piensos; o (vi) el establecimiento de redes de vigilancia epidemiológicas y de amenazas transfronterizas graves para la salud y la protección civil (De Miguel Perales *et al.,* 2018, 174). A nivel estatal, algunos ejemplos habituales de medidas de adaptación son los planes de prevención frente a la olas de calor, aunque también deberían incluirse otras ya existentes en jurisdicciones punteras en este ámbito, como Canadá, que incluirían análisis exhaustivos de vulnerabilidad frente a los distintos impactos, guías y principios para fomentar la capacidad de adaptación y resiliencia de otros actores, o la mejora de las políticas de alerta y comunicación de emergencias a nivel nacional (Sánchez Barroso, 2018, 184). Sin embargo, el verdadero peso de la adaptación debe recaer, en muchos aspectos, sobre las entidades locales, puesto que los efectos del cambio climático sobre la salud de las personas varían en gran medida según el área (Wu *et al.,* 2014, 16).

[6] El derecho a una vivienda digna y adecuada debe tener trascendencia para definir, por ejemplo, las condiciones mínimas con las que debe contar una vivienda (baño disponible, superficie suficiente para las personas que lo habitan, etc.) y limitar así la proliferación de las infraviviendas, generalmente en régimen de arrendamiento, que atentan no solo contra ese derecho sino también contra la propia dignidad humana. El derecho a una vivienda digna y adecuada debería excluir, en efecto, todos aquellos recintos o espacios que no reúnan las condiciones mínimas de habitabilidad (Vaquer Caballería, 2018, 194). Se ha suscitado recientemente una polémica similar a este respecto en relación con los llamados pisos-colmena.

gidos, una igualdad material (Aragón Reyes, 2018, 21). Es decir, que persiga la progresiva equiparación de las condiciones sociales para el aseguramiento de un nivel de vida adecuado y digno para todos. Esto hace que deban tenerse muy presentes dos circunstancias a la hora de aprobar cualquier medida de mitigación o adaptación al cambio climático, aunque no siempre se han tenido en cuenta hasta ahora.

Por un lado, los efectos del cambio climático afectan en mayor medida a grupos de población ya de por sí más vulnerables. Por ejemplo, los ancianos, los niños o los enfermos crónicos pero también, de forma quizás menos intuitiva, las familias e individuos con menos recursos (Moragues Oregi & Sánchez-Guevara Sánchez, 2018, 86). En relación con la vivienda, serán generalmente estas personas las que ocupen los edificios más vulnerables y menos adaptados al cambio climático, con mayor impacto de las olas de calor por los bajos niveles de aislamiento térmico y la mala calidad del aire interior (Alam *et al.,* 2016), las que sufran condiciones de pobreza energética que hagan recurrir a fuentes de energía más contaminantes y a la par más peligrosas para su salud (Moragues Oregi & Sánchez-Guevara Sánchez, 2018), y las que se enfrenten a condiciones de salud más precarias, susceptibles de verse agravadas por los efectos de un cambio climático que, en teoría, podría parecer neutral en este sentido pero no lo es. Debe tenerse en cuenta esta situación de vulnerabilidad para reforzar las medidas que afecten a estos grupos.

Por otro lado, las propias medidas de mitigación y adaptación al cambio climático pueden tener un impacto asimétrico sobre los distintos grupos sociales. Lejos entonces de contribuir al carácter redistributivo del sistema, como impondría el valor de igualdad proclamado, estas medidas pueden llegar a tener impactos regresivos que se deben evitar [7]. A pesar de la mejora que supone la elaboración de una memoria de análisis de impacto normativo en la elaboración de normas reglamentarias, deberían incluirse en ella estos aspectos,

[7] Aunque siempre se trata de medidas difíciles de evaluar, cuyo cálculo de coste-beneficio resulta complicado (no solo en términos económicos, sino de cargas a los ciudadanos, salud y medio ambiente), podría verse cierto impacto asimétrico en las recientes medidas de mitigación y adaptación al cambio climático aprobadas por el Ayuntamiento de Madrid en materia de circulación. Por ejemplo, la prohibición de circular determinados días y otras restricciones impuestas a los vehículos más antiguos (que corresponden generalmente a los ciudadanos con menores recursos económicos) o el cierre al tráfico del centro de la ciudad excepcionando los vehículos que ingresan en parkings y los taxis, podrían ir en detrimento de los grupos sociales con menos recursos, que se ven obligados a soportar *de facto* un mayor gravamen para asegurar beneficios que disfrutaremos todos (o que quizás disfrutarán más los grupos de mayores recursos que habiten en las viviendas del centro-ciudad). Un problema similar fue suscitado por la *congestion tax* aprobada en Londres en el año 2003 (y actualmente también en otras ciudades), una tasa por circular o aparcar en la zona centro de la ciudad, de fácil alcance para los bolsillos más pudientes pero no para otros grupos. Los efectos regresivos de la medida trataron de compensarse mediante la asignación de los importes recaudados a la mejora del transporte público (Leape, 2006, 170).

además de completarse con las cada vez más comunes evaluaciones *ex post* de las normas que también deberían medir este impacto para corregir las eventuales asimetrías.

3. RETOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO PARA LA INTERVENCIÓN PÚBLICA: CUESTIONES ABIERTAS EN TORNO A LOS INCENTIVOS Y LAS MEDIDAS DE ORDENACIÓN

Desde la explosión de la potestad reglamentaria de los poderes ejecutivos en todos los modernos Estados constitucionales, la clásica división de los poderes del Estado quedó en gran medida desdibujada. Esta circunstancia ha sido comúnmente aceptada en nuestro Derecho por apelación a la necesaria flexibilidad jurídica frente a realidades cada vez más cambiantes, así como por la prevalencia de principios jurídicos materiales (equidad, libertad, seguridad, etc.) sobre un excesivo encorsetamiento formal. Sin embargo, si en estos casos el principio de división de poderes no se observa estrictamente, debe cobrar especial relevancia la garantía de los derechos fundamentales frente a las actuaciones del poder, para evitar un doble atentado a los postulados del Estado de Derecho.

En el ámbito de la mitigación y la adaptación al cambio climático, estas consideraciones generales tienen especial relevancia puesto que se trata de una materia cambiante, sujeta a la constante actualización de los datos científicos y sociales en juego. De ahí que la intervención de los poderes ejecutivos –tanto en el ámbito regulatorio como en el ámbito estrictamente ejecutivo– haya adquirido un papel preponderante. Esta intervención supone en muchos casos la necesidad de modificar las conductas de los particulares, de forma ágil y en su propio beneficio (por los derechos a la propia salud o al medio ambiente, por ejemplo, a los que hicimos referencia). Por ello, supone un reto a nivel constitucional elucidar la mejor manera de llevar a cabo esta intervención sin vulnerar los derechos fundamentales de los particulares y, en especial, sin una excesiva intromisión en su esfera de libertad.

En este sentido, la doctrina administrativista ha distinguido tradicionalmente distintos campos de intervención: la actividad de ordenación (en concreto, técnicas de información, de condicionamiento y ablatorias); la actividad prestacional o de servicio público, como aquella que consiste en la prestación de actividades de utilidad necesaria para el desenvolvimiento de la vida social; y la actividad promocional o de fomento, como estimulación de las actividades privadas que coinciden con el interés general (Santamaría Pastor, 2000, 260,

263, 310 y 344). Es en esta clasificación donde deben ubicarse las técnicas de intervención en materia de cambio climático, tanto en relación con la adaptación como la mitigación. Y es cierto que muchas de las medidas que se adoptan en estos ámbitos pueden encuadrarse de forma relativamente sencilla en alguna de estas categorías. Por ejemplo, las autorizaciones ambientales, típicas manifestaciones de la actividad de ordenación, o las subvenciones de cierto tipo de energías menos contaminantes, propias de la actividad de fomento, en el ámbito de la mitigación. También, en el ámbito de la adaptación, los incentivos fiscales o las ayudas para la construcción o remodelación de viviendas (medidas propias de la actividad de fomento) o las políticas de comunicación para emergencias y la información sobre nuevos vectores de riesgo ligados al cambio climático, como técnicas de ordenación menos incisivas.

Sin embargo, quedan fuera de la anterior clasificación –o no se acomodan del todo a ella– algunas de las medidas que más modernamente se han propuesto para la modificación de las conductas individuales, especialmente en el ámbito de la salud, y que están llamadas a desempeñar un papel central en la lucha contra el cambio climático. Nos referimos a los llamados *nudges* o «pequeños empujones», definidos en el célebre trabajo homónimo de Sunstein y Thaler que los alumbró como «*any aspect of the choice architecture that alters people's behaviour in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not*» (Thaler & Sunstein, 2012, 6) [8].

Como se desprende de la propia definición de estas medidas, se trata de una intervención que condiciona en alguna medida la actuación de los particulares pero de forma tan leve que no pueda ser considerada como una intromisión en su núcleo de libertad. En ese sentido, se asemejan a las técnicas más leves de ordenación, como las medidas de información a las que hicimos referencia. Sin embargo, también suponen una intervención que fomenta, en positivo, aquellas prácticas y actividades más beneficiosas para los intereses generales (en este caso, la lucha y adaptación frente al cambio climático), por lo que podrían encuadrarse también en las medidas de fomento. Eso sí, sin contenido económico, puesto que de lo que tratan es precisamente de no modificar los incentivos económicos de la decisión individual (en caso contrario, serían

[8] Los *nudges* se definen como «cualquier aspecto de la arquitectura de la decisión que altere el comportamiento de la población de una forma predecible sin prohibir ninguna de las opciones ni cambiar de forma significativa los incentivos económicos. Los *nudges* no son mandatos. Poner la fruta al nivel de los ojos cuenta como *nudge*. Prohibir la comida basura, no» (traducción propia).

una medida pura de fomento en su sentido más tradicional). Lo importante en este tipo de medidas no es tanto imponer un tipo de decisiones a los particulares, ni siquiera condicionarlas en un sentido fuerte del término (de forma que se conviertan en prácticamente inevitables), sino únicamente hacer más cómodas, más visibles o más accesibles aquellas prácticas y actividades que más se acomodan al interés público defendido, sin prohibir ni gravar por ello otras opciones.

Este tipo de medidas ofrecen la flexibilidad necesaria para adaptarse a las situaciones siempre cambiantes derivadas del cambio climático, sin comprometer por ello la esfera de libertad de los particulares ni el núcleo de sus derechos fundamentales. Es por ello que se han denominado como una forma de *paternalismo libertario* en palabras de sus propios autores (Thaler & Sunstein, 2012, 4 y ss.). De esta manera, se evita además que todo el peso de la adaptación y la mitigación recaiga sobre los poderes públicos, como una suma de deberes dentro de sus modernas funciones de garantía y seguridad, sino que involucra también a los particulares como agentes necesarios en dicha tarea (De Montalvo Jääskeläinen, 2018, 60-61), más conscientes y más comprometidos en velar por intereses que, en el fondo, también son los propios, ya sea en materia de salud como de medio ambiente.

En el ámbito específico de la adaptación y la mitigación al cambio climático, los *nudges* podrían concretarse en el ofrecimiento de información más detallada sobre los posibles riesgos enfrentados o la realización de análisis de las vulnerabilidades sociales frente al cambio climático (por grupos sociales o de edad, por zonas, por sectores), de forma que estos riesgos puedan ser más visibles para la población. Otro posible *nudge* sería, como ya existe, el ofrecimiento de números de teléfono más fácilmente memorizables para los servicios de emergencia o la introducción de pequeñas modificaciones en los planes de evacuación para una mejor adaptación al cambio climático. También, quizás, la promoción de simulacros en situaciones ordinarias para preparar respuestas más rápidas a eventuales desastres naturales. O la inclusión de aspectos favorables a la adaptación y mitigación del cambio climático como criterio adicional de adjudicación en la contratación pública, de forma que incentive a los licitadores, aunque sin decantar la elección final del contratista (similar a lo que establece la Ley 17/2011 en materia de seguridad alimentaria y nutrición [9]).

[9] Véase en concreto el artículo 41 de esta Ley: «Cuando liciten las concesiones de sus servicios de restauración, las Administraciones públicas deberán introducir en el pliego de prescripciones técnicas requisitos para que la alimentación servida sea variada, equilibrada y adaptada a las necesidades nutricionales de los usuarios del servicio. Igualmente, supervisarán todo ello, atendiendo a las guías y objetivos

Aunque las primeras medidas parecen menos controvertidas, no ocurre lo mismo con esta última o con otro tipo *nudges* similares, que pueden desincentivar otras actividades con perjuicio patrimonial colateral para los particulares o empresas del sector afectado. Se plantean entonces los límites constitucionales de estas medidas, que no se encuadran dentro de las medidas legislativas (ni tienen por tanto sus garantías) ni, como se vio, en las tradicionales técnicas de actividad administrativa (sometidas, en el caso de las técnicas de ordenación, a la reserva de ley y el principio de legalidad para su otorgamiento, o a los principios de proporcionalidad y favor libertatis en su ejercicio).

En este sentido, uno de los límites que se deben imponer a los *nudges* es que adopten siempre una forma explícita y visible para los ciudadanos, a pesar de que ello pueda generar una mayor resistencia o un menor resultado, si se quiere evitar caer en un *paternalismo ilustrado* (todo para el individuo, pero sin el individuo) o, peor aún, en un condicionamiento social soterrado al más puro estilo orwelliano. ¿Quién podría asegurar si no que el *nudge* en cuestión va dirigido a obtener un fin positivo y acorde con el interés general? ¿Quién podría controlar que se trata del medio más adecuado para conseguirlo? A su vez, otro límite debería consistir en asegurar la participación de los ciudadanos al definir el objetivo pretendido con cada *nudge* y evaluar sus efectos. Sin embargo, la dificultad de ofrecer un *feedback* sobre el impacto de este tipo de incentivos, por su carácter esencialmente optativo (que elimina la resistencia en favor de una opción, teóricamente minoritaria, en contra del mismo), ha sido subrayado ya como uno de sus mayores déficits (Farrell & Shalizi, 2012, 210-211) [10].

---

nutricionales, establecidos por el departamento competente en materia sanitaria. Estos requisitos deberán ser objeto de especial consideración dentro de los criterios de adjudicación del contrato».

[10] Según otros autores, el problema de los *nudges* es que no cambia los valores subyacentes a la decisión de los individuos sino que simplemente les empuja a decidir en un determinado sentido, lo que, cuando el *nudge* desaparezca, carecerá de los efectos duraderos pretendidos (Sandel, 2013, 65). Sin embargo, en línea con lo que hemos apuntado, no creemos que el problema consista en cambiar los valores de los ciudadanos –tarea harto discutible en manos de un Estado que podría modificar entonces los valores para bien, pero también obviamente para mal–, sino de reflejar correctamente esos valores (por ejemplo, una preocupación medioambiental que ya existe en muchos casos, o una preocupación por la salud que a todo el mundo compete) en la adopción de las medidas administrativas correspondientes. Se acomodan así los intereses generales prefigurados por los poderes ejecutivos en su tarea de gobierno a los valores de cada comunidad y sus particulares preferencias sobre el mejor modo de alcanzarlos, según el peso otorgado a cada uno de los valores en juego (libertad sobre igualdad y seguridad o viceversa, medioambiente sobre consideraciones económicas o equilibrio entre ambas, sanidad pública universal frente a un modelo que prime la cobertura de los riesgos propios por cada ciudadano, etc.).

4. RETOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO PARA LA DISTRIBUCIÓN Y REPERCUSIÓN DE RESPONSABILIDADES ENTRE DISTINTOS ENTES TERRITORIALES

El tercer reto al que haremos referencia tiene una relación más directa con las políticas de mitigación al cambio climático, puesto que afecta especialmente a las obligaciones que los Estados adoptan en el ámbito internacional. Estas obligaciones implican cargas libremente asumidas por los Estados, que éstos pueden llegar a percibir sin embargo como contrarias a sus intereses económicos en un contexto cambiante, al menos en el corto plazo. Es por ello que surge en el seno del Derecho internacional la necesidad imperiosa de asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas o, en caso de incumplimiento, garantizar una sanción adecuada para ello. En el ámbito interno, esta situación ya se ha producido en relación con el cambio climático en los Países Bajos, por no cumplir con los objetivos asumidos internacionalmente en relación con el límite de emisiones para su mitigación (Hesselman & Toebes, 2015, 8), así como en otros Estados, como India, Pakistán, Irlanda, Nueva Zelanda o Estados Unidos (De Montalvo Jääskeläinen, 2018, 75).

Surge entonces un problema que ha podido observarse en relación con otro tipo de responsabilidades, como las derivadas de incumplimientos del Derecho de la Unión Europea, del Convenio Europeo de Derechos Humanos o, más recientemente, de los Tratados internacionales ratificados en materia de protección de inversores [11]. Se trata de la divergencia existente entre una sociedad internacional cimentada sobre la división territorial en Estados y unos Estados cuya realidad interna resulta generalmente mucho más compleja. Especialmente en aquellos, como España o Italia, cuya estructura territorial se encuentra fuertemente descentralizada, o los que optaron directamente por un modelo federal.

En todos estos Estados cabe la posibilidad de que una acción u omisión que contravenga alguna obligación internacional a sea materialmente atribuible a una entidad territorial interna de ámbito inferior [12]. A este respecto, tanto el De-

[11] Se trata de un ámbito en el que España se enfrenta actualmente a posibles responsabilidades millonarias por un supuesto incumplimiento de la confianza de los inversores internacionales en el sector de las energías renovables. El Abogado General del Estado-Director de los Servicios Jurídicos declaró que «*la cuantía reclamada supera los 7000 millones*» de euros (López Álvarez, 2017, 9). Destaca el asunto *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg* S. A. R. I. v. *Reino de España* (Caso CIADI N.º ARB/13/36) en el que España fue condenada al abono de una indemnización de 128 millones de euros.

[12] Por ejemplo, en el asunto *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España* (Caso CIADI N.º ARB/97/7) España fue condenada por una vulneración del APPRI existente entre Argentina y España por parte de SODIGA, una entidad público-empresarial perteneciente a la Comunidad Autónoma de Galicia.

recho internacional como el Derecho de la Unión Europea señalan que, cuando esto ocurra, solo el Estado puede ser declarado responsable (art. 260 TFUE; Crowford, 2012, 547-548). Sin embargo, el Derecho interno de los Estados no ha resuelto todavía de forma plenamente satisfactoria cómo actuar entonces respecto del ente territorial responsable de los hechos, ni cómo asegurar su participación en el procedimiento externo (internacional o de la Unión Europea) donde se dirimen las circunstancias del incumplimiento en cuestión.

Es por ello que algunos Estados han implementado –a veces incluso con reflejo constitucional– instrumentos jurídicos que permiten (i) la distribución de responsabilidades entre los entes territoriales centrales y las demás entidades territoriales del Estado y (ii) su posterior repercusión económica a estas últimas tras el abono de la sanción internacional por parte del Estado. Es el caso por ejemplo de Italia [13] o Alemania [14]. Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo en España, salvo en lo referido a los incumplimientos de Derecho de la Unión Europea (véase a este respecto el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea) [15]. Este procedimiento de repercusión de responsabilidades del Esta-

[13] El actual procedimiento de repercusión de responsabilidades está previsto únicamente para las responsabilidades derivadas de incumplimientos de Derecho de la Unión Europea o de violaciones de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos. Este régimen reconoce al Estado el ejercicio de poderes de sustitución, normativos y ejecutivos, para evitar o reparar este tipo de incumplimientos, así como la posible aplicación supletoria de la normativa estatal. Algunos autores ponen de manifiesto la contradicción entre la existencia de estos poderes sustitutivos del Estado y la exigencia de responsabilidad posterior, vía repercusión, a los entes territoriales inferiores (Bertolino, 2013). En Italia, el Estado debe además intentar llegar a un acuerdo con la entidad materialmente responsable del incumplimiento sobre la cuantía de la responsabilidad, los posibles modos de pago y el plazo para hacerla efectiva. Se ha subrayado entonces la necesidad de definir con mayor precisión estos criterios, de forma objetiva para cada supuesto (Conferenza unificata delle regione e delle province autonome, 2016).

[14] Alemania regula desde el año 2006 la distribución de responsabilidades entre la Federación y sus Länder en caso de incumplimientos de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional. Estableció así dos criterios generales para la atribución de responsabilidades: (a) la distribución interna de competencias y tareas entre la Federación y los Länder, es decir, del ámbito competencial al que afecte el incumplimiento; y (b) la contribución de cada región y de la Federación al incumplimiento particular. Además de estos criterios generales, el sistema de repercusión alemán fijó unos porcentajes de distribución fijos para determinados supuestos. Para hacer efectiva la distribución de responsabilidades, estableció el derecho de reembolso de la Federación frente a los Länder. Sin embargo, no estableció ningún procedimiento específico al efecto. En todo caso, el ordenamiento jurídico alemán garantiza la participación de los Länder en los procedimientos por incumplimiento celebrados ante el TJUE, a través del *Bundesrat*, la cámara de representación territorial (§ 7 de la Ley de cooperación entre la Federación y los Länder en materia de la Unión Europea –*Gesetz* über *die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union* o EUZBLG–).

[15] Hasta diciembre de 2013, no existía en España ninguna referencia normativa a la repercusión de responsabilidades derivadas de incumplimientos de Derecho internacional hacia las Comunidades Autónomas o entidades locales a las que tales incumplimientos pudieran ser materialmente atribuibles. Sin embargo, por virtud de Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el

do a las Comunidades Autónomas o a las entidades locales, así como el eventual procedimiento de repercusión que pudiera establecerse por incumplimientos de Derecho internacional (singularmente en relación con el cambio climático), presenta retos relevantes desde el punto de vista del Derecho constitucional, especialmente para garantizar el principio de autonomía de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, también en su vertiente financiera (arts. 156 y 142 CE respectivamente).

Actualmente, este principio puede verse comprometido por el escaso margen de intervención reconocido a dichas entidades en el procedimiento de distribución y repercusión de responsabilidades regulado en el citado Real Decreto 515/2013 para los incumplimientos de Derecho de la Unión Europea [16]. Ello se ve agravado por la ausencia de participación de estas entidades en el procedimiento inicial de declaración de responsabilidad, judicial o arbitral, a nivel internacional o de la Unión Europea, cuya resolución vincula sin embargo al Consejo de Ministros para la repercusión interna (art. 4.2 del Real Decreto 515/2013) [17].

---

sector público fue modificado el artículo 8 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, relativo al principio de responsabilidad, para incluir este tipo de supuestos. La Ley Orgánica 9/2013 también modificó, en idéntico sentido, la Disposición Adicional 2.ª de la Ley Orgánica 2/2012, referida inicialmente a la repercusión de responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea y que, tras la reforma, también contempla la repercusión de responsabilidades derivadas del incumplimiento de obligaciones de Derecho internacional. Sin embargo, no existe un procedimiento adecuado para hacer efectiva esta repercusión de responsabilidad, puesto que el Real Decreto 515/2013 no fue modificado ni se aprobó una norma equivalente para los incumplimientos de Derecho internacional.

[16] Así lo han subrayado las propias entidades locales y las Comunidades Autónomas, así como buena parte de la doctrina (Andrés Saénz de Santa María, 2013, 69). En concreto, (i) los plazos de alegaciones y de audiencia son especialmente breves; (ii) tanto el órgano instructor como el decisor pertenecen a la Administración General del Estado, que se constituye así en verdadero «juez y parte» (Cienfuegos Mateo, 2014, 86); (iii) los informes requeridos se emiten -todos- a nivel estatal; y (iv) las pruebas aportadas por las Comunidades Autónomas o las entidades locales pueden ser inadmitidas por el órgano instructor en algunos casos. Además, el Real Decreto 515/2013 prevé mecanismos de repercusión forzosa de responsabilidad por parte de la Administración General del Estado si no se produce el pago voluntario del importe derivado de la responsabilidad declarada (art. 17). El Consejo de Estado ya advirtió sobre la necesidad de establecer garantías procedimentales para la intervención de las Comunidades Autónomas y las entidades locales cuando fuera regulado este procedimiento, en su completo Informe sobre las garantías para el cumplimiento del Derecho Comunitario, de diciembre de 2010 (Consejo de Estado, 2010, 284-308), pero estas garantías no se han materializado del todo en el Real Decreto 515/2013, ni se encuentran reguladas para los incumplimientos de Derecho internacional.

[17] Se han mencionado también otras críticas al procedimiento de repercusión vigente para los incumplimientos de Derecho de la Unión Europea. Por ejemplo, debería haber sido regulado por Ley debido a la importancia de la materia, los mecanismos coactivos contemplados y la regulación de criterios para la imputación de responsabilidad (Consejo de Estado, 2013; Cienfuegos Mateo, 2014, 84). Además, no contempla la «*responsabilidad descendente*», es decir, aquellos casos en los que la actuación del Estado causa perjuicios patrimoniales a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales como consecuencia de un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea únicamente imputable al Estado (Martín Delgado, 2016, 85). Según el Consejo de Estado, este reproche quedaría salvado por las normas de responsa-

En relación con estas cuestiones, el Tribunal Constitucional ha manifestado, de forma reiterada, que el procedimiento de repercusión de responsabilidades en el ámbito del Derecho de la Unión Europea (no así para el Derecho internacional que, como se dijo, no se encuentra regulado ni ha motivado por tanto ninguna resolución al respecto), es un mero «sistema[s] de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera», que carece por ello de naturaleza sancionadora o reparadora [18]. Sin embargo, esta catalogación como sistema de naturaleza no sancionadora ni reparadora no resulta del todo satisfactoria [19]. Por ello, debería revisarse el procedimiento vigente para la repercusión de responsabilidades derivadas del Derecho de la Unión Europea y tener en cuenta estas objeciones para regular, además, un procedimiento similar de repercusión de responsabilidades en el caso de incumplimiento de Derecho internacional, que incluirían en este caso los incumplimientos en el ámbito de la lucha contra el cambio climático.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alam *et al.* (2016), «Modelling the correlation between building energy ratings and heat-related mortality and morbidity», *Sustainable Cities and Society*, 22, 29-39.

Andrés Sáenz de Santa María, P. (2013), «Comunidades autónomas y repercusión económica ad intra de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimien-

bilidad concurrente, en atención a criterios de «competencia, intensidad de la intervención, participación en la financiación asignada y la reiteración» o, en último caso, a partes iguales entre las Administraciones implicadas (Consejo de Estado, 2013), aunque entendemos que no de manera suficientemente clara. Por último, deberían incluirse otros criterios para determinar la responsabilidad concurrente de otras Administraciones Públicas, como por ejemplo la culpa in vigilando o la defectuosa defensa procesal en el procedimiento ante las instituciones europeas (Martín Delgado, 2016, 85). A ello se suma una cuestión no menor, como es la ausencia de una norma reguladora de la distribución de costas, en especial en relación con los procedimientos arbitrales donde se devengan, entre otros, los honorarios de los árbitros y de los abogados de las partes, los gastos de la corte de arbitraje y los gastos de peritaje, traductores, relatores, secretarios y otros estipendios asociados, que pueden ascender a cuantías millonarias (véase por ejemplo el caso *Charanne B. V. y Construction Investments S. A. R. L. v. Reino de España* (Arbitraje N.º: 062/2012 o el ya citado *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S. A. R. I. v. Reino de España* (Caso CIADI N.º ARB/13/36).

[18] Véanse por ejemplo las Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional 31/2016, de 18 de febrero, o 70/2016, de 14 de abril.

[19] En concreto, el contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento de repercusión previsto en el Real Decreto 515/2013 parece más propio de un acuerdo sancionador (aunque entre Administraciones Públicas), que de un simple mecanismo de distribución de gastos. Además, el Real Decreto 515/2013 prevé la posible adopción de medidas provisionales para asegurar la efectividad de la repercusión (art. 10), como en cualquier procedimiento sancionador. También se asegura la separación entre el órgano instructor y el órgano encargado de declarar la repercusión de responsabilidad (art. 7 del RD 515/2013). Por último, en la regulación de los supuestos de responsabilidad concurrente se incluye el criterio de reiteración (art. 5.1 del RD 515/2013) que nuevamente es más propio del Derecho sancionador que de la simple distribución de gastos o de responsabilidad.

to ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista catalana de dret públic*, 47, 40-60.

Aragón Reyes, M. (2018), «Artículo 1», en Muñoz Machado, S. (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Barcelona, Crítica.

Beck, U (1986), *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Fráncfort del Meno.

Bertolino, C. (2013), «Il diritto di rivalsa dello Stato: un «debole» deterrente alle violazioni del diritto comunitario», *Le Regioni, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, 2, 283-318.

Carrillo Salcedo, J. A. (2005), *Permanencia y cambios en derecho internacional: discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Juan Antonio Carrillo Salcedo, sesión del 10 de mayo de 2005*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Cienfuegos Mateo, M. (2014), «La repercusión en España de las sanciones impuestas al Estado por infracciones del Derecho de la Unión Europea: desarrollos normativos y jurisprudenciales recientes», *Revista Vasca de Administración Pública Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 98, 49-96.

Conferenza Unificata delle regioni e delle province autonome (2016), *Posizione sulle problematiche concernenti la procedura di rivalsa a carico delle amministrazioni responsabili per le sanzioni inflitte all'Italia dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza del 2 dicembre 2014 Causa C-196/13, per violazioni della normativa in materia di rifiuti –discariche abusive-, ai sensi dell'art. 43, comma 9-bis, della Legge n.º* 234 del 2012*,* obtenido de http://www.dirittounioneeuropea.eu/images/1_DOC_053703_P._8_CU_REGIONI.pdf

Consejo de Estado (2010), *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario*.

— (2013), *Dictamen de 13 de junio, exp. 569/2013, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*.

Crowford, J. (2012), *Brownlie´s Principles of Public Internacional Law*, 8.ª Ed., Oxford University Press, Oxford.

De Miguel Perales, C., Sánchez Barroso, B. & Fernández Cobo, B. (2018), «Medidas de adaptación al cambio climático en materia de salud en la Unión Europea», en De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

De Montalvo Jääskeläinen, F. (2018), «Medidas para la promoción de la salud pública desde una perspectiva jurídica: información, incentivos y prohibiciones», en De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Díaz Jiménez, J. (2018), «Introducción», en De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Farrell, H. & Shalizi, C. (2012), «Pursuing cognitive democracy», en Allen, D. & Light, J. S. *From Voice to Influence: Understanding Citizenship in a Digital Age*, University of Chicago Press, Chicago.

Fernández Segado, F. (1992), «La dimensión axiológica del Derecho constitucional», Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 1, 15-34.

Hesselman, M. & Toebes, B. (2015), «The human right to health and climate change: a legal perspective», *Global Health Law Working Paper*, Universidad de Groningen, 1-29.

López Álvarez, E. (2017), «Eugenio López Álvarez, Entrevista al nuevo Abogado General del Estado», *Abogados del Estado. Revista de la Asociación*, 44.

Lozano Cutanda, B. (2018), «Artículo 45», en Muñoz Machado, S. (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Crítica, Barcelona.

Martín Delgado, I. (2016), «La repercusión de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en el contexto del Estado Autonómico», *Revista de administración pública*, 199, 51-91.

Moragues Oregi, J. L. & Sánchez-Guevara Sánchez, C. (2018), «Pobreza energética y vulnerabilidad frente a las olas de calor», en De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Paulus, A. (2013), «Globalización en el Derecho constitucional», trad. I. Gutiérrez, en Stolleis, M., Paulus, A. y Gutiérrez Gutiérrez, I., *El Derecho constitucional de la globalización*, Fundación Coloquio jurídico europeo, Madrid.

Sánchez Barroso, B. (2018), «Adaptación al cambio climático y salud en Estados Unidos y Canadá», en De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Sandel, M. J. (2013), *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado*, Penguin Random House España, Barcelona.

Santamaría Pastor, J. A. (2000), *Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, (2.ª ed.)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Smith, K. R. *et al.* (2014), Human health: impacts, adaptation, and co-benefits, en Field, C. B. *et al.* (eds.), *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (pp. 709-754), World Meteorological Organization, Ginebra.

Sunstein, C. & Thaler, R. H. (2012), *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin UK, Londres.

Ukar Arrien, O., Ortiz Marco, S. & Sánchez-Guevara Sánchez, C. (2018), «Medidas de adaptación para el entorno construido», en De Montalvo Jääskeläi-

nen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Vaquer Caballería, M. (2018), «Artículo 47», en Muñoz Machado, S. (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Crítica, Barcelona.

Wu, J. *et al.* (2014), «Estimation and Uncertainty Analysis of Impacts of Future Heat Waves on Mortality in the Eastern United States», *Environmental Health Perspectives* 122 (1), 10-16.

PARTE 3

LA SEGURIDAD Y LA LEGALIDAD SANCIONADORA

EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD EN PERMANENTE REDEFINICIÓN

Enrique Guillén López*
Universidad de Granada

«La seguridad es una necesidad esencial del alma. Significa que no está bajo el peso del miedo o del terror salvo como consecuencia de un concurso de circunstancias excepcionales y por breves y escasos momentos. El miedo o el terror, como estados duraderos del alma, son venenos casi mortales, ya sea su causa la posibilidad de despido, la represión policial, la presencia de un conquistador extranjero, la espera de una invasión probable o cualquier otra desgracia que sobrepase las fuerzas humanas (…)

El miedo permanente, incluso en estado latente –cuando solo raramente produce sufrimiento–, constituye siempre una enfermedad. Es una hemiplejía del alma.»

Simone Weil (2014, 44) 1

SUMARIO: 1. Seguridad. 2. Derechos fundamentales. 3. Seguridad y Derechos. 4. Una recapitulación. 5. Referencias bibliográficas.

* Estas reflexiones se inscriben en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-77924-P, «Los Derechos Fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado» (MINECO 2016)

1. SEGURIDAD

La vinculación de la noción de seguridad con el Estado es originaria lo que nos lleva a que se aprecie idéntico vínculo con el concepto de constitucionalismo.

Efectivamente, el Estado moderno surge como estructura capaz de racionalizar a los enfrentamientos físicos entre las personas. Se nos aparece en la conocida construcción de Hobbes (Leviatán) como un engendro necesario para poner freno a las guerras civiles, una figura del pensamiento religioso que es plenamente humanizada por cuanto es la razón la que exige al gran monstruo (Malherbe, 2001, 357-366. Sobre el contenido épico de la teoría hobbesiana se remite a Wolin, 2005)

De otro lado, resulta propio de la traslación de cánones científicos al pensamiento político derivar consecuencias predecibles de la conducta humana. Si el hombre es un lobo para el hombre hay que interrumpir esta relación binaria a través de un nuevo ser artificial capaz de traer e imponer la paz. El Estado nace, entonces, para que el ámbito de la vida y la muerte se independice un tanto de las relaciones de fuerza intersubjetivas, para desterrar la naturaleza, que es violencia. La expulsión del Edén nos dejó en la sociedad y necesitamos algo que establezca el orden. En ese contexto sincrético de pensamiento religioso y científico, comienza a ganar terreno el segundo y el Leviatán no se nos impone de forma absoluta e incontestable; al contrario, es una divinidad escogida de entre las abstrusas páginas de los textos religiosos (Biblia, Talmud) para poder exigirle; una divinidad servicial, en definitiva. Surge como un «para qué» –no como un fin en sí mismo– y de ahí que junto con él se erijan cautelas destinadas a encaminarlo por el recto carril (una lectura de Hobbes que éste no aceptaría, Malherbe, 365. La prueba definitiva del ingreso de un autor entre los clásicos). Como escribe Morgan (1988, 21) «La atribución de la divinidad al rey probablemente siempre haya estado motivada, en cierta medida, por el deseo de constreñirlo a acciones dignas de un dios». ¿Y si Dios no imparte justicia y no otorga seguridad? El que llega a esta pregunta ya sabe la respuesta (Wittgenstein en el *Tractatus* 6.5, Eilemberger, 2019, 27) y no es difícil intuir lo que está en el seno de los monarcómacas o el derecho de resistencia: la división de poderes, la posibilidad de la revolución y los derechos fundamentales. Montesquieu acaba la primera categoría antes de que las dos segundas entren en erupción de forma prácticamente simultánea (1787/1789).

Pero antes de que el poder sea dividido y la revolución cambie la categoría de súbdito por la de ciudadano hemos de retrotraernos de nuevo y recordar que en la gran mayoría de los Estados (salvemos a Inglaterra, no en vano cuna

del gobierno representativo y del parlamentarismo) es el principio monárquico, concentración suprema de la soberanía bodiniana en un Cuerpo (Kantorowicz, 2012) el que logra de manera más perfecta unificar la categoría de los agresores potenciales en torno a la categoría «súbdito». Y en el ámbito externo, el Estado más seguro también es el más agresivo –el que utiliza la fuerza para expandir sus fronteras obteniendo más recursos– en una escala ascendente que tiene como objeto la reducción de toda oposición interior y exterior. En este paradigma del Estado moderno unos obtienen seguridad a cambio de obediencia, los súbditos; y otros no tienen expectativas de seguridad alguna porque su sentido es perecer para poder seguir el proceso de acumulación ilimitada del poder real: son los enemigos, los extranjeros. Creo que no es difícil encontrar aquí las raíces más profundas de una frase tan citada como a veces solo superficialmente entendida: «la esencia de lo político es la distinción entre amigo y enemigo» (Schmitt, 1999, 56).

El Estado se declina siempre, por tanto, en relación con la seguridad lo que también se aprecia de forma evidente cuando se considera el proceso evolutivo que lleva a que se juridifique de forma prácticamente plena su forma de expresión. El proceso de conversión del Estado en Estado de Derecho lleva a que se eleve la seguridad a un nuevo estadio. Porque no existe el derecho sin previsibilidad lo que exige la observancia de otra serie de principios dando lugar finalmente a un orden jurídico formalmente legítimo (Balaguer, 1991, 88). Así cabe entender lo que señala el TC español muy tempranamente en la Sentencia 27/1981 (FJ 10): «la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad». La seguridad es, pues, epítome del derecho.

Pero la seguridad no es solo fundamento del Estado y su epítome cuando se destierra la nuda voluntad del Monarca como fundamento del derecho sino también una salvaguarda de las posiciones individuales de las personas. Resulta, en efecto, una noción que acompaña a las declaraciones en las que se enuncian los límites del poder estatal y se garantizan las posiciones individuales de las personas. La seguridad aparece con este contenido en las Cartas de Derechos. Y así, por ejemplo, el artículo 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano destaca: «*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*». Previamente

ya había comparecido en términos similares en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 que añadía, a su vez: «que de todas las formas y modos de gobierno, es el mejor el más capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad, y el que está más eficazmente asegurado contra el peligro de un mal Gobierno». Felicidad y seguridad, dos conceptos vinculados a percepciones, y por tanto a experiencias subjetivas. Categorías difíciles de manejar por el derecho.

Sin embargo, en la fórmula prevista en el artículo 2 de la DDHC ya es apreciable al menos una dualidad (si no una trinidad) que va a reservar diferente futuro a los términos que se encuadren en cada una de las categorías. En la primera –la de los derechos que se acuñarán de modo tendencialmente completo– se cuenta el de propiedad, erigido como una de las claves de bóveda desde las que entender todo el sistema jurídico. No en vano la Revolución francesa es una revolución burguesa. La libertad integraría el segundo grupo, una facultad que da nombre al paradigma jurídico, político y cultural dominante, el liberalismo, pero que presenta enormes dificultades a la hora de encontrar una definición que armonice sus contradictorias acepciones. La libertad va a ser finalmente concretada en libertades y estas a su vez pueden ser restringidas de acuerdo con otros valores o principios igualmente valiosos para la subsistencia social. Y finalmente nos encontraríamos con que la *sûreté* o *securité* (que tienen acepciones diferentes, lo cual es más adecuado de cara a reducir la polisemia observada) o la *resistence à l'opression* no adquieren tanta sustantividad en el decurso jurídico posterior si bien han vuelto a la palestra hace relativamente poco. La segunda bajo la forma de la figura de la desobediencia civil o la objeción de conciencia. La seguridad adquiriendo una pretensión de convertirse en auténtico derecho fundamental autónomo.

Y es que, en efecto, la seguridad, desde luego, no pasó a tener un contenido autosuficiente comparable al atribuido a la propiedad, ni siquiera al de la libertad. Antes bien, de inmediato se comprendió la tensión entre libertad y seguridad; resultó evidente que la seguridad –que era la justificación del Estado– solo sería posible con los instrumentos de los que el mismo Estado disponía y que no cabía descartar que fueran utilizados para ampliar su dominio sobre las personas en vez de garantizar sus derechos. La comprobada realidad de que el poder es tendencialmente abusivo y por ello necesitado de control lleva a la ideología constitucional más garantista a apostar por la idea de derechos concretos que pudieran servir para aquietar las extralimitaciones. La seguridad prestaba poco apoyo en este empeño. No desaparece del discurso pero siempre se pone de manifiesto la ontológica relación conflictiva que hay con los derechos y libertades y se presenta como el resultado de la garantía efectiva de estas últimas. No es,

pues, alegable un derecho a la seguridad. La seguridad es el resultado del funcionamiento armónico del sistema de derechos fundamentales. Lo dice con toda claridad nuestro Tribunal constitucional analizando dogmáticamente el derecho del artículo 17 de la CE, que se refiere a los derechos a la libertad y a la seguridad, de modo tal que el segundo se deja sin sustantividad. Concretamente señala: «El derecho que consagra el art. 17 es un derecho a la seguridad personal y por consiguiente a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas de detención o de otras similares» (STC 126/1987 FJ 4). Esta es una expresión que condensa bien el entendimiento generalizado de la seguridad, especialmente en el admirable período que se abre tras la Segunda Guerra Mundial y que se cierra con los atentados a las Torres Gemelas y la secuencia de actos terroristas a los que da pie. A partir de aquí, se trastocan todos los esquemas básicos: desde la primacía absoluta de los derechos fundamentales, a la dialéctica normalidad–excepcionalidad como paradigmas de intervención en el ámbito de la seguridad. Así las cosas, la seguridad vuelve a tener un papel completamente definitorio de las políticas públicas y los Estados, asustados, asediados –de forma completamente lógica, por lo demás– recuerdan su nacimiento en un contexto, además, en el que ya han perdido mucho control, mucha soberanía, por ese proceso de difuminación de fronteras llamado «globalización» que la UE acentúa en el marco regional europeo.

A mi juicio resulta interesante resaltar en que la globalización tiene como una de sus más evidentes manifestaciones el debilitamiento del Estado. En efecto, es patente la caída en desgracia de la idea de Estado intervencionista e incluso la misma de Estado social (por más que algunos textos constitucionales, como el nuestro sigan denominando así al Estado) en favor del Estado regulador (Parejo, 2016) que ya no actúa directamente para proveer de bienes y servicios, sino que limita su intervención a la mera ordenación de la actuación de los poderes privados, considerados como óptimos para garantizar los intereses generales. La famosa «sociedad civil», su éxito como idea hecha realidad, ha implicado un proceso de adelgazamiento claro de los Estados. Estos, entre las urgencias de la globalización, la cada vez mayor dimensión supranacional de las políticas y el principio de subsidiariedad horizontal se han reconfigurado (algunos dirán desfigurado); en particular en ciertos sectores que habían venido definiendo tradicionalmente su actuación, especialmente en la política económica, financiera y monetaria. La moneda ya no les pertenece (salvo a los británicos. *Mary Poppins*: «mientras resista la libra inglesa, Inglaterra resistirá.»).

Servicios como la sanidad, la educación, los medios de comunicación, son prestados, cada vez en mayor medida, por operadores privados –lo que

adicionalmente supone que la socialización política ya no es controlada por los poderes públicos a quienes se les supone una voluntad emancipadora ajena a la lógica del beneficio.

Así las cosas, parece que el Estado queda vinculado en exclusiva a su acepción weberiana: «detentador de la violencia legítima» (Weber, 1984, 43-44). El Estado será quien proteja nuestras fronteras (aunque la elección de medios disuasorios de la violación de las mismas ya no es inmune a las decisiones jurisdiccionales que aseguran el respeto a los derechos humanos. La soberanía vuelve a batirse en retirada. STEDH *AS. N. D. y N. T. c. España*, de 3 de octubre de 2017) y quien nos proteja frente al delito común y al terrorismo. El Estado, que presenta cada vez más debilidades en su capacidad de gobernar (el propio concepto de gobernanza refleja estas dificultades), asediado por un entorno político que le sobrepasa, actuando en un modelo económico con el que no puede competir, se repliega a sus esencias, al nudo poder sobre las personas para afirmarse. El Estado es sobre todo, entonces, seguridad. Las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado son el Estado –además de un importante nicho de empleo público en tiempos de crisis económica. Con la radicalidad que le caracteriza ha podido escribir Zizek (2014, 148): «¿realmente el Estado está retirándose actualmente (con el advenimiento de la alabada desregulación liberal)? O por el contrario, ¿no es la guerra contra el terror la más firme afirmación de la autoridad del Estado? ¿No estamos asistiendo a una movilización, desconocida hasta ahora, de todos los aparatos del Estado (represivos e ideológicos)».

Es por ello que resulte necesario rearticular el discurso sobre la seguridad; para que la añoranza de lo que supone no nos lleve hacia caminos que nunca podemos dar por definitivamente superados. En particular tenemos que pensar en acotar jurídicamente su contenido porque, como hemos visto, resulta ser un concepto tan maleable como peligroso. El primer apunte será un breve epígrafe levemente irónico sobre la noción de «derecho». El segundo pensará en formas en las que derecho y seguridad se han conjugado o pueden conjugarse.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES

Los Derechos fundamentales son una categoría enormemente problemática. Es compleja su mera enunciación, es ocasionalmente difícil la determinación de su titularidad y también requiere de esfuerzos conceptuales importantes la precisión de sus garantías.

En lo que se refiere a lo primero, ha de trabajarse sobre lo cerrado o abierto del catálogo de derechos; sobre las posibilidades de incluir facultades establecidas en las normas como auténticos derechos gracias a la figura de los derechos de remisión legal (art. 23.2, por ejemplo); o sobre quien es el que puede afirmar su fundamentalidad (cuáles son los Tribunales habilitados y en qué condiciones pueden generalizarse estrategias creativas como las que llevaron al TC español a establecer la autonomía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, STC 292/2000). No olvidemos mencionar, por último, que llevar armas es un derecho fundamental garantizado en la Segunda Enmienda de la Constitución Norteamericana.

Respecto de la titularidad quedan abiertas cuestiones fundamentales y en particular hay que trabajar sobre categorías como la nacionalidad, los derechos de los grupos e incluso procedería responder al reto de entender como sujetos de derechos a los animales no humanos.

En cuanto a sus garantías resulta necesario terminar de precisar la eficacia de las sentencias de los Tribunales que protegen los derechos, en especial cuando estos están transitando de la internacionalidad a la supranacionalidad –como es el caso del TEDH– porque no es lo mismo atribuir carácter declarativo o ejecutivo a sus sentencias.

Además el tratamiento de la materia derechos fundamentales exige que se aborde de una manera desprejuiciada, o más bien poniendo en solfa ciertos prejuicios que a veces circulan sin demasiado fundamento. El primero de estos prejuicios es el que llamaría «cuántos más mejor». No es cierto que más derechos supongan mejor garantía de las posiciones jurídicas merecedoras de protección. Esto es de todo punto evidente si se piensa en que atribuir un nuevo derecho a la seguridad tiene riesgos para la protección de otras libertades. Piénsese igualmente en las consecuencias de reconocer un pretendido derecho a tener hijos biológicos. A mi juicio, tal derecho representaría una afrenta al sistema de derechos fundamentales entendido como un todo que ha de ser interpretado sistemáticamente y que descansa en una idea de dignidad humana. La dignidad, esto es, la negativa a reconocer jurídicamente que una persona pueda prestarse a ser un instrumento en una acción tan definitoria de su vida como la que tiene que ver con la reproducción, debería conjurar toda expectativa de convertir en un derecho lo que no es sino una posición de fuerza (normalmente económica) que además se impone en exclusiva sobre un género, ya que solo la mujer puede, de momento, ser la gestante. El mero debate sobre si tal derecho existe ya muestra una patología en el entendimiento de los derechos que de alguna manera ya venía anunciada por Duguit (1909), en el ámbito jurídico, y por otros autores como Simone Weil (2014), desde el punto de vista de la filosofía. Tiene que ver con

una exacerbación del individualismo extremadamente peligrosa. También cabe encuadrar aquí una cuestión problemática aunque desde la estricta lógica jurídica tiendan a minusvalorarse sus consecuencias. Me refiero a que atribuir nuevos titulares a un derecho conocido supone asimilar los últimos a quienes habían venido detentándolo. E igualar lo que no es igual –aunque como acabo de señalar es difícil de contrarrestar ya que el TC, entre otras muchas, señala en la STC 198/2012, relativa al matrimonio de personas del mismo sexo, que no hay derecho a un trato diferente– supone una posible ruptura de pautas e instituciones culturales que no es posible minusvalorar. Piénsese en que se permita el matrimonio entre personas y animales. ¿Sería una ganancia en términos civilizatorios? Cualquier cosa menos inane sería esta ampliación de los posibles contrayentes en la institución matrimonial.

Otro tanto es el que se arroba ante la mayor protección. Reconocer más contenido (esto es, más inmunidad al titular) a un derecho –pongamos por caso, la tutela judicial efectiva– puede suponer una desprotección de otros valores constitucionales de la mayor importancia, como la propia integración europea, por ejemplo, según se desprende de la jurisprudencia Melloni (TJUE C-399/11). Otro ejemplo bien patente se aprecia si se reconociera un contenido tal a la libertad de manifestación que convirtiera en ilegítimas las restricciones a las algaradas frente a las instituciones parlamentarias. El propio derecho al libre ejercicio del cargo público representativo no estaría suficientemente asistido, con las consecuencias nefastas que ello supondría para la propia democracia. El último exponente con el que se quiere justificar esta posición es el socorrido ejemplo de las libertades de información y expresión respecto de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Proteger más los primeros pone difícil la efectividad de los segundos y viceversa.

Y el tercero tiene que ver con la idea de que toda verdadera protección requiere derechos. La fortuna alcanzada por la palabra «derechos» ha llevado a que el lenguaje vulgar apenas conciba otra forma de expresar la fortaleza moral de una posición que no pase por atribuirle esa capacidad que, entre otras, el derecho depara a los bienes jurídicos dignos de protección –sin reparar que todos los derechos son bienes dignos de protección pero que en cambio no todos los segundos son titulares de los primeros como se aprecia de forma palmaria en la STC 53/1985 en su referencia al *nasciturus*. Así no es raro oír o leer que la naturaleza o la familia tienen derechos, que hay que preservar los derechos de las generaciones futuras o que los animales no humanos no pueden estar excluidos de los derechos. Parece, por tanto, que solo el derecho subjetivo permite una necesaria protección. Algunos juristas hemos caído en este lugar común sin darnos cuenta de que es posible proteger el medio am-

biente sin necesidad de que el ecosistema tan maravillosamente contado por Humboldt (Wulf, 2016) tenga subjetividad. La protección heterónoma puede lograr el loable objetivo pretendido. No es necesario que se pueda personar un río e instar una acción judicial tendente a frenar su deterioro. E igual ocurre con la familia o la universidad, que son instituciones y que como tal tienen garantizada su posición a partir de la garantía que les reconoce la Constitución y que frena la normativa que las desfigura (Cidoncha, 2009). Y las generaciones venideras también están protegidas sin necesidad de que vengan desde el futuro a plantear un recurso de amparo. La estabilidad presupuestaria del artículo 135 CE, por ejemplo, busca la sostenibilidad del sistema económico teniéndolas, por tanto, de referente ideal. Los animales no humanos, seres sintientes (Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomada en consideración por unanimidad el 13 de diciembre de 2017) o sensibles (art. 13 TFUE), no necesitan ser asimilados a las personas, titulares de derechos, para que el ordenamiento sancione comportamientos que los humanos no deberían permitirse con quienes comparte el planeta (contrariamente Wise, 2018). En cambio, torcer el concepto de derechos, replantear enteramente el concepto de dignidad o de autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y todo el instrumental tradicional que arropa la venerable noción supone una desproporción cuando el objetivo puede ser alcanzado a través de una protección heterónoma que en nada implica una posición de absoluto dominio de la persona ni el reconocimiento de su tradicional capacidad de rapiña sobre animales y demás seres vivos.

3. SEGURIDAD Y DERECHOS

Tan solo estas pinceladas han de servir para reparar en la complejidad que supone tocar un elemento del sistema de derechos. Las observaciones realizadas nos ponen, además, sobre aviso del alto riesgo que implica tener como objeto de los derechos a la seguridad al tiempo que se hace evidente que es posible proteger la seguridad sin necesidad de garantizarla como un derecho.

No obstante, en algunos ordenamientos se ha ensayado este camino. Es el caso de Francia cuya ley n° 95–73 de 21 de enero de 1995 *d'orientation et de programmation relative à la sécurité* inaugura una saga normativa que viene a comenzar de la siguiente forma:

> «*La sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités.*

> *A ce titre, elle est un devoir pour l'Etat, qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics.»*

No son difíciles de compartir, sin embargo, las reticencias de dotar de semejante status autónomo y autosuficiente al pretendido derecho subjetivo a la seguridad. Relevantes y rigurosas son a estos efectos las críticas de Granger (2009) quien ve más que dudosa semejante consideración en tanto que no ha sido una norma cualitativamente constitucional la que lo ha incorporado al ordenamiento ni se puede desprender del mismo un conjunto de relaciones entre titulares del derecho y obligados a su garantía en torno a un contenido mínimo identificable a partir de su sola concreción normativa (aunque requiera luego de un desarrollo legislativo, de acuerdo con la mecánica habitual de los derechos fundamentales). Además de ello, y ya en el terreno de la pertinencia entendemos profundamente inadecuado que se plantee como tal a no ser que se haga un enorme trabajo en la configuración dogmática de la categoría. En particular, la novedad de concebir la seguridad como un derecho autónomo no sería compatible con la visión arcaica que la sustancia con tal intensidad que permite sacrificar al resto de las libertades. En definitiva, pensar en la seguridad hoy no puede servir para desnivelar a su favor una balanza en la que colmara por sí sola un platillo siendo ocupado el otro por el grueso de los derechos tradicionales. Ésta sería la postura de posiciones claramente liberticidas que creen que ha llegado el momento de que la democracia se resquebraje y que su primera y más ostensible grieta sea la necesidad perentoria de las personas, entendida como tranquilidad, como una vida sin conflictos, idea para cuya preservación estarían dispuestos a sacrificar los derechos a la privacidad, a la libertad de expresión, a la libertad, a la inviolabilidad de domicilio… A la vista está que el momento en que vivimos no es el más propicio para llevar a cabo tal esfuerzo. Antes bien se dan todas las circunstancias para que el terrorismo lleve a aunar en una peligrosa comunidad del miedo a una colectividad capaz de renunciar a sus propias libertades. Los movimientos nacionalistas y populistas reman en esta dirección.

Otra vía es llevar la seguridad y los derechos a confluir de una manera mucho más matizada entendiendo suficiente y adecuada la tradicional vinculación vicaria de la seguridad con el derecho a la seguridad personal, en particular, o con los derechos en general.

Respecto de la primera perspectiva, ya hemos señalado que la seguridad ha venido configurándose como el resultado de un régimen en el que la libertad personal, la libertad deambulatoria, no se ve ilegítimamente perturbada. La

seguridad desde este punto de vista está directamente relacionada con un contexto en el que se trataba de preservar la autonomía del individuo frente a quien, por poseer el monopolio legítimo de la violencia (el Estado: Weber, 1984, 43-44), estaba en mejor disposición para afrentarla. En un Estado, que es solo gendarme, el sujeto está seguro si el gendarme no lo persigue. Con el reconocimiento (por otra parte tan temprano y fundacional, *Magna Carta*) del derecho a la libertad personal se está conjurando el mayor riesgo para la seguridad de las personas, si no consideramos el de perder la vida, para cuyo fin surge el propio Estado (Hobbes, de nuevo). Éste parece ser el entendimiento de la libertad del art. 17 CE y del artículo 5 del CEDH lo que lleva que a los Tribunales no puedan contemplar una violación de los derechos a la libertad y seguridad que reconocen cuando no ha habido una privación de la libertad deambulatoria de la persona (Una síntesis todavía válida de las principales líneas jurisprudenciales sobre los artículos 17 CE y 5 CEDH puede verse respectivamente en Rubio, 1995, 164–174; y Sarmiento, Mieres, Presno, 2007, 273-303). La forma en la que en ambos artículos se establece la conexión entre el derecho a la libertad y seguridad y los derechos del detenido resulta muy significativa a estos efectos. En cambio, el PIDCP admite un juego bien diferente y más cercano a los planteamientos que se hacen en la última parte del trabajo ya que:

> «si bien en el Pacto la única referencia al derecho a la seguridad personal se encuentra en el artículo 9, nada prueba que se quisiera restringir el concepto del derecho a la seguridad únicamente a las situaciones de privación de libertad. Por otra parte, los Estados Partes se han comprometido a garantizar los derechos consagrados en el Pacto. En términos jurídicos, no es posible que los Estados descarten las amenazas conocidas contra la vida de las personas que están bajo su jurisdicción sólo porque estas personas no estén detenidas o presas. Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger a las personas. Una interpretación del artículo 9 que permitiera a un Estado Parte ignorar una amenaza a la seguridad de personas no detenidas o presas dentro de su jurisdicción haría totalmente ineficaces las garantías del Pacto» (*Delgado Páez c. Colombia*, Decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 12 de julio de 1990).

Anticipados quedan algunos elementos que se concretarán después en el principio de seguridad humana.

A tenor de la segunda, la seguridad sube un peldaño en la abstracción y se concebiría como una consecuencia del funcionamiento de un sistema jurídico que encuentra su sentido axiológico más profundo en la garantía de los Derechos fundamentales. En este caso, serían son los derechos y libertades, en su articulación conjunta, los que darían la medida de la seguridad. Nunca ca-

bría perseguir ésta de forma autónoma y nunca jugar a ponderarla con el resto de los Derechos fundamentales, respecto de los cuales su función sería la de límite. Esta acepción cuenta a su favor con diferentes argumentos que han parecido bastante concluyentes a una buena parte de la doctrina y que pueden rastrearse hasta Montesquieu. Efectivamente, es la que cabe derivar del Capítulo VI del Libro XI de *El espíritu de las leyes* cuando señala: «*La liberté politique, dans un citoyen est cette tranquilité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel, qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen*». Tal y como señala Pérez Royo (2010, 7) este es un paradigma aun adecuado, lo que también vienen a mantener otros autores como Dogliani (2010), en Italia, Grimm (2006) en Alemania, o Robert & Duffar (1999) en Francia. Antes la seguridad de los derechos, por tanto, que el derecho a la seguridad (Ruotolo, 2013). Antes la seguridad como resultado que la seguridad como base [2]. Es fácil que esta visión goce de simpatías porque es, como hemos señalado la que expresa bien la transformación del Estado cuando pasa de ser Gendarme a ser Providencia. Parece también encontrarse bien acomodada esta versión de la seguridad con la que se intenta convertir en predominante en el seno de la ONU. En efecto, el Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) acuña este concepto en 1994 haciéndolo englobar siete ámbitos: seguridad económica, alimentaria, de la salud, del medio ambiente, personal, comunitaria y política [3].

---

[2] Hay que destacar, sin embargo, que las Exposiciones de Motivos de tres leyes recientes sobre seguridad hacen de ella el presupuesto antes que la consecuencia. Aunque pueda explicarse este tenor por las inercias habituales en las que se incurren cuando se trata de disciplinar un sector concreto creemos que resultan ser formulaciones mejorables. Véanse así: la ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, según la cual: «La seguridad no es solo un valor jurídico, normativo o político; es igualmente un valor social. Es uno de los pilares primordiales de la sociedad, se encuentra en la base de la libertad y la igualdad y contribuye al desarrollo pleno de los individuos»; la ley orgánica 5/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana en la que se establece: «La seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho»; o la ley 36/2015, de 28 de noviembre, de Seguridad Nacional que incluye también como inicio: «La seguridad constituye la base sobre la cual una sociedad puede desarrollarse, preservar su libertad y la prosperidad de sus ciudadanos, y garantizar la estabilidad y buen funcionamiento de sus instituciones».

[3] De acuerdo con la Comisión de Seguridad Humana (órgano independiente creado en el seno de la ONU) se trata de reconceptualizar la seguridad de forma profunda en la medida en que:

«(i) se distancia de las concepciones tradicionales, enfocadas en el estado, que se centraban principalmente en la seguridad de los estados frente a agresiones militares, para dirigir la mirada a la seguridad de las personas, su protección y su empoderamiento;

(ii) Presta atención a las múltiples amenazas que trascienden los diferentes aspectos de la vida de las personas y, así, destaca la interconexión entre seguridad, desarrollo y derechos humanos; y

Lo que ocurre es que precisamente en la fase de desmantelamiento del Estado-Providencia se ha hecho especialmente patente el aumento de los riesgos a los que las personas están sometidas, como las catástrofes medioambientales o el terrorismo (Beck, 1998). La gravedad de los mismos –en tiempos además en los que las personas habían tenido motivos para creer que el mundo legado a sus hijos sería mejor que el que ellos heredaron– hace que la «precepción» de la inseguridad sea muy importante de modo que se reclama una acción del Estado que se aleje del paradigma tradicional (la reacción). En efecto, éste descansa en la reparación –o al menos en su posibilidad– y los riesgos a los que estamos expuestos, tanto individualmente como especie, no parecen encajar bien esta categoría en su dimensión más perfecta que es la *restitutio ad integrum*. Grimm lo expresa perfectamente: «El Estado está cada vez más apremiado, no solo a reaccionar frente a desgracias o crisis, sino también a anticipar posibles errores y a sofocarlos, cuando aún son embrionarios, mediante contramedidas tempranas. Se trata de una tarea inabarcable, que reclama una perenne adaptación en una sociedad dinámica» (Grimm, 2006, 191). Llegamos aquí a un momento antes referido: aquel en el que al Estado se le quiere empujar para que prevenga, lo que históricamente ha llegado a buen puerto con la figura de los derechos fundamentales. La opinión pública libre puede considerarse como un valor jurídico–político de la mayor importancia pero cuando la adquiere de verdad es en el instante en que la libertad de expresión ingresa en el parnaso de los derechos fundamentales. Pero esta deriva argumental no contempla la real y compleja relación contextual que hay entre seguridad y libertades, mucho más difícil de encajar en un conjunto sistemático que la que supone la incorporación de cualquier otro nuevo derecho (pensemos en el derecho al olvido). No procede, pues, completar un falso silogismo poniendo siempre en la casilla de las necesidades primordiales de las personas un derecho fundamental.

Ahora bien, seguramente una alternativa transaccional se puede plantear, porque lo que no es cuestionable es la necesidad de intervención preventiva del Estado en la medida, además, en que –como hemos señalado– se juega su legitimidad en el ejercicio de esta función de protección de la seguridad. Por ser fundamental y por ser de las pocas que en principio le quedan atribuidas de

(iii) Promueve un nuevo enfoque integrado, coordinado y centrado en las personas para avanzar hacia la paz, la seguridad y el desarrollo tanto dentro como entre los países.»

Cfr. Teoría y práctica de la Seguridad Humana. Aplicación del concepto de seguridad humana y el Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad de los Seres Humanos. Disponible en línea en https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Publications%20and%20Products/Human%20Security%20Tools/Human%20Security%20in%20Theory%20and%20Practice%20Spanish.pdf

forma prácticamente exclusiva. En este sentido y asumiendo que los derechos, con su capacidad inclusiva, son el medio para asegurar su más amplio disfrute podemos anclarla, también y en concreto, a la preservación de la vida y la integridad física. Así las cosas, estos derechos, reconocidos en la Constitución en el artículo 15 y en el CEDH en el 2, exigirían de los poderes públicos una actuación tutelar orientada a impedir su exposición. El mero riesgo severo supondría una lesión del bien jurídico protegido aunque finalmente no se concretara. No es por tanto el derecho a la seguridad el que se lesionaría si una administración no procede a mantener el arbolado en buen estado de manera que se eviten caídas de ramas que puedan causar desgracias personales irreparables sino el derecho a la vida. Es éste el que adquiere un nuevo contenido que se relaciona con la seguridad en cuanto implica la obligación de los poderes públicos de proteger anticipándose a circunstancias que puedan lesionarla de manera potencialmente irreparable. Esta aproximación podemos verla en sentencias del TC español así como en recientes pronunciamientos del TEDH.

Por ejemplo, puede verse reflejada en la STC 62/2007 cuyo fundamento jurídico 3 señala: «por esa razón, para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, STC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)». En cualquier caso ha de ponerse de manifiesto que el TC no precisa para nada del concepto de seguridad para la elaboración del artículo 15 que le permite resolver la demanda de amparo planteada.

No obstante, sí que parece una conexión lógica plausible como se deriva de su presencia en cierta jurisprudencia del TEDH que ha sido sagazmente analizada, por ejemplo, por Afroukh (2015) quien entiende la seguridad «como una situación en la que la integridad física de las personas queda protegida frente a riesgos de cualquier naturaleza. Más que un estado de «tranquilidad», se prioriza la seguridad en su dimensión física» (140–141). Esta secuencia (que puede rastrearse hasta *L. C. B. c. Reino Unido* de 9 de junio de 1998 § 36) recibe un impulso importante con Sentencias como *Ciechonska c. Polonia* de 14 de junio de 2011 en el que el TEDH determina la existencia de un deber general de las administraciones públicas de tomar las medidas razonables para asegurar la seguridad de las personas en los espacios públicos (el contexto era el de la caída de un árbol que provocó la muerte de una persona) [4]. Pero adquie-

[4] § 67. «*For the Court, and having regard to its case-law, the State's duty to safeguard the right to life must also be considered to involve the taking of reasonable measures to ensure the safety of individuals*

re un desarrollo más incisivo cuando se trata de la seguridad de sujetos caracterizados por su vulnerabilidad (como los niños, por ejemplo). En este caso, el deber de los poderes públicos de actuar positivamente para contrarrestar de forma razonable riesgos previsibles se convierte en una auténtica obligación de resultado. Resulta así un reforzamiento de la obligación de velar por la seguridad de la vida y la integridad física cuando las posibles víctimas de la lesión sean menores (siendo, entonces, enteramente pensable extender las categorías). Esta es la lección que se puede extraer de sentencias como *Kayak c. Turquía*, de 10 de julio de 2012, *Ilbeyi Kemaloğlu y Meriye Kemaloğlu c. Turquía* de 10 de abril de 2012) y *Banel c. Lituania* (18 de junio de 2013) en la que la previsibilidad del riesgo deja de tener un juego radicalmente exculpatorio de la responsabilidad del Estado (en un sentido crítico Afroukh, 2015, 156-158). Las tres suponen condenas de los estados por la violación del artículo 2 del Convenio. Se les imputa la desatención de la seguridad de los niños que han muerto como consecuencia de un apuñalamiento en las inmediaciones de un Centro escolar (*Kayak*); de las lesiones sufridas por el desprendimiento de un balcón de un edificio abandonado (*Banel*); o de la hipotermia derivada de un fallo en el sistema de recogida del transporte escolar durante una tormenta invernal (*Kemaloğlu*).

Esta doctrina es, sin duda, problemática, ya que distan de estar claras las exigencias que se han de atribuir a los Estados en función de la enorme variabilidad de los riesgos (naturales, humanos) a los que diversos sujetos están sometidos en espacios que no solo cabría limitar a los estrictamente públicos (*Vilnes c. Noruega*, 5 de diciembre de 2013). En esa dirección han ido los Votos Particulares de los jueces Sajó, Raimondi y Tulkens en el caso *Kayak*. Esta última cifra bien, en el punto 3 de su opinión concurrente, la esencia del debate:

> *«il me semble excessif, dangereux et contraire à notre jurisprudence de soutenir, de manière générale, « que la mission confiée à l'institution scolaire implique le devoir primordial de veiller à la sécurité des élèves afin de les protéger contre toutes les formes de violences dont ils pourraient être victimes pendant le temps où ils sont placés sous sa surveillance » (paragraphe 59 in fine de l'arrêt). En effet, l'obligation de l'Etat de prendre les mesures préventives nécessaires à la protection de la vie d'une personne contre un danger ou un risque pour la vie ne peut être absolue. Encore faut–il examiner si la victime avait été menacée de façon réelle et immédiate, si les autorités le savaient ou auraient dû*

in public places and, in the event of serious injury or death, having in place an effective independent judicial system securing the availability of legal means capable of establishing the facts, holding accountable those at fault and providing appropriate redress to the victim (see paragraph 66 above). The events related to the applicant's husband's death therefore fall within the scope of Article 2 of the Convention».

le savoir et si celles–ci n'ont pas adopté les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient pu prévenir ou empêcher ce risque.»

Ello no obsta en fin a que veamos en esta doctrina del TEDH como muestra muy representativa de una nueva tentativa jurídica de encuadrar la seguridad y las funciones del Estado bajo el paradigma común que encarnan los derechos fundamentales. Una última muestra del vínculo indeleble que finalmente desde el punto de vista teórico el constitucionalismo, en este caso supranacional, ha logrado trabar: Seguridad/Estado/Derechos y Libertades.

4. UNA RECAPITULACIÓN

Los 40 y 70 años respectivos de las dos Constituciones que se conmemoran en estos volúmenes son un motivo de felicidad. Fueron el resultado de una gran conversación colectiva en torno al futuro deseable, una conversación inacabada porque mientras haya esperanza nunca dejar de reelaborarse –vivificándolo– el proyecto político que ambas sociedades condensan en las disposiciones constitucionales.

Entre los retos que tienen que afrontar en este complejo mundo al que tienen que parcialmente embridar está retomar la discusión sobre la seguridad y proceder a su actualización para responder a los enormes retos a los que nuestra civilización se enfrenta. No debemos olvidar que, una vez más, estamos ante un horizonte en el que la desaparición de la especie humana e incluso de toda la vida en la tierra ha dejado de ser simplemente una idea peregrina con la que trabajan los guionistas de películas de catástrofes. Ciertamente las menesterosas constituciones estatales no alcanzarán a enfrentar semejantes desafíos pero sí deben ser ellas –así como los textos constitucionales supranacionales– las que ayuden a trazar las coordenadas de los problemas y permitan encarar las soluciones.

Es precisamente en función de la gran variabilidad de riesgos que corremos y de su no menos diversidad de orígenes por lo que la seguridad debe contemplar nuevos actores, nuevos escenarios, enfoques temporales preventivos junto a los represivos habituales, y una consideración muy meditada de las medidas a adoptar así como de los remedios posibles cuando las lesiones se hayan consumado.

Toca al derecho trabajar con todas estas variables pero el diseño de las Constituciones (nacionales o supranacionales), Estrategias de Seguridad, Leyes o Reglamentos, así como las decisiones jurisdiccionales en las que las

normas se refieran a la aplicación del caso concreto no son concebibles sin un grado importante de adhesión de la sociedad. La esencialidad de la idea de seguridad, su densidad conceptual, la vulnerabilidad a la que nos exponen los riesgos hacen muy precarias las soluciones que se adopten si los ciudadanos no las acompañan, si se separan de su sentido global. Una parte de la ciudadanía siempre mostrará –y muy probablemente de forma muy ruidosa– su desacuerdo si la política de seguridad va más allá de las dinámicas represivas de la delincuencia o de la inmigración irregular (que en su imaginario suelen asociarse) pero lo que alcanzará el grado suficiente de frustración para lograr su deslegitimación y a la postre su fracaso será una deserción mayoritaria.

En este sentido, no hay que ser demasiado optimista en el sentido de las posibilidades de una discusión cabal sobre la seguridad, sobre su compleja categorización jurídica en tiempos de políticas populistas. Son por ello muy comprensibles y explicables las razones de aquella doctrina y jurisprudencia que consideran preferible mantenerse dentro del paradigma que viene asumiendo que la seguridad es el resultado de las libertades o un valor a conjugar con concretos derechos fundamentales (ya sea la libertad personal o la vida y la integridad física y moral), antes que un genuino derecho fundamental autónomo con un contenido específico. El riesgo de inflación de las políticas securitarias en tiempos de libertades precarias no es menor.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Afroukh, M. (2015), «L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue du Droit Public,* n.º 1.

Balaguer Callejón, F. (1991), *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional,* Tecnos, Madrid,

Beck, U. (1998), *La sociedad del riesgo (hacia una nueva modernidad),* Paidos, Barcelona.

Cidoncha Martín, A. (2009), «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 23, 2009.

Dogliani, M. (2010), «Il volto costituzionale della sicurezza», *Astrid. Rasegna*, n. 127 (número 22/2010), disponible en http://www.astrid–online.it/rassegna/2010/22_12_2010.html

Duguit, L. (1909), *La transformación del Estado (Traducción con Estudio Preliminar sobre «La nueva orientación del Derecho Político» a cargo de Adolfo Posada)*, Librería de Fernando Fé, Madrid.

EILENBERGER, W. (2019), *Tiempo de magos. La gran década de la filosofía. 1919–1929*, Taurus, Madrid.

GRIMM, D. (2006), «El futuro de la Constitución», en AA. VV., *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales,* Trotta, Madrid.

KANTOROWICZ, E. H. (2012), *Los dos cuerpos del rey: Un estudio de teología política medieval*, Akal, Madrid.

MALHERBE, M. (2001), «Hobbes», en Raynaud, P; Rials, S. (eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política,* Akal, Madrid.

MORGAN, E. S. (1988), *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos,* Siglo XXI, Avellaneda.

PAREJO ALFONSO, L. (2016), *Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del estado social de soberanía limitada,* Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ ROYO, J. (2010), «La democracia frente al terrorismo global», en Pérez Royo, J. (dir.) y Carrasco Durán, M. (coord..), *Terrorismo, democracia y seguridad en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid.

ROBERT, J.; DUFFAR, J. (1999), *Droits de l'homme et libertés fondamentales,* Montchrestien, París.

RUOTOLO, M. (2013), «Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti», *Democrazia&Sicurezza,* n.2, disponible en red en http://www.democraziaesicurezza.it/Editoriali/Diritto–alla–sicurezza–e–sicurezza–dei–diritti.

SCHMITT, C. (1999), *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid.

WEBER M. (1984), *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva,* Fondo de Cultura Económica, México.

WEIL, S. (2014), *Echar raíces,* Trotta, Madrid.

WISE, S. M. (2018), *Sacudiendo la jaula. Hacia los Derechos de los animales*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

WOLIN, S. (2005), *Hobbes y la tradición épica de la teoría política,* Foro Interno, Madrid.

WULF, A. (2016), *La invención de la naturaleza: El Nuevo Mundo de Alexander von Humboldt*, Taurus, Madrid.

ZIZEK, S. (2014), *Pedir lo imposible*, Akal, Madrid.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS REFERENCIAS A LA DIGNIDAD EN EL DERECHO PENAL

CLARA MOYA GUILLEM
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La dignidad como límite a la eximente de estado de necesidad. 3. La dignidad como bien jurídico protegido. 3.1 Delitos relativos a la manipulación genética. 3.2 Delitos contra la integridad moral. 3.3 Delitos de trata de seres humanos. 4. La dignidad en la fase del cumplimiento de la condena. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La dignidad humana constituye uno de los criterios últimos de validez jurídica tanto en el orden internacional como en los ordenamientos internos de muchos Estados. Particularmente, en España la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE).

Partiendo de esta declaración constitucional, son muchos los autores que se refieren a este valor o principio fundamental para sustentar sus tesis en el ámbito del Derecho penal y del Derecho penitenciario. Esto es lo que sucede tanto para limitar el alcance de determinadas instituciones de la Parte General del Derecho penal como para perfilar el bien jurídico protegido en delitos de

muy distinta naturaleza, e incluso para restringir o justificar multitud de decisiones que deben ser tomadas en la fase del cumplimiento de la condena.

El problema de tan recurrente utilización de la dignidad humana en este contexto reside en la falta de consenso acerca de su contenido. Al respecto, se han venido ofreciendo diversas definiciones por parte de la doctrina penal, en ocasiones, sumamente contradictorias dada la vaguedad e imprecisión características de la expresión. Así, se defiende desde un concepto de dignidad equivalente al de autodeterminación de la persona hasta la dignidad como argumento para sustentar restricciones precisamente a su libertad.

Efectivamente, en Derecho penal algunos autores se refieren a la dignidad como una expresión muy próxima a la libertad de autodeterminación de la persona (generalmente, de la víctima del delito). En este caso con el término «dignidad» se hace alusión a la exigencia de respeto a las decisiones libremente adoptadas por el individuo. En cambio, en otras ocasiones, se emplea la expresión «dignidad humana» en un sentido colectivo; es decir, como un valor que excede del plano personal y cuyo menoscabo compromete el interés general al afectar al género humano en un sentido categorial (Gómez Pavajeau, 2011).

Además de estas perspectivas acerca de la dignidad, en el Derecho penal y en el Derecho penitenciario se sostienen otras, con distinto significado. Por ello, en este trabajo voy a realizar una breve aproximación a algunas de las concretas alusiones que se realizan a la dignidad humana para tratar de averiguar el contenido del término en cada una de las instituciones que van a examinarse. No aspiro, pues, a dar cuenta de las múltiples teorías que desde las diversas disciplinas han tratado de explicar qué es la dignidad humana y cuál es su fundamento, sino que voy a limitarme a algunas de las explicaciones facilitadas por parte de la doctrina penal en este ámbito.

Para el desarrollo de la presentación voy a tomar como ejemplos tres de los supuestos en los que más a menudo se utiliza el argumento de la dignidad humana en el referido espacio: en primer lugar, el estado de necesidad, en el que la dignidad humana se emplea como argumento para limitar su aplicación; en segundo lugar, la dignidad humana como el bien jurídico protegido de algunos delitos (concretamente, de los delitos relativos a la manipulación genética, de los delitos contra la integridad moral y de los delitos de trata de seres humanos); y, en tercer lugar, el principio de humanidad, que informa el establecimiento de las penas y el cumplimiento de las mismas con base en la dignidad humana. Como puede observarse, he escogido un ejemplo de la Parte General del Derecho penal; otro, de la Parte Especial; y un último ejemplo del Derecho penitenciario. De este modo, pretendo abarcar las diversas configuraciones de tan amplia locución.

2. LA DIGNIDAD COMO LÍMITE A LA EXIMENTE DE ESTADO DE NECESIDAD

Con la finalidad de explicar algunas de las instituciones más nucleares de la Parte General del Derecho penal la doctrina ha empleado el argumento de la dignidad en diversos sentidos. Se ha utilizado, por ejemplo, para concretar el alcance de la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.5 del Código penal: el ensañamiento. Aparecen, además, referencias expresas a la dignidad, por ejemplo, en la regulación de la suspensión de la condena (art. 83.1.9.º Cp) y en la de la recogida de muestras (art. 129 bis Cp).

Sin embargo, a continuación voy a ceñirme al estudio de la causa de justificación de estado de necesidad, ya que, aunque no alude el artículo 20.5 del Código penal a la dignidad de manera expresa, la doctrina mayoritaria la emplea como límite para su adecuada aplicación.

Como se sabe, la exención de responsabilidad criminal por estado de necesidad se condiciona a tres requisitos: el primero, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; el segundo, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y, el tercero, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Pues bien, el argumento de la dignidad humana se trae a colación en relación con el primero de estos tres requisitos, por lo general, cuando los hechos son constitutivos de un delito. De manera que se estima que la exención por estado de necesidad no resultaría de aplicación si, por ejemplo, una extracción de riñón *ex vivo* se lleva a cabo sin contar con el consentimiento del donante (es decir, con violencia, por ejemplo) o mediando consentimiento inválido (por ejemplo, mediante engaño), aunque este sea el único modo de salvar la vida de un enfermo. Y tampoco se podría amparar en el estado de necesidad, teniendo en cuenta esta tesis, el discutido caso de la tortura a alguien que sabe dónde están unas personas secuestradas que van a ser inminentemente asesinadas para que declare cuál es su paradero y poder así salvar su vida (Juanatey Dorado, Doval Pais, 2014).

Gran parte de la doctrina alega que este tipo de conductas no quedarían justificadas en virtud del artículo 20.5 del Código penal por ser contrarias a la dignidad humana (Luzón Peña, 2016, 417; Gómez Rivero, 2013, 132; Quintero Olivares, 2010, 552-553). Como sostiene Gómez Rivero, a la posibilidad de razonar la lesión de la salud de una persona para salvaguardar la vida de otra, como sucede en el primer ejemplo mencionado en el anterior párrafo, no solo se opondría el rechazo que en términos valorativos comporta la pretensión de causar un mal de tal entidad para evitar otro, sino también «la exigencia básica

de respetar un bien cuya tutela se justifica constitucionalmente como uno de los fundamentos del orden político y la paz social: la dignidad humana, que sin duda resultaría lesionada si se sometiera a una persona sin su consentimiento a una práctica de donación de órganos» (Gómez Rivero, 2008, 297).

En otros términos, se argumenta que en estas situaciones lo que falta es la relación de adecuación. Esto significa que cuando se implican bienes como la vida o la salud, aunque entre ellos medie una relación jerarquizada, su entidad impide justificar la conducta de quien salva la vida de una persona lesionando la salud o la vida de otra contra su voluntad. Por ello, sostiene Luzón Peña que la dignidad humana es un límite infranqueable a la actuación en estado de necesidad y a la ponderación de los intereses; o, lo que es lo mismo, que no se puede efectuar una intervención en estado de necesidad que vulnere directamente la dignidad personal por mucho que con ello se pretenda la salvaguarda de intereses aparentemente superiores como serían las vidas en peligro de otras personas (Luzón Peña, 2016, 417).

En definitiva, se llega por todos a la conclusión de que el estado de necesidad actúa como una causa de justificación cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona. No obstante, en los casos excluidos de la eximente de estado de necesidad por afectar a la dignidad humana quedaría abierta la posibilidad de apreciar una causa de exculpación (art. 20.6 Cp), aunque debe advertirse que su aplicación dependerá de la concurrencia en el sujeto de una situación motivacional suficientemente anormal (no exigibilidad).

La pregunta, sentado lo anterior, sería la siguiente: ¿cuál es el contenido de la dignidad humana en esta institución? Y la respuesta, según se desprende de la explicación que al respecto ofrece la doctrina, parece obvia. En este caso la dignidad del ofendido quedaría afectada porque se le instrumentaliza para salvaguardar otro interés. Por lo tanto, podría afirmarse que con este límite se trata de proteger la integridad moral del perjudicado, proclamada en el artículo 15 de la Constitución Española, pues, de lo contrario, sería tratado como una cosa al servicio de otros.

Téngase en cuenta que se llega a la misma conclusión alcanzada por la doctrina con el argumento de la dignidad si se explica que la privación de la vida o la salud de una persona, llevada a cabo sin contar con su consentimiento, constituye siempre un mal mayor que la sola producción naturalística, o su no evitación, de una lesión corporal o de la muerte. Como afirma Mir Puig, el hecho de que uno de los intereses en juego no estuviese afectado por una situación de conflicto priva de cualquier racionalidad una actuación de tal índole y añade al mal para la salud o la vida el que supone para su autonomía individual y, en definitiva, para la dignidad humana (Mir Puig, 2016, L. 17/71).

3. LA DIGNIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Seguidamente, paso a examinar cómo la dignidad humana se ha considerado, asimismo, por parte de la doctrina el bien jurídico protegido en determinados ilícitos penales.

Para acometer dicho análisis voy a referirme a tres grupos de delitos ubicados en diferentes Títulos del Libro II del Código penal. En primer lugar, aludiré a los delitos relativos a la manipulación genética que se regulan en el Título V; en segundo lugar, a los delitos contra la integridad moral descritos en el Título VII; y, por último, en tercer lugar, a los delitos de trata de seres humanos ubicados en el Título VII bis.

Dejaré de lado, sin embargo, otros delitos, entre los que paradójicamente se encuentran aquellos en los que se menciona expresamente la dignidad, pues la doctrina entiende, de forma mayoritaria, que en estos casos es otro el objeto de la protección penal. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el delito de injurias (art. 208), en el de odio (art. 510.2) o en el de ultraje (art. 611.6).

3.1 **Delitos relativos a la manipulación genética**

En el Título V del Libro II del Código penal (arts. 159 a 162) se ubican los delitos relativos a la manipulación genética. En ellos, según declara la doctrina, no se tratan de criminalizar ni prohibir las técnicas genéticas o de reproducción asistida, sino su uso con finalidades no amparadas jurídicamente e incompatibles con la salvaguarda de la dignidad y otros derechos fundamentales del ser humano reconocidos en la Constitución Española (Muñoz Conde, 2015, 124).

Respecto de este Título V, globalmente considerado, la determinación del bien jurídico protegido es una cuestión sumamente debatida por lo difícil que resulta hablar de un interés común a todos los tipos en él incluidos más allá de una caracterización muy abstracta basada en la idea de la dignidad (Mendoza Buergo, 2016, 855-856). Según sostienen los autores, se pretenden tutelar tanto bienes jurídicos individuales como colectivos entre los que se encuentran la salud humana y la integridad genética desde el inicio de la concepción o, con mayor amplitud, el natural desarrollo evolutivo de la especie humana o el futuro del ser humano y la identidad humana (Rodríguez Núñez, 2016, 75). Por ello, sostiene Peris Riera (1995, 81 ss.) que «las tipologías de manipulación genética se van a construir como figuras centradas en la protección de todos aquellos intereses jurídicos que, desde una perspectiva constitucional, suponen el entramado de propiedades y características inherentes a la persona humana».

Parece, no obstante, conveniente analizar cada tipo penal por separado, ya que cada uno tiene su ámbito de protección específico. Y, una vez examinados individualmente, se observa que son tres las figuras delictivas que tutelarían, según argumenta la doctrina, la dignidad:

Por un lado, tanto el ilícito penal de fecundación de óvulos no destinados a la procreación humana (art. 160.2 Cp) como el de clonación humana reproductiva y selección de la raza (art. 160.3 Cp) tutelarían la dignidad e identidad genética del ser humano. En particular, respecto del primero de los ilícitos mencionados, el Estado tendría interés en controlar y limitar el empleo de estas técnicas de fecundación artificial únicamente para la reproducción humana asistida (Mendoza Buergo, 2016, 859-860), por lo que se entiende que se estaría protegiendo la dignidad de la especie humana que no debe ser creada exclusivamente para experimentar (Rodríguez Núñez, 2016, 76). Por su parte, en relación con el segundo delito señalado (el del art. 160.3 Cp), la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido es el derecho a la individualidad o a la identidad genética del ser humano o a no ser producto de un patrón genético artificial (Muñoz Conde, 2015, 124), aunque también señala que, actualmente, la previsión de la prohibición de la clonación reproductiva pretende más bien tener efectos preventivos frente al desarrollo de la investigación y la experimentación en estos terrenos (Mendoza Buergo, 2016, 860-861).

Y, por otro lado, aluden los autores a la dignidad al examinar el delito de reproducción asistida no consentida (art. 161 Cp). En este caso se entiende que el bien jurídico protegido sería la libertad reproductiva de la mujer y su dignidad, ya que someterla a técnicas de reproducción asistida sin su consentimiento supone utilizarla como mero medio o soporte biológico para la procreación y, además, someterla a un tratamiento médico no consentido tiene consecuencias innegables en su bienestar y salud física y psíquica (Mendoza Buergo, 2016, 862-863).

Por lo tanto, en las dos primeras figuras delictivas (arts. 160.2 y 160.3 Cp) se haría referencia a la dignidad en un sentido colectivo y en la tercera (art. 161 Cp), a la dignidad en un sentido individual. Como indica Morillas Cueva (2002, 180), con acierto, la dignidad de la persona se convierte, de este modo, en un interés referencial en toda actuación sobre aspectos genéticos humanos, bien en una proyección macrosocial con referencia al respeto a la integridad genética de la especie, o bien en relación al derecho a una vida digna o a una salud individual adecuada o a una libertad coherente del ciudadano.

3.2 **Delitos contra la integridad moral**

El Título VII del Libro II del Código penal (arts. 173-177) recoge, entre los delitos contra la integridad moral, ilícitos tan dispares como los de tortura, acoso laboral o maltrato habitual. Y en todos estos casos la doctrina indica que la integridad moral sería, con matices, el bien jurídico protegido.

La integridad moral se ha identificado con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, según reiterada jurisprudencia constitucional, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular[1]. En definitiva, la integridad moral se define como un bien jurídico-penal muy próximo a la dignidad humana.

Sin embargo, su concreto contenido, en general, se interpreta de dos modos distintos por parte de la doctrina:

El primero, integraría dos facetas: por una parte, la prohibición de humillaciones o degradaciones del ser humano y de tratarlo como una cosa; y, por otra parte, el reconocimiento de la libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido (Santana Vega, 2015, 154; Grima Lizandra, 2016, 291-327). La segunda interpretación de la integridad moral, en cambio, sería más estricta; su alcance se limitaría a la prohibición de tratos degradantes a la persona (Manjón-Cabeza Olmeda, 2011, 427-433; Lafont Nicuesa, 2008, 105-106). En consecuencia, mientras algunos autores sostienen que la integridad moral está estrechamente vinculada con la posibilidad de configurar voluntariamente las propias ideas, pensamientos o sentimientos; otros, consideran que la libertad se protege en el Título VI y que los delitos contra la integridad moral se circunscriben a la protección del derecho a no ser sometido a tratos humillantes.

Con el objetivo de diferenciar, precisamente, los delitos contra la libertad de los delitos contra la integridad moral (en particular, en relación con el delito de trato degradante), Díaz Pita (1997, 85), tras un exhaustivo análisis, determina que el contenido de la integridad moral sería «el sentimiento de humillación o de vejación que determinadas conductas producirían en el sujeto pasivo». Lafont Nicuesa (2008, 105-106), por su parte, también rechaza que se pueda convertir a la voluntad en elemento fundamental para definir el concepto de «integridad moral», entre otras razones, porque no se establece una línea divisoria clara con el derecho fundamental a la libertad ni con el delito de

[1] Véase, en este sentido, la STC 37/2011, de 28 de marzo.

coacciones, que incorpora de forma más detallada en la conducta típica la doblegación de la voluntad de la víctima. Por ello, este autor concluye que es en la idea de humillación y de cosificación de la persona donde se encuentran aspectos específicos que permiten establecer una autonomía de contenido de la integridad moral [2].

Este concepto estricto de integridad moral, que la define como la prohibición de humillación y de cosificación o reificación de la persona, es la única que, ciertamente, justifica la existencia autónoma de los delitos ubicados en el Título VII del Libro II del Código penal y los distingue de los delitos contra la libertad ubicados en el título anterior.

Partiendo de esta tesis, como ha manifestado el Tribunal Supremo, no se comprenden en los delitos contra la integridad moral aquellas conductas dirigidas a doblegar la voluntad de la persona, pues estos comportamientos se encuentran recogidos entre los delitos contra la libertad, cuya acción se dirige precisamente a eliminar la capacidad de decidir libremente mediante ciertos actos integrados en los delitos de amenazas y coacciones [3]. Solo así se entiende, por ejemplo, que en la STS 62/2013, de 29 de enero (caso Marta del Casti-

[2] Igualmente, Pérez Alonso (2008, 378 y 379) define el bien jurídico «integridad moral» como la prohibición de «la instrumentalización de la persona para divertimento de otros o para cualquier otra satisfacción ajena, mediante la reducción de la persona a la conducción de mera cosa, provocando en ella un sentimiento de humillación o vejación e, incluso, un sufrimiento físico o psíquico, no reconducibles a otros tipos penales». Y Conde-Pumpido Tourón (1996, 1669) sintetiza el derecho a la integridad moral en la siguiente fórmula: «derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad, a no ser rebajado o degradado a una condición inferior de la persona».

[3] Véase el limitado alcance que se le otorga a la integridad moral en la STS 489/2003, de 2 de abril. Se ha recordado, en este sentido, en la STS 19/2015, de 22 de enero, que los elementos que constituyen la integridad moral serían: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Por ende, como destaca la propia sentencia, «el núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto y su condición humana». Por el contrario, se respalda una concepción amplia de la «integridad moral» en la STS 28/2015, de 22 de enero, al sostener que el ataque a la integridad moral supone «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto pasivo». Y se acoge también este amplio concepto de integridad moral en la STS 331/2012, de 4 de mayo, que recuerda que «el delito de atentado a la integridad moral protege el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, refiriéndose a la sensación de envilecimiento, humillación, vejación e indignidad y a padecimientos físicos o psíquicos infligidos de un modo vejatorio para quien los sufre y con una voluntad de doblegar la voluntad del sujeto pasivo». En este sentido, véase, asimismo, la STS 233/2009, de 3 de marzo. Y, de hecho, a propósito de su reconocimiento en el artículo 15 de la Constitución Española, en la STC 120/1990, de 27 de junio, que resolvió la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la Administración Penitenciaria en orden a la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre, se facilitó una definición de tortura (comportamiento que, según los propios magistrados, es el que afecta de manera más grave a la integridad moral) de la que se desprende que la integridad moral supone tanto la prohibición de atentar contra la voluntad de un sujeto como la de humillarlo.

llo), se apreciara un delito contra la integridad moral de los padres de la joven asesinada a los que continuamente el autor del delito mintió sobre el paradero y posteriormente sobre el lugar en el que podía estar enterrado el cuerpo. Como puede observarse, esta clase de conductas que, según determinó el Tribunal Supremo, contienen un contenido vejatorio, que degrada a las personas y les supone un padecimiento psíquico, no persiguen doblegar su voluntad.

Esto significa que mediante la creación de los delitos que protegen la integridad moral no pretende evitarse la determinación de la voluntad de la víctima; aunque, adviértase que ello no impide, en absoluto, que este pueda ser considerado un bien jurídico disponible que se aprecie sólo cuando el ataque se lleva a cabo sin el consentimiento del sujeto pasivo.

De modo que el bien jurídico-penal «integridad moral», tan íntimamente conectado a la dignidad humana, debería deslindarse del tutelado en los delitos contra la libertad y entender que conlleva, exclusivamente, la proscripción de una instrumentalización de otro no consentida por este y que pueda entenderse como vejatorio, humillante o degradante (Tomás-Valiente Lanuza, 2014, 203).

3.3 **Delitos de trata de seres humanos**

Gran parte de la doctrina considera que el delito contenido en el artículo 177 bis del Código penal ampara la dignidad del sujeto pasivo (Lloria García, 2016, 333-334; Queralt Jiménez, 2015, 172; Iglesias Skulj, 2015, 598).

Los autores partidarios de esta tesis sostienen que cuando se llevan a cabo las conductas de trata de seres humanos se despoja a la víctima de la capacidad de decidir sobre sus derechos más importantes con la finalidad de realizar posteriormente un negocio o satisfacer cualquier interés del sujeto activo o de un tercero (Daunis Rodríguez, 2013, 73). Así pues, estiman que se atenta contra la dignidad humana porque se le niega a la persona su condición de ser humano, al tratarle como un medio y no como un fin. Incluso, algunos autores, tras este razonamiento, llegan a afirmar que la trata de seres humanos representa la esclavitud del siglo XXI (Queralt Jiménez, 2015, 172; Rodríguez Fernández, 2010, 73; García Arán, 2004, 359) [4].

[4] Algunos textos normativos internacionales, no obstante, insisten en que se distinga la esclavitud de la trata de esclavos. Así, en el Convenio de Ginebra sobre la represión de la esclavitud de 1926, se define la esclavitud como «el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos», mientras que la trata de esclavos «comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle y en general, todo acto de comercio o transporte de esclavos» (art. 1). Y la misma distinción aparece tanto en el artículo 4 de la Declaración

Para defender que la dignidad de la víctima constituye el bien jurídico protegido en el delito del artículo 177 bis del Código penal se aducen, en particular, los siguientes argumentos: el primero, su ubicación sistemática en un Título VII bis, creado al efecto, al margen del título dedicado a las torturas y otros delitos contra la integridad moral; el segundo, la expresa alusión a la protección de la dignidad que el legislador penal realiza en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010; y, el tercero, la referencia en los instrumentos internacionales reguladores de la trata de seres humanos a la dignidad humana.

La trata de seres humanos, como su propio nombre indica [5], consiste en la conversión de la persona en cosa u objeto de intercambio o disposición plena por parte de su propietario o poseedor. Esta relación fáctica de dominio, que permite a un sujeto gozar y disponer de la víctima como si se tratara de un bien de su propiedad es la que dota de singularidad al fenómeno y, en definitiva, la que justifica que se le dé un tratamiento jurídico-penal autónomo (Pérez Alonso, 2008, 177).

Sentado lo anterior, bajo mi punto de vista, podría perfectamente acudirse al bien jurídico-penal «integridad moral» para comprender la prohibición penal de la trata de seres humanos, pues este es, como se ha visto *supra*, el que garantiza en el ordenamiento jurídico-penal español la proscripción de una instrumentalización de otro no consentida por este, que se entiende como vejatoria, humillante o degradante.

Pero, además, la exigencia en el delito del artículo 177 bis del Código penal de que concurra alguno de los medios de determinación de la voluntad de la víctima («empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima») tiene gran trascendencia en la determinación del bien jurídico protegido en ese tipo; conlleva que la integridad moral no sea el único bien jurídico tutelado. Concretamente, mediante la tipificación penal de la trata de seres humanos se persigue garantizar que la víctima pueda decidir y obrar de forma autónoma. Y dicha libertad no es inherente a la integridad moral, sino que forma parte de un bien jurídico-penal distinto. Así pues, a mi juicio, este delito protegería inmediatamente tanto la integridad moral del donante como su libertad de autodeterminación.

---

universal de los Derechos Humanos de 1948 como en el artículo 8 del Pacto de Derechos civiles y Políticos de Nueva York de 1966.

[5] El Diccionario de la RAE define la «trata» como el «tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos».

4. LA DIGNIDAD EN LA FASE DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

Finalmente, conviene poner de manifiesto que son también recurrentes las referencias a la dignidad humana en el Derecho penitenciario. De hecho, la preservación de la dignidad se recoge como un derecho del interno en el artículo 4 del Reglamento Penitenciario. Y, además, aluden expresamente a la dignidad los artículos 36.3 y 49 del Código penal, que regulan, respectivamente, la progresión a tercer grado de penados enfermos y septuagenarios, y los trabajos en beneficio de la comunidad; los artículos 18, 20, 23 y 26 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que disciplinan los traslados, la vestimenta, los registros y cacheos, y el trabajo penitenciario; y los artículos 36, 71 y 188 del Reglamento Penitenciario, que establecen cómo deben realizarse los desplazamientos, cuáles son los principios generales de la seguridad interior y cuál es el régimen de las unidades psiquiátricas.

A continuación, sin embargo, solo voy a ceñirme al estudio de uno de los principios considerado por parte de la doctrina como una manifestación de la dignidad humana en el contexto penitenciario: el principio de humanidad, pues las menciones expresas a la dignidad que se localizan en la legislación penitenciaria entiendo que pueden considerarse muy próximas al concepto de integridad moral defendido anteriormente y, por el contrario, este principio informador del establecimiento de las penas y el cumplimiento de las mismas se define, en ocasiones, de un modo mucho más amplio.

El principio de humanidad de las penas surgió en la Ilustración y, particularmente, se planteó por Beccaria en su famosa obra «De los delitos y de las penas» al esgrimir la necesidad de humanización del castigo y concluir que la pena «debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima posible en las circunstancias dadas y proporcionada a los delitos». Desde entonces se entiende que este principio se entronca con la dignidad humana y, actualmente, se considera que impide aceptar, al menos, la pena de muerte, las penas corporales e infamantes y la pena de privación de libertad perpetua no revisable porque tratan al individuo de un modo vejatorio (Mir Puig, 2015, 26). También de este principio deriva la necesidad de que las sanciones penales sean lo menos severas en duración y en contenido aflictivo posible con la finalidad de satisfacer los mínimos de eficacia preventiva de las mismas.

No obstante, debe señalarse que la tendencia a la humanización progresiva del Derecho penal parece haberse detenido e incluso invertido desde los años 80 del siglo pasado (Mir Puig, 2016, 133-134). Algún autor sostiene, asimismo, que es preciso reconocer la contradicción que suscita el binomio «pena de prisión–resocialización», pues, de un lado, se contempla a la persona

como entidad dotada de dignidad y, de otro lado, se le otorga a la pena un fin resocializador que constituye una clara manifestación de la autoafirmación del Estado y de su orden de valores en el estricto momento de la imposición y ejecución de las sanciones penales (Quintero Olivares, 2010, 81-83).

Sin embargo, parece preciso distinguir entre la idea resocializadora entendida como postulado y fin legitimador del Derecho penal en su conjunto, y el principio de humanidad de las penas como postulado garantista y limitador del Derecho penal (Orts Berenguer, González Cussac, 2015, 194-195). Esta segunda interpretación del principio es la que estaría verdaderamente conectada con la idea de dignidad humana. Y, siendo este el sentido del principio de humanidad de las penas, considero que constituiría un límite para el legislador y el ejecutivo de que no aprueben legislación ni políticas penitenciarias que puedan poner en riesgo la integridad moral del penado. Así las cosas, el principio de humanidad implicaría que el establecimiento y posterior cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad deben respetar el derecho del penado a no ser tratado de una manera que pueda calificarse de humillante.

5. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores he señalado algunas de las referencias a la dignidad humana que contienen las legislaciones penal y penitenciaria, así como algunos ejemplos del empleo del argumento de la dignidad humana para explicar el alcance de ciertas instituciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Estas alusiones, como se habrá observado, se identifican, en unas ocasiones, con la dignidad humana colectivamente considerada (por ejemplo, para defender el bien jurídico protegido en los delitos relativos a por la manipulación genética); en otras, con la libertad de autodeterminación (para limitar la exención de estado de necesidad, por ejemplo); y las más frecuentes, con la integridad moral (tanto para justificar los delitos del Título VII y VII bis del Código penal como para explicar el principio penitenciario de humanidad).

Pero se apela tan asiduamente a la dignidad humana y desde perspectivas tan diversas y contradictorias, que su significado resulta muy difícil de especificar y su uso enturbia la discusión en los ámbitos penal y penitenciario. Por ello, a pesar de que autorizadas voces la han respaldado para justificar sus tesis, ni la dignidad individual, se interprete como se interprete, ni la dignidad humana colectivamente considerada deberían emplearse en estas disciplinas.

En el ámbito del estado de necesidad, la expresión «dignidad humana» parece hacer referencia al consentimiento válido de aquél sobre el que recae el

mal causado para evitar otro mal. Pero, entendida como derecho a adoptar las propias decisiones en los ámbitos centrales de la propia existencia, el concepto de dignidad no añade nada al de autodeterminación. En consecuencia, entiendo que convendría utilizar el término «libertad» o el de «consentimiento válido» para limitar la aplicación de la eximente del artículo 20.5 del Código penal.

Por su parte, la dignidad como bien jurídico-penal también encuentra serios obstáculos para ser admitida. Se estima, concretamente, que la dignidad humana no sería un derecho en sí mismo, sino un principio o valor que se predica de todos los derechos protegidos jurídico-penalmente: vida, integridad, libertad, honor, etc. De manera que todos los bienes individuales jurídico-penalmente protegidos serían porciones autónomas derivadas de la dignidad humana.

Siendo ello así, como sostiene Gracia Martín, la dignidad humana no sería ningún bien jurídico-penal, sino un atributo totalizador, «una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana» (Gracia Martín, 1996, 581). Por ello, gran parte de la doctrina considera que la dignidad humana, como valor o principio puede servir de guía; pero no puede ser objeto directo de protección en el ámbito penal y que son los concretos derechos los que, en su caso, deberán ser objeto directo de protección.

En definitiva, la dignidad tampoco debería considerarse un bien jurídico-penal porque no reúne los requisitos que la Dogmática exige a los bienes jurídicos para ser penalmente protegidos, ya que no sirve para legitimar una concreta intervención penal por su excesiva amplitud y vaguedad. Así pues, entiendo que, cuando se hace referencia a ella en un sentido individual, como sucede, por ejemplo, en el delito de trata de seres humanos, debería averiguarse si se quiere aludir al bien jurídico-penal «libertad» o al bien jurídico-penal «integridad moral» y optar entonces por usar estos términos. En cambio, cuando se hace alusión a la dignidad humana en un sentido colectivo, como sucede en algunos delitos relativos a la manipulación genética, su interpretación y admisión resultan más arduas porque se puede estar encubriendo un uso simbólico negativo del Derecho penal.

Por último, en el contexto penitenciario, considero que lo que implica el principio de humanidad es un límite para el legislador consistente en evitar la aprobación de políticas penitenciarias que puedan conllevar un trato vejatorio al condenado que le genere un sufrimiento innecesario. De este modo, se estaría tutelando, en definitiva, su integridad moral.

En conclusión, la dignidad humana es un principio que debe orientar, en general, las legislaciones penal y penitenciaria. En este sentido, la dignidad humana debe interpretarse como un valor colectivo. Por el contrario, el empleo del argumento de la dignidad humana debe evitarse en los Derechos penal y

penitenciario tanto si se utiliza en un sentido individual que pueda identificarse, en unas ocasiones, con la integridad moral y, en otras, con la libertad; como si se utiliza en un sentido colectivo, que trataría de legitimar objetos difusos y difícilmente compatibles con los clásicos postulados de estas disciplinas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Conde-Pumpido Tourón, C. (1996), «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución: su tutela penal», *Diario La ley*, n.º 4, 199.

Daunis Rodríguez, A. (2013), *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Díaz Pita, M. M. (1997), «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentados contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 20.

García Arán, M. (2004), «Esclavitud y tráfico de seres humanos», en De Toledo y Ubieto, E. O.; Gurdiel Sierra, M. y Cortés Bechiarelli, E. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Gómez Pavajeau, C. A. (2011), «La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de Derecho penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 93.

Gómez Rivero, M. C. (2013), «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista penal*, n.º 31.

— (2008), *La responsabilidad penal del médico*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Grima Lizandra, V. (2016), «Delitos contra la integridad moral», en Boix Reig, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial, Vol. 1*, Iustel, Madrid.

Iglesias Skulj, A. (2015), «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis Cp», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Juanatey Dorado C. y Doval Pais, A. (2014), «La noche más oscura. El uso de la tortura para la solución de un conflicto», en Vives Antón, T. S. *et al*. (coords.), *Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Lafont Nicuesa, L. (2008), *El delito de acoso en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Lloria García, P. (2016), «Trata de seres humanos», en Boix Reig, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, Madrid.

Luzón Peña, D. M. (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2011), «Torturas. Otros delitos contra la integridad moral», en Álvarez García, F. J. *Derecho penal español. Parte especial (I),* Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍN GARCÍA, M. M. (2005), «El cuerpo humano y el derecho. Notas a propósito de una monografía que quiere ser transgresora», *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 21.

MENDOZA BUERGO, B. (2016), «Sección 8. Delitos relativos a la manipulación genética», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Memento práctico penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid.

MIR PUIG, C. (2015), *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona.

MIR PUIG, S. (2016), *Derecho penal, Parte especial*, Reppertor, Barcelona.

MORILLAS CUEVA, L. (2002), «Manipulación genética: límites jurídico-generales y frontera penal. La respuesta del código penal español», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. (coord.), *Genética humana en el tercer milenio: Aspectos éticos y jurídicos*, Ediciones Akal, Toledo.

MUÑOZ CONDE, F. (2015), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2015), *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ ALONSO, E. J. (2008), *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PERIS RIERA, J. y GARCÍA GONZÁLEZ, J. (2005), «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., MORILLAS CUEVA, L. y PERIS RIERA, J. (coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson, Madrid.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2015), *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

QUINTERO OLIVARES, G. (2010), *Parte general del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2010), «Trata de personas», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (coord.), *Memento experto. Reforma penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (2016), «Delitos relativos a la manipulación genética, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid.

SANTANA VEGA, D. M. (2015), «Trata de seres humanos», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I,* Tirant lo Blanch, Valencia.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2014), «La dignidad y sus consideraciones normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 102.

¿EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, SOCIALES Y LABORALES? UN CUESTIONAMIENTO DESDE EL ANÁLISIS DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL

Ignacio Valentín Mayoral Narros
Universidad Europea de Madrid

David Pavón Herradón
Universidad Complutense de Madrid / Universidad Europea de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve referencia los Derechos Sociales y Laborales. El derecho a la igualdad y a la no discriminación en el contexto laboral. 3. Aproximación al delito de discriminación laboral en el Código Penal español, en el contexto de los delitos contra los derechos de los trabajadores. 3.1 Los delitos contra los derechos de los trabajadores en el Código Penal español. 3.2 Aproximación al delito de discriminación laboral. 3.3 La construcción dogmática del artículo 314 del Código Penal. ¿Protección del derecho a la no discriminación del trabajador? 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Las sociedades han evolucionado, incorporando en los respectivos Ordenamientos Jurídicos elementos e instrumentos orientados a la defensa de los Derechos Humanos, esto es, aquellos declarados fundamentales para el individuo, todo ello al margen de su nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Paralelamente, las mismas sociedades han ido desarrollado otro tipo de derechos vinculados a los anteriores, como lo son los Derechos Sociales y Laborales, los cuales alcanzaron su primer esplendor durante el siglo xx, dando origen a numerosos tratados, convenios y acuerdos internacionales, y a su incorporación a los Ordenamientos internos de los países firmantes. De este modo, la Constitución Española de 1978 recoge los citados derechos en varios de sus preceptos.

Entendido el Derecho Penal como un sistema de control social, cuya misión pivota, de una parte, sobre la prevención de los comportamientos capaces de poner en riesgo o lesionar los bienes jurídicos entendidos socialmente como más importantes y, de otra parte, sobre la proporcionada y justa respuesta que el *ius puniendi* del Estado debe procurar frente los ataques más graves a dichos bienes, haciendo un repaso al vigente Código Penal español podemos hallar varias figuras confeccionadas precisamente para la tutela de los precitados Derechos Fundamentales, Sociales y Laborales.

En este contexto, la presente investigación pretende analizar sucintamente y en particular el artículo 314 del Código Penal español, que recoge el delito de discriminación laboral, todo ello al objeto de comprobar si, a través de esta figura se está dispensando debida protección a este derecho o si, por el contrario, ello no es así. En este sentido, si bien se trata de un precepto que parece apuntar hacia la dispensa de dicha protección, por el contrario, no puede desconocerse las dificultades que de su construcción dogmática se derivan, y que podrían cuestionar si la verdadera intención del legislador ha sido la salvaguarda del mentado derecho.

2. BREVE REFERENCIA LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONTEXTO LABORAL

Durante el siglo xx han acontecido importantes procesos de cambio en materia de Derechos Humanos, especialmente desde la Declaración Universal

de 1948, producida en el contexto de las Naciones Unidas [1]. De forma concatenada a esta Declaración, se ha ido avanzado en la consagración de diferentes ramificaciones de aquellos Derechos, y así en el caso de los llamados Derechos Sociales y Laborales.

Efectivamente, mediante instrumentos tales como los tratados, los convenios y los acuerdos entre Estados, se ha procurado avanzar en la defensa de los derechos sociales y de los trabajadores, si bien de forma armonizada y equilibrada con los intereses también necesarios que se derivan de las actividades productivas y empresariales, motor de las Economías.

No obstante la importancia y punto de inflexión que supone en materia de Derechos Fundamentales la Declaración Universal de 1948, en el ámbito netamente socio-laboral, hemos de remontarnos como momento clave a 1919, año en el que se lleva a cabo la constitución de la Organización Internacional del Trabajo (Cassena Montejo, 2011, 36), como parte del Tratado de Versalles, que puso fin a la I Guerra Mundial, siendo uno de sus principales postulados que la paz universal y permanente sólo era posible alcanzando la denominada «justicia social» [2].

Esta regulación de mínimos, si se permite la expresión, ha propiciado que los distintos Estados avancen en sus legislaciones y mediante compromisos internacionales, en cuanto a la consolidación de los Derechos Sociales y Laborales. Así, en nuestro entorno más cercano de la Unión Europea, los derechos socio-laborales quedaron incorporados a la Carta Social Europea de 1961 y sus protocolos adicionales, a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores de 1989, al Tratado de la Unión Europea de 1992 y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

Esta regulación persigue la consolidación de los derechos y evitar situaciones tales como la exclusión, la marginación, la discriminación o la explotación. Puede afirmarse, por tanto, que los Derechos Sociales y Laborales se residencian en el principio y, a su vez, derecho fundamental a la igualdad, cuyos presupuestos son, en este ámbito, la igualdad en el desenvolvimiento social, y la igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito laboral. De este modo, los derechos socio-laborales son «aquel fragmento de los derechos humanos que intenta satisfacer en la organización social las exigencias derivadas

[1] La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones.

[2] La Organización Internacional del Trabajo es actualmente un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de cuestiones de naturaleza laboral. Promover los derechos en el trabajo, fomentar las oportunidades de empleo digno, fortalecer la protección social y reforzar el diálogo sobre asuntos de la esfera laboral, constituyen sus principales objetivos.

del principio de igualdad, especialmente dentro del ámbito de las relaciones económicas y sociales» (Castro Cid, 2009, 128).

El derecho a la igualdad y, con motivo del mismo, el principio de no discriminación, han sido objeto de regulación en los distintos Ordenamientos Jurídicos. El artículo 14 de la Constitución Española [3], inspiradora del conjunto de normas, establece que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Se trata de un verdadero valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico [4] y no una mera declaración constitucional (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2017, 269). Esta previsión es, en buena lógica, trasladable y aplicable al ámbito laboral; alguna de las manifestaciones del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación, ya concretamente en esta materia, se puede observar en el derecho al trabajo de todos los ciudadanos entendido como valor social, en la evitación de la llamada brecha salarial, en la igualdad de las condiciones de trabajo, o en la protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras, entre otros derechos.

Además de dichas manifestaciones, derivadas del propio derecho de igualdad, la Constitución dedica varios de sus artículos a enunciar los derechos esenciales de los trabajadores, a saber: artículo 28 (la libertad sindical y el derecho a la huelga), artículo 35 (deber de trabajar y derecho al trabajo; derecho a la libre elección de profesión u oficio; derecho a la promoción a través del trabajo; y derecho a una remuneración suficiente y sin discriminación por razón de sexo), artículo 37 (derecho a la negociación colectiva entre trabajadores y empresarios; y derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo) y artículo 40.2 (derecho a la formación y readaptación profesionales; derecho a la seguridad e higiene en el trabajo; y derecho al descanso y vacaciones retribuidas).

Sin pretender en este momento profundizar en los conceptos relativos al derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, por no ser ese el objeto del presente estudio, sí puede señalarse que el desarrollo normativo del principio de igualdad en el Ordenamiento Jurídico español ha sido muy profuso, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de luchar contra la desigualdad

[3] Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978; ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978, y sancionada por S. M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

[4] Sobre los valores axiológicos de la Constitución, vid. por todos, Lucas Verdú (1997).

entre hombres y mujeres, con clara afectación a la materia laboral [5]. Con motivo de este fenómeno concreto, la paradigmática Ley Orgánica 3/2007 [6], ha establecido unas pautas que son trasladables al resto de situaciones no igualitarias o discriminatorias en el ámbito laboral o entre trabajadores, aunque no son las únicas, al señalar que la igualdad y la no discriminación debe garantizarse con relación al acceso al empleo, la formación y la promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluyendo las retributivas y de despido, así como las relativas a la posibilidad de pertenecer y participar en las organizaciones sindicales y empresariales (Núñez-Cortés Contreras, 2009, 16).

La igualdad en el contexto laboral se concibe, pues, como un valor jurídico superior y *erga omnes* que se concreta en la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Al hilo de ello puede distinguirse, de una parte, la llamada discriminación directa, de otra parte, la denominada discriminación indirecta y, de otra parte, la discriminación oculta (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2017, 273 y 274). Se trata de tipos de discriminación que, efectivamente, pueden producirse en este ámbito, según criterio del Tribunal Constitucional [7].

De este modo, se entiende por discriminación directa en el ámbito laboral, aquella que establece consecuencias diferentes o un trato desfavorable en una situación análoga para las personas afectadas; es discriminación indirecta aquella que se deriva de una medida o norma aparentemente neutral pero que por el contrario despliega efectos discriminatorios, todo ello por razón de perjudicar a un mayor número de individuos que los que son favorecidos por la misma; y es discriminación oculta, aquella que se produce ante medidas que sin ser aparentemente discriminatorias, sin embargo están ocultando una situación de desigualdad con conocimiento de quien las adopta.

Cualquiera que sea la forma que adopte el acto discriminatorio, lo cierto es que supone la conculcación del derecho a la igualdad de los trabajadores, lo que debe ser objeto del oportuno tratamiento por parte del Ordenamiento Jurídico, tanto desde una perspectiva reguladora-preventiva, como desde la correctora y, en su caso, sancionadora.

---

[5] Sobre la desigualdad entre hombres y mujeres en el contexto laboral, vid. por todos, Núñez-Cortés Contreras (2009).

[6] Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

[7] Vid., entre otras, STC 13/2001, de 29 de enero, STC 203/2000, de 24 de julio, STC 136/1996, de 23 de julio o STC 145/1991, de 1 de julio.

3. APROXIMACIÓN AL DELITO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, EN EL CONTEXTO DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

3.1 **Los delitos contra los derechos de los trabajadores en el Código Penal español**

Sabido es que el Derecho Penal se trata de un sistema de control social que, por una parte, en un primer plano emplea la amenaza de una pena para evitar que en la sociedad emerjan conductas o comportamientos atentatorios contra los bienes jurídicos más importantes, esto es, aquellos que han sido declarados como esenciales para los individuos y el conjunto de la sociedad y que, por tal razón, merecen un grado de tutela mayor que el resto de intereses o bienes; y por otra parte, que en atención a la gravedad que para el sujeto infractor conlleva la intervención del Derecho Penal, por cuanto podrá conllevar una privación de derechos de gran importancia, esencialmente la libertad deambulatoria, el patrimonio y derechos sociales, se configura como el último recurso al que acudir para la tutela de aquellos bienes jurídicos, al que sólo debe recurrirse cuando no existe otro método menos gravoso para el infractor y que permita la salvaguarda de tales intereses.

Teniendo presente estas premisas habilitadoras del Derecho Penal, el Código Penal español [8] ha reservado su Título XV para la protección de algunos derechos de los trabajadores, entendidos esenciales y fundamentales y, por ello, merecedores de dicho tratamiento protector, al tiempo que proporciona otro tratamiento, esta vez de naturaleza sancionadora, para el agente responsable de la lesión o puesta en peligro de los derechos de los trabajadores.

Efectivamente, bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», se han previsto comportamientos graves contra los mentados derechos, que se concretan en: la imposición de condiciones de trabajo perjudiciales; la ocupación colectiva de trabajadores sin comunicar su alta en la Seguridad Social o sin autorización de trabajo; el mantenimiento de las condiciones perjudiciales impuestas por otro; la utilización para con los trabajadores de la violencia o intimidación; el tráfico ilegal de mano de obra; el reclutamiento o determinación del abandono de puestos de trabajo fraudulentos; el empleo de extranjeros o menores sin permiso de trabajo; la emigración fraudulenta; la discriminación laboral; la obstaculización de la libertad sindical y el derecho de huelga; las coacciones para hacer huelga; y la afectación de la seguridad e higiene en el trabajo.

[8] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Con relación a este buen número de comportamientos, la mayoría de la doctrina penalista se ha postulado en la idea de que sí es posible hallar un único y común bien jurídico o interés digno de protección directa, el cual consistiría en los derechos de los trabajadores en general (su naturaleza sería colectiva), más allá, por tanto, de los derechos o intereses concretos e individuales de cada trabajador en el supuesto de que se trate (Pedreira González, 2015, 218 y 219).

En contraposición a esta postura doctrinal mayoritaria se han posicionado algunos autores, para quienes no es posible señalar un bien jurídico común sin más, sino que dentro del Título XV del Código Penal pueden hallarse e identificarse una pluralidad de bienes jurídicos o intereses inmediatos protegidos, tales como la vida, la salud, la seguridad o la libertad, entre otros. Se tratarían de intereses particulares (del trabajador afectado en cada caso) pero al tiempo de dimensión colectiva o social (por su afectación a los derechos de los trabajadores), debiendo estarse al caso concreto para comprobar qué opción de las dos predomina, de cara a señalar qué se protege (Muñoz Conde, 2015, 305; Pedreira González, 2015, 220).

A este respecto, en nuestra opinión el bien jurídico objeto de protección directa se correspondería con la segunda de las posturas expuestas, si bien más que estar al caso concreto para comprobar qué opción de las dos predomina, de cara a señalar qué se protege, debería estarse simplemente al delito concreto de que se trate, puesto que unos afectan siempre a intereses particulares del trabajador, mientras que otros lo hacen siempre a intereses colectivos, como en el caso del delito de discriminación laboral que abordaremos a continuación.

3.2 **Aproximación al delito de discriminación laboral**

De entre todos los delitos del Título XV del Código Penal, el referido a la discriminación laboral se encuentra recogido en el artículo 314, que reza de la siguiente forma [9]: «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras re-

[9] El artículo 314 del Código Penal ha sido objeto de modificación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, sustituyéndose en su redactado la palabra 'minusvalía' por 'discapacidad'.

querimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses».

Se trata de un delito que, tal y como se deduce del literal de la norma, consiste en causar una grave discriminación [10] en el contexto del empleo contra algún trabajador, con motivo de su ideología, religión, creencias, etnia, raza, nación, sexo u orientación sexual, situación familiar, enfermedad, discapacidad, pertenencia a los agentes sociales, parentesco con otros trabajadores o por el uso de determinada lengua oficial del Estado [11]. Discriminación que no cesa a pesar del requerimiento efectuado por parte de la autoridad correspondiente y, consecuentemente, sin que se efectúe la reparación de los daños económicos causados por razón de tal comportamiento lesivo [12].

3.3 La construcción dogmática del artículo 314 del Código Penal. ¿Protección del derecho a la no discriminación del trabajador?

La ubicación del precepto dentro del citado Título XV del Código Penal («De los delitos contra los derechos de los trabajadores»), unido al mandato de no discriminación de los trabajadores incluido en el artículo, parece evidenciar la voluntad del legislador a la hora de incluir este comportamiento en el texto penal, esto es, otorgar oportuna protección al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación de los trabajadores en el ámbito laboral; dicho de otra forma, que ningún trabajador sea discriminado en el contexto laboral «por razón de su ideología, religión o creencias,… etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores… o por el uso de alguna de las lenguas oficiales». No en vano, de haber pretendido la protección de un bien jurídico diferente, habría optado por la inclusión del precepto en otra parte de la norma Penal sustantiva y, con toda probabilidad, habría dado distinta redacción al precepto.

---

[10] Por discriminación grave habrá de entenderse «manifiesta, patente o palmaria» (Aguado López, 2012, 68). Sobre la determinación de la gravedad de la discriminación, vid., por todos, Villacampa Estiarte, 2011, 1168.

[11] Extensamente sobre las causas de discriminación, vid. de nuevo, por todos, Villacampa Estiarte, 2011, 1169 a 1172.

[12] El hecho de la falta de reparación económica debe ser entendido como una condición de procedibilidad. En este sentido, habrá de ser tenida en cuenta cuando efectivamente se haya producido un daño, pero nunca como una indemnización por la discriminación (Queralt Jiménez, 2010, 867).

Hemos de comprender, por consiguiente, que el derecho a un trato igualitario, en definitiva, que el derecho a igualdad en el trabajo, como expresión del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación consagrados en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, se configura como el bien jurídico inmediatamente protegido. En este sentido, puede señalarse, sin temor a error, que la redacción del artículo 314 del Código Penal, estaría inspirada en la literalidad del citado precepto constitucional, al señalar que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» [13].

Dicho lo anterior, contrasta con tal aparente clara definición del bien jurídico la inclusión en la segunda parte del precepto de la necesidad de que el sujeto autor de la discriminación haya sido previamente requerido para cesar en dicha actitud y haya hecho caso omiso a tal mandato de la autoridad administrativa o judicial. Y llama la atención por cuanto tal previsión estaría condicionando la protección del derecho a la igualdad, al depender la intervención del Derecho Penal de la existencia de un previo requerimiento de cesación del comportamiento no atendido.

Este requisito permite apuntar en dos direcciones interpretativas:

a) Efectivamente nos hallamos en presencia de un delito que pretende salvaguardar el derecho a la igualdad de los trabajadores o, en su caso, el derecho a no ser discriminado (Aguado López, 2012, 67 y 68; Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, 2010, 694; Baylos Grau y Terradillos Basoco, 1997, 130; Fernández Pantoja, 2006, 353; Martínez-Buján Pérez, 2015, 539; Pomares Cintas, 2011, 903), si bien para que el Ordenamiento penal intervenga en pro de la tutela de dicho derecho, se hace necesario que primero haya sido tratado de proteger por el Ordenamiento extrapenal; extremo que se correspondería con los principios *de ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho Penal, que vienen a informar que esta rama sancionadora del Ordenamiento Jurídico sólo interviene

[13] La regulación de la desigualdad o no discriminación en el Código Penal se produce sobre la base y fundamento de su previsión constitucional ex artículo 14, derecho que es recogido por la normativa laboral, concretamente en el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores (Villacampa Estiarte, 2011, 1166).

El artículo 4.2.c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, previene: «2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (…) c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

para la protección de los bienes jurídicos más importantes, pero frente a los ataques más graves, cuando otros Órdenes del Derecho no fueran capaces de tutelar tales bienes jurídicos, en el sentido indicado en líneas anteriores.

Esta consideración supondría interpretar que la expresión «… y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa…», se configuraría como condición de procedibilidad, en el sentido de que para que el Derecho Penal pudiera actuar y desplegar sus efectos para la salvaguarda del bien jurídico igualdad en el contexto laboral, sería preciso que primero se haya tratado de tutelar a través de otros medios menos lesivos para el infractor y que, ante el fracaso de tales formas de tutela, se habilita la intervención del Derecho penal punitivo.

b) La alternativa a lo expuesto como primera solución dogmática apuntaría a considerar que, en contra de las apariencias, el bien jurídico protegido no se trataría del derecho a la igualdad de los trabajadores, es decir, que no nos hallaríamos ante una figura marcada por un comportamiento de naturaleza discriminatoria, sino que más bien nos encontraríamos ante un delito que atentaría contra el correcto funcionamiento de la Administración, siendo, por tanto, su naturaleza de mera desobediencia (Ortubay Fuentes, 2000, 206; Pérez Manzano, 1997, 285).

Efectivamente, el hecho de que para la prosecución de la desigualdad del trabajador se exija un previo requerimiento por parte de una Administración, presumiblemente la laboral, aunque no necesariamente extrajudicial (Baylos Grau y Terradillos Basoco, 1997, 136; De Vicente Martínez, 2008, 472; García Arán, 2004, 1297; Navarro Cardoso, 1998, pp. 118 y 119; Pedreira González, 2015, 342 y 343) [14], el cual debe haberse desatendido por el agente generador de tal discriminación, supone tanto como señalar que no toda discriminación merecería la misma protección, sino sólo aquella con relación a la cual se hubiera demandado su cesación y la misma no hubiera llegado. Desde este prisma, parece difícil comprender que, si el bien jurídico protegido consiste en la igualdad de trato en el contexto laboral, no toda discriminación deba tener el mismo tratamiento protector, sino que, contrariamente, ello se hace depender exclusivamente de si previamente se ha requerido o no a quien ejerce el trato discriminatorio para que cese en dicha agresión al bien jurídico.

En resumen, mientras que la primera de las posibilidades apunta a que sólo se actuaría desde el Derecho Penal cuando hubieran fracasado otras for-

[14] Junto con el requerimiento y sanción netamente administrativa, debe incluirse con respecto a la expresión del artículo 314 del Código Penal «requerimiento o sanción administrativa» el requerimiento judicial. No obstante, existen numerosas opiniones contrarias en la doctrina, que apuntan a que únicamente el requerimiento y la sanción pueden contextualizarse en el ámbito del procedimiento administrativo extrajudicial.

mas de tutela extrapenales, pudiendo considerar que estaríamos entonces ante los ataques más graves, merecedores de dicha intervención punitiva de esta rama del Ordenamiento y que el previo requerimiento de cesar en la actitud discriminadora se trataría de una condición de procedibilidad, la segunda de las posibilidades sugiere que nos hallamos simplemente en presencia de un delito de mera desobediencia a la Administración, de tal serte que el bien jurídico protegido sería el correcto funcionamiento de la misma y que, en todo caso, el derecho a la no discriminación se trataría de un bien jurídico secundario o mediato, siendo incorrecta, por consiguiente, la ubicación del precepto en el Título XV del Código Penal.

Por tanto, existen dos posibles soluciones desde la dogmática penal a la cuestión planteada, esto es, qué se protege en el artículo 314 de la norma penal sustantiva: una, entender que, efectivamente, se trata de proteger un derecho fundamental; otra, que nos hallamos en presencia de un delito de desobediencia, donde lo que se pretendería proteger es el correcto funcionamiento de la Administración. La construcción dogmática del precepto que se defienda (condición de perseguibilidad vs. elemento descriptivo del tipo), nos arrojará solución a la pregunta formulada; si efectivamente se está protegiendo o no un derecho fundamental, social y laboral a través de esta figura.

Acerca de la solución a adoptar en la interpretación de qué se protege mediante este precepto, teniendo en cuenta su construcción dogmática, si se admite que el requerimiento previo no atendido por el agente causante de la discriminación es una condición de procedibilidad, no podría admitirse que el bien objeto de tutela fuera el correcto funcionamiento de la Administración a tenor de la desobediencia acaecida, pues únicamente estaríamos en presencia de un requisito para que el comportamiento fuera objeto de tratamiento penal; y si se admite que tal requerimiento forma parte del elemento descriptivo del tipo, esto es, el tipo consiste en el acto de desobediencia, el bien jurídico no parece oportuno que fuera el derecho a la igualdad o, en su caso, el derecho a no ser discriminado.

Pues bien, en nuestra opinión, ninguna de las dos soluciones excluyentes planteadas es correcta. Debe considerarse que el artículo 314 del Código Penal contiene en su conformación dos comportamientos relevantes, fruto de los cuales (de ambos) nace el delito, cuando tales comportamientos resultan ser antijurídicos y el sujeto activo culpable. Se trata de un delito que consiste en discriminar a un trabajador por los motivos definidos en el precepto y, al tiempo, que consiste en desoír el mandato o indicaciones de la Administración Laboral o de la Jurisdicción Laboral.

Precisamente la circunstancia de que haya un requerimiento, implica que el derecho a la igualdad transgredido en el trabajo se tutela de forma bien distinta a la penal, como decimos, ya por la Administración Laboral, ya por la Jurisdicción Social, y que debe ser suficiente tal intervención extrapenal para que la acción discriminatoria o generadora de desigualdad desaparezca, por lo que no tiene mucho sentido comprender que el único bien jurídico a proteger fuera, cuando se abre paso la acción penal, los citados principios o derechos constitucionales. Más bien debe comprenderse que a la persistencia de la discriminación se le suma un plus de antijuricidad, consistente en el acto de desobediencia en sí, concebido como un nuevo injusto penal que, como tal, merece el oportuno tratamiento, junto con la persistente desigualdad generada en perjuicio del trabajador. Y, por consiguiente, si la desobediencia se trata de un nuevo comportamiento típicamente antijuridico, no tiene sentido interpretar que la misma conforme simplemente una condición de perseguibilidad del delito primigenio.

Lo anterior nos conduce a concebir el delito del artículo 314 del Código Penal como «un tipo de varios actos, que determinan la existencia de un delito pluriofensivo, que protege tanto el interés del Estado en que se cumplan sus resoluciones en este ámbito concreto, como el derecho a la igualdad del trabajador» (Pedreira González, 2015, 331).

A *sensu contrario* debe destacarse que esta solución implica que el legislador no ha considerado oportuno proteger penalmente *per se* los comportamientos generadores de desigualdad entre trabajadores (o discriminatorios de unos frente a otros trabajadores), por lo que, en respuesta a la pregunta formulada al inicio de la presente investigación, si bien es cierto que el artículo 314 del Código Penal termina protegiendo el derecho a la igualdad en el trabajo (la igualdad de los trabajadores), lo cierto es que lo condiciona a la existencia de una desobediencia del agente causante de tal desigualdad, que no cesa en su actitud pese a ser requerido por la Administración, razón que justifica que el comportamiento consistente en la desobediencia tenga la misma importancia que el consistente en el trato discriminatorio, razonamiento que afianza la idea de que el bien jurídico que se protege es doble, que nos hallamos en presencia de una figura pluriofensiva, y que la misma está compuesta de dos comportamientos que han de producirse al tiempo [15], considerándose consumado el delito cuando se producen los dos, lo que conlleva necesariamente que, dado que

[15] Este doble comportamiento haría preciso proceder al estudio de si nos hallamos en presencia de un delito de acción u omisión y, en este caso, si se trataría de una omisión pura o de una omisión impropia, debate que eludimos en este momento por exceder del objeto del presente planteamiento.

la situación de discriminación ya venía produciéndose, realmente tendrá lugar cuando acontezca la desobediencia (Aguado López, 2012, 68).

Por todo lo anterior, y en palabras de Pedreira González, cuyo posicionamiento compartimos, cabe concluir que el artículo 314 del Código Penal español «tutela tanto un bien jurídico de la colectividad como un bien jurídico individual, que deben ser afectados de forma acumulativa y no alternativa» (Pedreira González, 2015, 331 y 332).

4. CONCLUSIONES

Primera: Los actos discriminatorios entre trabajadores suponen la conculcación del derecho a la igualdad de los mismos, lo que debe ser objeto del oportuno tratamiento por parte del Ordenamiento Jurídico, tanto desde una perspectiva reguladora-preventiva, como desde la correctora y, en su caso, sancionadora.

Segunda: en contra de lo mantenido por la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido en el delito de discriminación laboral no es, en exclusiva, el derecho a la igualdad del trabajador o a la no discriminación, en tanto que la desobediencia incluida en el precepto no es una mera condición de procedibilidad, sino que se trata de uno de los comportamientos que componen la descripción típica.

Tercera: tampoco puede señalarse que el bien jurídico objeto de protección directa sea, conforme a la postura doctrinal minoritaria, el correcto funcionamiento de la Administración, en atención a la desobediencia que se produce, en tanto que resulta plausible que la base regulatoria del artículo 314 del Código Penal deriva directamente de las previsiones del artículo 14 de la Constitución Española, pudiendo afirmarse que dicha era la intención del legislador a la hora de incluir esta figura en la norma penal sustantiva, la cual incluye en su Título XV, bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores».

Cuarta: el legislador ha pretendido proteger el derecho a la igualdad de los trabajadores (o el de no discriminación), a través del artículo 314 del Código Penal, pero únicamente cuando, junto con la conculcación de aquel derecho, se produce un acto de desobediencia frente a las resoluciones emanadas de la Administración Laboral y/o Jurisdicción Social, de donde se deduce que tanto el comportamiento discriminatorio como el de desobediencia presentan la misma importancia, y que sólo juntos se configura el delito.

Quinta: pese a todo, respondiendo a la pregunta formulada en el título del presente estudio, sí puede afirmarse que el Derecho Penal se trata de un instrumento de tutela de los Derechos Fundamentales, Sociales y Laborales, al menos en lo que al artículo 314 del Código Penal se refiere, aunque en este caso no con carácter absoluto.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguado López, S. (2012), «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Boix Reig, J. (Dir.) y VV. AA., *Derecho Penal. Parte Especial, vol. III*, Ed. Iustel, Madrid.

Álvarez Conde, E. y Tur Ausina, R. (2017), *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid.

Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. (2010), *Derecho penal económico*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. (1997), *Derecho penal del trabajo*, Ed. Trotta, Madrid.

Cassena Montejo, M. (2011), «Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, vol. 23*, Ed. Universidad Nacional de Costa Rica, Heredia.

Castro Cid, B. (2009), *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los Derechos Humanos*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona.

De Vicente Martínez, R. (2008), *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Fernández Pantoja, P. (2006), Comentarios al Código penal, segunda época, Cobo del Rosal, M. (Dir.), tomo X, vol. I, Ed. Cesej, Madrid.

García Arán, M. (2004), *Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo I, Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (Dirs.)*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

Lucas Verdú, P. (1997), *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Ed. Dykinson, Madrid.

Martínez-Buján Pérez, C. (2015), «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Vives Antón, T. S., Orts Berenguer, E., Carbonell Mateu, J. C., Martínez-Buján Pérez, C., Cuerda Arnau, M.ªL., Borja Jiménez, E. y González Cussac, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Muñoz Conde, F. (2015), *Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Navarro Cardoso, F. (1998), *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2009), *Nociones básicas sobre igualdad en las relaciones laborales. Guía para la empresa y Administraciones Públicas*, Ed. Tecnos, Madrid.

ORTUBAY FUENTES, M. (2000), *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.ª (2015), «Delitos contra los derechos de los trabajadores (I)», en Gómez Pavón, P., Armendáriz León, C., Pedreira González, F. M.ª y Bustos Rubio, M., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Ed. Bosch, Barcelona.

PÉREZ MANZANO, M. (1997), «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica, vol. I-1997*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid.

POMARES CINTAS, E. (2011), «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Álvarez García J. (Dir), Manjón-Cabeza Olmedo, A. y Ventura Püschel, A. (Coords.), *Derecho Penal español. Parte especial (II)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2010), *Derecho Penal español. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011), «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en Quintero Olivares, G. (Dir.), Morales Prats, F. (Coord.) y VV. AA., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra.

DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: FRANJA DE CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA

Ignacio Valentín Mayoral Narros
Universidad Europea de Madrid

María José Molina García
Centro de Estudios Garrigues

SUMARIO: 1. Contextualización. 2. Convergencia y Divergencia Derecho Penal vs. Derecho Administrativo sancionador. 3. Responsabilidad ambiental: régimen penal y administrativo sancionador. 4. Régimen sancionador penal y administrativo imputable a las infracciones cometidas por menores de edad. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. CONTEXTUALIZACIÓN

Como ramas del Derecho público, el Derecho administrativo y el Derecho Penal se distinguen por explicitar el *ius imperium* o *ius puniendi* del Estado. Esto es, legitimidad jurídica reconocida constitucionalmente, que le dota de competencia o jurisdicción para obligar el cumplimiento de ciertas reglas de conducta con el fin de preservar la convivencia pacífica y el bienestar en la

sociedad [1]. Todo ello en unión directa con el conjunto de garantías y valores constitucionales vigentes que se expanden a ambas disciplinas jurídicas, resguardando las diferencias naturales de uno y otro procedimiento, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto penal o administrativo. El proceso evolutivo experimentado por el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento jurídico español en los tiempos recientes permitiría afirmar la constatación de una corriente expansiva y represiva en los dos sistemas punitivos tradicionales del Estado (Antón-Mellón, Álvarez y Rothsteing, 2017; Silvia Sánchez, 1999; Cancio Meliá, 2003). Cuestión nada baladí para la dogmática jurídica es atestiguar si esta tendencia es pertinente o no, en aras de sufragar el interés general y el Estado de Derecho.

La cohabitación de ambas disciplinas jurídicas en un mismo orden legal los presenta como dos sectores autónomos y separados y, aun así, con conexiones destacadas para resolver problemáticas jurídicas particulares. A lo largo del presente análisis, se parte de dicha evolución para, en el marco de la actual Constitución española, examinar las posibles y necesarias zonas de convergencia y divergencia entre estos dos regímenes sancionadores. Para cumplir con el propósito de este estudio, se toma como referencia dos escenarios concretos y coetáneos que permiten examinar la franja, muchas veces difusa o borrosa, entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: (a) la protección y defensa del medio ambiente; (b) el régimen imputable a las infracciones cometidas por menores de edad. En ambos contextos legales se evidencia que las infracciones tipificadas son aquellas que afectan a bienes jurídicos de máxima relevancia para la comunidad, como puede ser la vida o la integridad física, las cuales son objeto de sanciones penales o pueden ser sancionables en vía administrativa e impuestas por las Administraciones Públicas. Esta dualidad se evidencia en el artículo 25.1 de la Constitución Española.

[1] Véase artículo 25 de la vigente Constitución española. Esta protección (el *ius puniendi*) monopolizada por el Estado y no debe realizarse de forma arbitraria sino ajustada a unos principios garantizadores de respeto a los derechos de los ciudadanos. El derecho a castigar o sancionar del Estado debe realizarse conforme a unos principios que limiten ese poder. La fórmula contenida en el artículo 1.1 de nuestra norma fundamental permite concluir inequívocamente que en el orden penal se requiere adoptar una serie de garantías limitativas del *ius puniendi* del Estado, y que las categorías sistemáticas que integran la teoría del delito y la de la pena deben estar informadas por la idea promocional del individuo y de la sociedad en sede de los principios de igualdad y libertad (véase Mir Puig, 2011). En relación con la necesaria orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, véase Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2012) y Pavón Herradón (2018).

2. CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA DERECHO PENAL VS. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La práctica de la potestad sancionadora, tanto en vía administrativa como en el orden judicial-penal, en términos de regulación, tramitación y ejercicio queda limitada por los dictados previstos en la Constitución de 1978, dibujándose franjas de confluencia y de discrepancias entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Partimos de la siguiente premisa, el Derecho penal debe ser en todo caso la respuesta jurídica a las más graves vulneraciones, de ahí se deriva el importante papel que el sistema español atribuye al Derecho Administrativo sancionador en el marco de su esfera competencial [2].

El primer punto de contacto formal y material entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador se da mediante los principios sustantivos. Se declara por parte de la normativa, de la jurisprudencia [3], y de la doctrina de autor, que la potestad sancionadora de la Administración Pública enlaza directamente con los principios jurídicos que inspiran el Derecho penal. Es válido que el Derecho Administrativo sancionador tome como referencia las técnicas garantistas del Derecho penal, pero debe hacerlo de forma prudente, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible si resultan compatibles con su naturaleza [4].

Las infracciones y sanciones administrativas guardan una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico. Convergen en la introducción del principio de reserva de ley para la determinación objetiva de la relación de infracciones y sanciones [5]. Relativo al principio de reserva de ley, acogiendo las soluciones reveladas por la jurisprudencia constitucional, la Ley 40/2015 no ha incorporado una auténtica y estricta reserva de ley, sino el principio de cobertura legal, permitiendo

---

[2] Véase las SSTS de 28 de febrero de 1992, de 5 de octubre de 1993, de 3 de abril de 1995, y de 1 de febrero de 1997.

[3] Reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la STC 18/1981, de 8 de junio. Así mismo una muy reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (desde la STS 29 septiembre de 1980, STS 4 de noviembre de 1980 y STS de 10 de noviembre de 1980, entre otras).

[4] Este tratamiento es acogido por nuestra doctrina jurisprudencial, delimitando y matizando este principio general en sus diversas manifestaciones, refiriéndose a que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado» (véase SSTS de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, STC 18/1981 y otras posteriores).

[5] Las restricciones, específicas y explícitas, a la imposición de sancionar, como puede ser la prohibición de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad (art. 25.3 CE), son impuestas por principios como el de legalidad (art. 25.1 CE) y otros de igual rango constitucional (tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad…).

la colaboración reglamentaria en la creación de infracciones y sanciones (Parada Vázquez, 2010)[6].

Prosiguiendo con el ámbito de confluencia entre ambos órdenes legales está la aplicación del principio *non bis in ídem* para solucionar la controversia teórica-práctica de la compatibilidad o no entre sanción penal y administrativa[7]. El Tribunal Constitucional formuló una interpretación particular de este principio, deduciéndose que «debía sancionar el primero que llegase en una especia de *prior in tempore, potior in iure*» (STC 177/1999). Posteriormente, este pronunciamiento constitucional fue corregido por la STC 2/2003, de 16 de enero, resultando ser muy clara la obligación administrativa de suspender el procedimiento sancionador a la espera de lo que resuelva o dicte el juez penal. En todo caso, en virtud de este principio, es evidente la primacía de la decisión adoptada por el órgano penal.

Por su parte, el principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador comprende las exigencias de la existencia de una ley (*lex scripta*), de que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y de que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Como vertiente del mencionado principio de legalidad emerge el principio de tipicidad[8], que enlaza a su vez estrechamente con el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, y exige la más estricta adecuación entre la conducta prohibida descrita en el tipo y el hecho cometido por acción u omisión.

Otro de los principios rectores del proceso punitivo penal derivado del de legalidad, que se esquiva tradicionalmente en el procedimiento sancionador administrativo, es el denominado principio de oficialidad o de obligatoriedad

---

[6] Los apartados 1 y 2 del citado artículo 27 de la Ley 40/2015 mencionan la «*Ley*», pero el apartado 3 del mismo precepto alude que «las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente». Por tanto, faculta la participación reglamentaria en la tipificación (véase PARADA VÁZQUEZ, 2010).

[7] El dictado en aplicación de este principio es patente, cuando hay coincidencia entre las conductas reguladas por el Código Penal y por las leyes administrativas, prima la instancia penal. Por ejemplo, todas las leyes ambientales españolas disponen la obligación que tiene el órgano que está tramitando el procedimiento administrativo sancionador de suspender el procedimiento cuando se aprecian indicios de delitos. En ese caso, se suspende el procedimiento, se envía el expediente al fuero penal y se espera que se pronuncie el juez.

[8] El principio de tipicidad en el ámbito jurídico que nos sirve de referencia para este estudio ha generado controversia doctrinal, exigiendo al Tribunal Constitucional español su pronunciamiento en diversas ocasiones. Es por ello que las normas que definen las infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica. Con cierta frecuencia, en materia ambiental, se emplaza al órgano sancionador la determinación de las categorías de la infracción, es decir, su graduación (muy grave, grave o leve) por razón de las circunstancias que confluyen en el caso.

del ejercicio de la acción punitiva [9]. Asimismo, debe ser aplicable y reconocible en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado de la facultad coercitiva del Estado a través de la autoridad competente, el principio de presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) como derecho fundamental de toda persona. Dicho principio es aplicable al procedimiento administrativo sancionador con matices o modulaciones, que difieren de lo apreciado en el orden penal.

La concurrencia que se describe no es óbice para que se reconozcan, a su vez, aspectos diferenciadores, así como límites al ejercicio del poder sancionador, que circunscrito a la potestad sancionadora de la Administración Pública quedaron definidas por STC 77/1983, de 3 de octubre y según cabe desprender del artículo 25 CE [10]. Respecto a las cuestiones divergentes, citamos que en algunos supuestos se alude a la inferior gravedad de las penas económicas impuestas por los delitos ecológicos con respecto a las sanciones administrativas imputables por el mismo supuesto de hecho. Es por ello que nos planteamos la siguiente tesitura, siendo la vía administrativa disuasoria y más rápida ¿será preferible ser condenado en sede penal frente a la exigencia de responsabilidad administrativa? En efecto, hay que determinar de forma clara la línea divisoria entre la mera infracción y el delito en sí. El legislador trasladó esta línea sobre la base de la gravedad del peligro. De este modo, la gravedad y el supuesto daño se erigen en los elementos valorativos que han de ser interpretados y valorados por los órganos jurisdiccionales para enjuiciar si nos encontramos ante un ilícito penal o administrativo, todo ello teniendo en cuenta la prueba practicada [11]. Al respecto estimamos que no es solo la gravedad del daño o del potencial riesgo grave lo que se ha de tener en cuenta, sino que

[9] Este principio comprende, como se deduce del artículo 4 del Código Penal y ha explicado el Tribunal Supremo, «dos terminantes declaraciones, una de ellas, de naturaleza negativa, puesto que, los Tribunales, no pueden incriminar hechos que no se hallen penados por la Ley, absteniéndose de todo procedimiento sobre ellos y debiendo limitarse a exponer al Gobierno las razones que les asistan para creer que deberían ser objeto de sanción penal», y la otra, de índole positiva, consagrada en el párrafo 3.º del artículo 4, que compele a los Tribunales a reprimir la comisión de cualquier ilícito tipificado, «aunque, ellos, estimen que la acción u omisión de que se trate no debería ser punible, o que la pena es notablemente excesiva» (STS de 23 de mayo de 1987, R. A. 3119). En cuanto al principio de oficialidad, si acontecen actuaciones que infringen la norma jurídica debe incoarse pertinentemente el procedimiento administrativo sancionador. Esta misma previsión se deduce de la actual redacción del Código Penal, que sanciona aquella actividad administrativa inspectora que no concluye en la denuncia correspondiente cuando aprecia indicios de ilegalidad (véase Lozano Cutanda, 2003).

[10] «a) La legalidad que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora con una norma de rango legal; b) La interdicción de las penas de privación de libertad; c) El respeto a los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 CE; d) La subordinación a la autoridad judicial».

[11] Es la prueba pericial la protagonista en este tipo de procesos.

además se debe recurrir a la aplicación del principio de intervención mínima, la última ratio.

La principal diferencia que existiría entre ambas ramas jurídicas quiere situarse en la diversa esencia que cada una de ellas otorga al principio de culpabilidad, esto es, la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica. Al abordarse la naturaleza del delito frente a la de la infracción administrativa, «ya Schmidt propugnaba, la conveniencia de reducir la categoría del ilícito penal a sólo los hechos y los comportamientos que lesionan los intereses que el ordenamiento considera esenciales, mientras que la categoría del ilícito despenalizado debe cubrir todas las demás conductas que expresen un choque entre los ciudadanos y la Administración, sosteniéndose que el fundamento material de esta distinción se encuentra en que las infracciones cuyo castigo se remite a la Administración serían *éticamente* indiferentes, en contraste con los comportamientos penalmente sancionados que ofenderían la moral social» (Parada Vázquez, 1995, 509) [12].

3. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: RÉGIMEN PENAL Y ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El medio ambiente constituye un bien jurídico autónomo que es objeto de la debida tutela y que debe leerse en su génesis constitucional –en el ordenamiento español– vinculado a un contexto político y jurídico internacional favorable a lo ambiental (artículo 45 apartado 1 y 2 de la CE) [13]. En esta línea de

[12] En cuanto a la culpa en ambos órdenes, por todas, STS 5 de febrero de 1999, «hay que precisar –así lo hace la doctrina científica– que la culpabilidad exigible en las infracciones administrativas lo es en distintos términos que en el Derecho Penal, porque frente a lo limitado de los ilícitos penales, en el Derecho Administrativo sancionador, el repertorio de ilícitos es inagotable, y no puede sistematizarse la interpretación de dicho concepto, ni exigirse a la persona el conocimiento de todo lo ilícito. Si se hiciera así, el Derecho Administrativo sancionador no existiría. Al movernos en el campo del Derecho Administrativo sancionador, debemos tener en cuenta que las normas –el ordenamiento jurídico– protege los intereses públicos, que han de situarse frente a las situaciones objetivas en que quede reflejada la infracción administrativa, porque las circunstancias objetivas concurrentes son relevantes».

[13] Regula expresamente este precepto que «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Los organismos públicos velarán por la utilización correcta de los recursos naturales con el fin de protegerlos, conservarlos, mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. Las competencias se reparten entre el Estado, las Comunidades autónomas y los municipios. En la constitución se distribuye las competencias básicas teniendo en cuenta la separación de aspectos ejecutivos y normativos de la acción ambiental. También lo hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, cuyo artículo 3 identifica el derecho al ambiente como «el derecho de todo ser humano y de los pueblos en que se integran a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la biodiversidad

estudio, no olvidemos que a pesar de no formularse expresamente un derecho a un medio ambiente saludable en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni en el Convenio Europeo de Derechos, existe ya una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección ambiental [14]. Por otra parte, el Derecho europeo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea construyen también la potestad de exigir responsabilidad en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, vertebrada en torno al principio de quien contamina paga [15] y que, en algunos supuestos, obliga a recurrir a la coacción. Este principio configurado por el Derecho europeo, de quien cause daños medioambientales es responsable de los mismos, por lo que se deben tomar las medidas preventivas o reparadoras necesarias y sufragar todos los costes relacionados, se hace efectivo en el sistema normativo español en virtud de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, declarándose que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento. Se completa de esta manera, aunque resulte ser muy genérica la Ley citada en líneas precedentes, el marco legal de protección de los recursos naturales ya tipificados en el orden penal y administrativo.

En favor del ecosistema natural y artificial, la regulación vigente en el Derecho español evoca un triple frente de protección (civil, penal y administrativo), elemento decisivo para la salvaguarda de no pocos derechos individuales y colectivos, con relevantes repercusiones tanto en un plano sustantivo como en el orden procesal. Pero al evaluar los riesgos de conductas atentatorias contra el medio ambiente conviene tener en cuenta las características de los diferentes tipos, que los distingue de otras figuras jurídicas y que los llevan a conformar una auténtica rama del derecho, como es el Derecho Ambiental [16].

---

presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones» (*Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes*, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2009).

[14] Véase los criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Fernández Egea (2015).

[15] Véase la síntesis de las políticas medioambientales y de la legislación de la Unión Europea en https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/environment.html?root_default=SUM_1_CODED=20&locale=es. Como ejemplo particular o concreto, se señala la última reforma de la Política Agrícola Común en las líneas generales que se han marcado para el período 2014-2020. Para obtener más información sobre la responsabilidad ambiental véase el sitio web de la Comisión Europea a través del siguiente enlace http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/.

[16] El Código Penal, en el Capítulo III del Título XVI, regula los llamados delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículos 325 a 331). Asimismo, en el Capítulo IV se tipifican los delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y animales domésticos (artículo 332-337). Señalar que la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de diciembre, ha reformado el contenido de alguno de esos artículos al incorporar

Adicionalmente a la obligación constitucional de aplicar el derecho sancionador para ordenar la restauración, reparación de los daños producidos y reintegración del bien ambiental afectado, se progresa –aunque no con una fácil implementación– en la aplicación de mecanismos extrajudiciales o alternativos de resolución de conflictos, véase arbitraje, mediación o conciliación (Marqués Cebola, 2012; Lunelli, C. A. y Meraz Castillo, 2014; Nieto, 201).

El tratamiento de la cuestión que perfila el presente análisis gravita entorno a las siguientes claves:

5.1 Leyes penales en blanco y accesoriedad administrativa. En el marco de la tipicidad, los delitos contra el medio ambiente suelen construirse como leyes penales en blanco, al requerir usualmente la contravención de la correspondiente disposición administrativa reguladora de los comportamientos típicos ordinarios (emisiones, vertidos, residuos…). Se alude expresamente por el Tribunal Supremo en sentencia dictada el 11 de febrero de 2013 que, «estos delitos constituyen una norma parcialmente en blanco que se complementa con las disposiciones normativas o reglamentarias aplicables al caso concreto [...]». Los delitos contemplados bajo este epígrafe en el Código Penal (Título XVI, Capítulos III y IV), y particularmente los regulados en los artículos 325.1 y 329.1, utilizan esta técnica legislativa, la cual plantea una serie de dificultades teórico-prácticas relacionadas con el principio de legalidad e igualdad, y con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Estimamos que se debe evitar el abuso en el recurso a las leyes penales en blanco, distinguiendo la conducta delictiva con el mero incumplimiento de la norma administrativa. Resultaría pertinente que la aplicación de esta técnica se limitase a elementos típicos complementarios y no al núcleo de la prohibición [17], e instar al legislador a esforzarse en la definición de tipos penales lo más autónomos posibles en los que se vean reducidos al mínimo los aspectos «en blanco» y la inevitable accesoriedad administrativa (De la Mata Barranco, 1996, 79). Si bien el uso de esta técnica permite evitar contra-

a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal. En la línea con los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, el Código penal español ha estimado digno de protección penal al medioambiente, con independencia de otros valores, tales como la vida humana, la fauna y la flora. En ese sentido, el Capítulo III del Título XVI recoge los delitos contra los recursos naturales y el medioambiente cuyo bien jurídico protegido es, precisamente, el medioambiente, entendido éste como «el mantenimiento de las propiedades del aire, el agua y el suelo, así como de las condiciones de vida, de la flora y de la fauna, de manera que el sistema ecológico no sufra alteraciones perjudiciales».

[17] Como desde hace tiempo exige el Tribunal Constitucional español (véase STC 27/1990 y STC 62/1994).

dicciones con el Derecho Administrativo, y que el Derecho Penal no se quede obsoleto.

5.2 Delimitación entre ilícito penal y administrativo. En las conductas atentatorias contra el medio ambiente resulta complejo determinar si realmente ha existido una conducta constitutiva de delito o de infracción administrativa, debido a la inusual coincidencia de tipos penales y administrativos en este ámbito. De hecho, en la práctica, puede suceder que las diligencias previas incoadas para determinar la responsabilidad jurídica a exigir se prolonguen en el tiempo. Siendo, en todo caso, absolutamente primordial valorar el daño efectivo, y la sanción no tiene por qué ser idéntica al daño o incluir el daño, pero debe tenerlo en cuenta como referencia. Se destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 septiembre de 1998 al fundamentar que «cuando el vertido ilegal pueda perjudicar gravemente la salud de las personas o el equilibrio de los sistemas naturales estaremos en presencia de una conducta constitutiva de infracción penal; sensu contrario, si no existe tal gravedad, solo serán constitutivos de infracción administrativa». Matiza, a su vez, el Tribunal Supremo que «es cierto que no basta la mera trasgresión de una disposición administrativa general protectora del medio ambiente, que en este caso evidentemente se ha producido, para que pueda actuar el Derecho Penal se requiere algo más» [18].

Sin duda, estamos ante un ámbito ligado a la satisfacción de importantes necesidades vitales, y cuya necesidad de protección al máximo nivel queda probada por las graves amenazas a las que se ve sometido. Es por ello que, conforme al Derecho español vigente, las medidas de reparación de daños y la exigencia de responsabilidad medioambiental se tramitan con independencia del procedimiento sancionador (penal o administrativo) que se esté siguiendo, tal y como se deduce del artículo 6 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. No se sustituyen las normas de responsabilidad clásicas, sino que son compatibles, cohabitan para amparar al ciudadano [19].

5.3 Dispersión normativa: No facilita la labor de concreción el hecho de que toda la regulación ambiental en el ordenamiento jurídico español esté dis-

[18] «El artículo 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Y si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior. La sanción penal debe reservarse, por consiguiente, para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido (el medio ambiente) en una situación de peligro grave, correspondiendo la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa» (STS 152/2012, de 2 de marzo).

[19] Para un tratamiento más exhaustivo sobre esta cuestión véase López de la Osa y Molina García (2014) y Molina García (2014).

persa, por lo que se debe ir indagando en cada uno de los ámbitos regulatorios del ecosistema natural y artificial (aguas, áreas protegidas, cambio climático, renovables, biodiversidad…) para determinar la normativa y régimen sancionador específico aplicables. Incluso el uso de la técnica legislativa de leyes penales en blanco acrecienta esta diáspora normativa, pues cuando nuestro Código Penal al definir un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, se refiere a que se contravengan «cualesquiera disposiciones de carácter general», está haciendo referencia a los Tratados Internacionales, al Derecho europeo y al Derecho español (por medio de la distribución de competencias). Esta consideración interacciona con otra de sus características, su ámbito supranacional [20], normativa prácticamente imposible de conocer en su totalidad, objeto de numerosas actualizaciones, reformas y novedades continuas.

5.4 Prescripción de las infracciones administrativas. A pesar de la prejudicialidad penal, *a priori* no interrumpe la prescripción las diligencias previas ni las actuaciones practicadas en vía judicial y pudiera suceder, que cuando se remiten las mimas a las Administraciones Públicas, la infracción administrativa hubiese prescrito. Por ello, en cuanto las Administraciones Públicas tengan conocimiento de dichos hechos, conviene que se inicie un procedimiento sancionador y se suspenda el mismo hasta que finalice la vía penal [21].

Por todo lo anterior, es importante asegurar que estas conductas atentatorias no queden sin sanción penal o administrativa, debiéndose establecer los mecanismos adecuados entre los distintos agentes implicados y las Administraciones Públicas para que tengan constancia de los ilícitos que se generen, e iniciar el correspondiente procedimiento sancionador. Estimamos que, si el Derecho Penal es la última ratio, corresponde a las normas administrativas el papel primario en la protección ambiental. Por tanto, ¿sería la función tutelar del Derecho Penal complementaria o de apoyo a la normativa administrativa que, de modo principal y directo, regula y ampara la realidad ambiental? La clave está, sin duda, en la efectividad del Derecho Administrativo que no es óptima y que juega a penalizar por esa falta de efectividad propia en el ámbito ambiental.

---

[20] A pesar de la intensa regulación administrativa en vigor son muchas las instancias internacionales que, a partir de la pionera intervención del Consejo de Europa, han reafirmado la posibilidad real e importancia de la contribución del Derecho penal a la protección del ambiente (véase Conseil de l'Europe, *La contribution du Droit Pénal à la protection de l'environnement*, Strasbourg, 1978).

[21] En aplicación de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

4. EL RÉGIMEN SANCIONADOR PENAL Y ADMINISTRATIVO IMPUTABLE A LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR MENORES DE EDAD

Las reformas del Código Penal operadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal han supuesto para algunos de los máximos exponentes de la doctrina penal española un claro ejemplo de inadecuada política criminal (Muñoz Conde, 2015) [22], en el sentido de afirmarse que ambas reformas no son producto de la reflexión y el análisis sosegado de las verdaderas necesidades de la legislación penal, sino que atienden a las reclamaciones sociales influenciadas, por un lado, por crímenes puntuales graves y de amplia repercusión mediática, y por otro, por la *agenda setting* que algunos grupos de presión alcanzan fijar con la finalidad de incidir en la política legislativa en su perspectiva penal (Varona Gómez, 2011).

A este respecto, se podría afirmar que el texto consolidado del Código Penal español es el resultado de una amalgama de reformas que dejan a la luz ciertas incoherencias internas, así como algunos relevantes defectos formales de técnica legislativa; y lo más relevante a los efectos de la presente comunicación: a) la proliferación de nuevos tipos penales, b) la ampliación de tipos cualificados respecto de tipos ya existentes, c) la inclusión de nuevas penas, y d) la extensión de marcos penales.

Uno de los ejemplos paradigmáticos de la convergencia y divergencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador es el régimen aplicable sobre los menores de edad cuando éstos realizan conductas disruptivas o infractoras. En esta línea, se toma como objeto de estudio el acoso escolar, fenómeno delictivo que desde finales de la década de los noventa y comienzos del siglo XXI ha llamado especialmente la atención de la Administración educativa y de la Administración de Justicia, con la finalidad de aplicar una política de «tolerancia» cero ante una de las realidades de la delincuencia juvenil que más preocupación genera en la sociedad, como consecuencia de sus

[22] Respecto a la contingente política criminal española véase Serrano Gómez, 2010. Sobre las consecuencias en el sistema de justicia juvenil de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, véase Jericó Ojer (2018).

efectos diversos en todos los afectados: víctima, victimario, la comunidad educativa, y la sociedad en general [23].

El estudio del acoso escolar en nuestro país encuentra su punto de inflexión en el caso Jokin resuelto a través de diferentes pronunciamientos judiciales que provocaron cierto malestar en la sociedad [24], que reclamaba una mayor dureza en las respuestas de los órganos judiciales. Desde entonces, la jurisprudencia ha ido profundizando en la delimitación y en la forma de encajar este tipo de conductas delictivas en los tipos penales contemplados en el Código Penal. No existe en nuestro CP-1995 una tipificación expresa del delito de acoso escolar, sino que dicho fenómeno se encaja, con carácter general, en el delito contra la integridad moral contemplado en el párrafo primero del artículo 173.1 CP-1995 [25], sin perjuicio de que se puedan sancionar otras manifestaciones delictivas vinculadas: robo con violencia, amenazas, coacciones, lesiones, abuso sexual, entre otras. Ha de señalarse que la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores introdujo medidas específicas destinadas, en parte, a garantizar la protección de las víctimas de acoso escolar [26].

Unido a la mayor concienciación y respuesta desde el sistema de justicia juvenil, se encuentra una mayor profusión en la normativa educativa aplicable con la finalidad de establecer medidas coactivas que frenen y respondan ante este tipo de conductas en el contexto educativo [27].

---

[23] Véase Defensor del Pueblo (2000), *Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria*; del mismo (2007), *Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1009-2006. Nuevo estudio y actualización del Informe 2000*.

Sobre los primeros pasos dados de forma expresa en el ámbito de cómo afrontar este fenómeno desde la responsabilidad penal de los menores, véase Instrucción número 10/2005 de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, de la Fiscalía General del Estado.

[24] SAP Guipúzcoa (Sección 1.ª) núm. 178/2005, de 15 julio (JUR\2005\174855), STSJ - País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) núm. 93/2011, de 8 febrero (RJCA\2011\151).

[25] Art. 173.1 CP-1995: «El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años (…)».

[26] La citada reforma da una nueva redacción al art. 7.i) LORPM en el siguiente sentido: «i) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996».

[27] A modo de ejemplo, véase Resolución de 18/01/2017, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por la que se acuerda dar publicidad al protocolo de actuación ante situaciones de acoso escolar

La judicialización creciente de los asuntos de acoso escolar en sus primeras fases junto a la aplicación del régimen sancionador previsto en la legislación sectorial educativa supone la concurrencia de los dos ámbitos objeto de estudio, que únicamente tiene sentido cuando se encuentra justificado que actúen ambos sistemas atendiendo a una razón de ser diferente. Cabría diferenciar como criterios específicos de reparto entre ambas ramas: a) la protección de los bienes jurídicos dignos de salvaguarda por el Derecho penal como motivo de actuación del sistema de justicia juvenil, y b) la reacción preferente del Derecho administrativo sancionador con fundamento puramente educativo [28].

Ante la expansiva presencia de los sistemas descritos, cabe señalar la necesidad de potenciar la aplicación de otros mecanismos de resolución de conflictos que, de forma alternativa o sustitutiva a la penal, contribuyan de forma efectiva a la dimensión educativa de la reacción que se quiere dar a la lucha contra el acoso escolar.

5. CONCLUSIONES

Primera. A la vista de la observación analítica realizada e introduciéndonos en cuáles son los criterios de reparto específico entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se permite constatar el avance de la dimensión objetiva de la acción sancionadora de la Administración Pública ya sea a través del Derecho penal como mecanismo de última ratio o vía Derecho administrativo. Poder punitivo utilizado cada vez con mayor frecuencia e intensidad, restándose, por ende, espacio a la aplicación de otros mecanismos alternativos de resolución de los conflictos.

Segunda. Cuando no es de aplicación el Derecho Penal, el Derecho Administrativo sancionador se aplica con más facilidad, dado que por su propia evolución muestra cierta flexibilidad, e invita a que sea una técnica represora muy consumida, aunque en el ámbito ambiental muestra su falta de efectividad. Se advierte la politización y judicialización de ciertas infracciones administrativas ambientales, dándose traslado de las mismas al Ministerio Fiscal o a los juzgados de instrucción con la finalidad de abrir diligencias previas. Por una parte, esta tendencia puede ser positiva por el carácter intimidatorio de la vía penal. Pero, por

en los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha, núm. 14, de 20 de enero de 2017, pp. 1177 y ss.).

[28] Para profundizar en el estudio del régimen aplicable desde el punto de vista educativo ha de acudirse a la regulación educativa que cada Comunidad Autónoma ha realizado en cuanto a los protocolos de convivencia y contra el acoso escolar.

otra parte, suele ser perjudicial, tanto para el imputado como para el medio ambiente en sí mismo. La propuesta no debe ser no penar los ilícitos, ni tampoco dejar impunes las infracciones administrativas, sino todo lo contrario. Es importante que cada jurisdicción o ámbito competencial ejerza de forma adecuada las atribuciones que legalmente tienen asignadas, solicitando al efecto la práctica de todas las pruebas necesarias para su correcta criminalización.

Tercera. En todo caso, estamos ante unos supuestos donde la prevención, sobre todo de tipo administrativo, debería desempeñar un papel considerable, porque además la protección de los menores o del medio ambiente es una cuestión tan primaria y sostenible para la sociedad que deben comprometerse todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias. Se requiere una respuesta apropiada, siempre dentro de la legalidad vigente y sin menoscabar derechos fundamentales y libertades públicas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brandariz García, J. A. (2003), «Cuestiones derivadas de la concurrencia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo en materia de tutela del medio ambiente», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7.

Cancio Meliá, M. (2003), «¿Derecho penal» del enemigo?, en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid.

Cid Moliné, J. (1996), «Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas», *Revista de Administración Pública*, núm. 140, mayo-agosto.

Conde Antequera, J. (2004), *El deber jurídico de restauración ambiental*, Ed. Comares, Granada.

De la Mata Barranco, N. (2000), «Derecho Comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente», *Revista Electrónica Penal de Ciencia Penal y Criminología,* 02-04.

— (1996), *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona.

Fernández Egea, R. M. (2015), «La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 13.

Huergo Lora, A. J. (2018), *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*, Ed. Iustel, Madrid.

Jericó Ojer, L. (2018), «El impacto (probablemente no previsto) de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en el Derecho penal de menores», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 20.

López de la Osa, P. y Molina García, M. J. (2014), «Régimen jurídico de la responsabilidad por daños ambientales: las modificaciones legislativas a raíz del siniestro del buque *Prestige»*, *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 8. Ed. Centro Universitario Villanueva.

Lozano Cutanda, B. (2009), «La represión administrativa de las infracciones ambientales y el Derecho Penal como cierre del sistema de protección ambiental», en Lozano Cutanda, B., *Derecho ambiental administrativo*, Ed. Dykinson.

— (2003), «El principio de oficialidad de la acción sancionada administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, mayo-agosto.

Lunelli, C. A. y Meraz Castillo, A. (2014), «Jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos: una opción para las cuestiones ambientales», *Opinión Jurídica*, Vol. 13, núm. 26, julio-diciembre.

Marqués Cebola, C. (2012), «La mediación ambiental: un nuevo método de resolución de conflictos urbanísticos y ambientales», *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación*, 18 a 21 de octubre de 2012, Valencia.

Molina García, M. J. (2014), «La sentencia del «Prestige» en vía penal, ¿exención de responsabilidad?: desobediencia y absolución por daños medioambientales», *Revista Práctica Derecho de Daños*, núm. 118, enero-marzo. Ed. La Ley.

Moreno Molina, Á. (2006), *Derecho comunitario del medio ambiente: marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid.

Muñoz Conde, F. (2015), *Derecho Penal. Parte Especial*, 20.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Nieto, J. E. (2010), *Mediación en el* ámbito *del derecho ambiental*, documento base elaborado para el Libro Blanco, Universitat Autònoma de Barcelona.

Nuño Jiménez, I. y Puerta, F. (2016), «Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionadora», *Gabilex, Revista del Gabinete jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 5, marzo.

Parada Vázquez, R. (2010), *Derecho Administrativo. I Parte General*, Marcial Pons.

— (1995), *Derecho Administrativo. I Parte General*, Marcial Pons.

Pavón Herradón, D. (2018), «Aproximación al concepto de pena en el ordenamiento jurídico-penal español», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 132.

Serrano Gómez, A. (2010), «Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 12.

Serrano Gómez, A. y Serrano Maíllo, M.ª I. (2012), *El mandato constitucional hacia la reeducación y la reinserción social*, Dykinson, Madrid.

Varona Gómez, D. (2011), «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1.

SANZIONI AMMINISTRATIVE E CEDU: L'ESPERIENZA ITALIANA

Paolo Provenzano
Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Sul tradizionale dualismo nell'ordinamento italiano tra il sistema sanzionatorio amministrativo e quello penale. 2. Sul tendenziale superamento della *summa divisio* tra sanzione amministrativa e sanzione penale. 3. Sanzioni amministrative nazionali e «materia penale». 4. L'atteggiamento ondivago della Corte Costituzionale e il silenzio assordante del Legislatore. 5. Riferimenti bibliografici.

1. SUL TRADIZIONALE DUALISMO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO TRA IL SISTEMA SANZIONATORIO AMMINISTRATIVO E QUELLO PENALE

Sebbene il tema delle sanzioni amministrative sia stato oggetto di approfondite indagini da parte della dottrina italiana già a partire dagli anni venti del secolo scorso [1], la nostra Costituzione in modo «sorprendente» (Cerbo, 2016, p. 5) non tratta espressamente delle stesse [2]. Nell'ordito costituzionale non si rinviene infatti alcuna disposizione assimilabile, ad esempio, all'art. 25 della Costituzione spagnola, che si riferisce alle sanzioni amministrative, e più in

[1] Ci si riferisce alle celebri opere monografiche di Zanobini, 1924, e di Tesauro, 1925.
[2] Sul rapporto tra Costituzione e sanzioni amministrative si veda Angliolini, 1995, pp. 237 ss.

generale alla potestà sanzionatoria delle Pubbliche amministrazioni, sia al primo che al terzo comma.

Per tale ragione si è enfaticamente sottolineato in dottrina che nel nostro sistema le sanzioni amministrative si trovano in una sorta di «limbo costituzionale» (Del Federico, 1993, p. 51). E tale condizione di (almeno apparente) «irrilevanza» costituzionale ha tradizionalmente imposto all'interprete di scorgere i tratti distintivi del sistema sanzionatorio amministrativo *per differentiam* rispetto a quello penale, a cui, di contro, la Costituzione italiana dedica essenzialmente tre diverse previsioni. Ci si riferisce all'art. 25, comma 2, per il quale «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»; all'art. 13, comma 2, che prevede che qualsivoglia restrizione della libertà personale debba essere necessariamente disposta sulla base di un atto motivato dell'Autorità giudiziaria; e, infine, all'art. 27, in virtù del quale la privazione della libertà come sanzione può essere disposta solamente all'esito di un procedimento giurisdizionale.

Dal combinato disposto di tali norme si evince sostanzialmente che le sanzioni penali sono assoggettate, da un lato, ad una riserva assoluta di legge e, dall'altro, ad una riserva di giurisdizione. Come ricordato, infatti, è imprescindibile l'intervento del Giudice ogni qualvolta venga applicata una sanzione che comporti una restrizione della libertà personale. Restrizione della libertà personale che per certi versi rappresenta, quindi, il tratto distintivo delle sanzioni penali.

Vero è, infatti, che il nostro ordinamento conosce sanzioni di natura penale che vanno direttamente ad incidere sul patrimonio del soggetto sanzionato (la multa [3] e l'ammenda [4]). Ma vero è parimenti, com'è stato argutamente sottolineato in dottrina (Cerbo, 2016, p. 10), che anche tali sanzioni di natura patrimoniale sono comunque indirettamente idonee ad incidere sulla libertà personale del soggetto sanzionato. Com'è noto, infatti, la condanna alla pena pecuniaria riduce la possibilità di fruire in futuro del beneficio della sospensione condizionale della pena detentiva [5], finendo, così per incidere (sia pur indirettamente) sulla stessa libertà personale del soggetto sanzionato.

Muovendo da tali assunti, e tornando a ciò che in questa sede maggiormente interessa, si può quindi in estrema sintesi dire che secondo un'accezione tradizionale le sanzioni amministrative sono tutte quelle sanzioni che vanno a colpire, sia in modo diretto, sia in modo indiretto, soltanto «beni giuridici (…)

[3] Cfr. art. 24 c.p.

[4] Cfr. art. 26 c.p.

[5] Cffichiamata.ivili fini richiama)trina, agnola stabilisce, al primo o al d.d.l. n. 17ione a reati che non sono tali da suscitare afr. art. 163 c.p.

diversi dalla libertà personale» (Cerbo, 2016, p. 8), e che, come tali, possono essere irrogate anche all'esito di un procedimento non giurisdizionale.

Ciò detto, occorre viceversa rilevare che nell'ordinamento italiano il discrimine tra la sanzione amministrativa e la sanzione penale non può individuarsi, come spesso viene erratamente ritenuto, nel grado di severità del *malum* direttamente inflitto al loro destinatario.

Infatti, com'è stato recentemente posto in evidenza dalla Corte Costituzionale è da ritenersi del tutto fallace la presunzione secondo cui «la sanzione amministrativa sia in ogni caso più favorevole di quella penale» [6].

Nel nostro ordinamento vi sono, infatti, moltissimi illeciti amministrativi che portano all'irrogazione di sanzioni ben più aspre di quelle pecuniarie previste dal codice penale.

Basti considerare che in base all'art. 24 del codice penale la pena della multa consiste nel pagamento allo Stato di una somma non superiore a 50.000 euro. Importo, quest'ultimo, notevolmente più basso di quello contemplato da svariate norme amministrative. Si pensi, ad esempio, che in base all'art. 2, co. 20, lett. c), della L. n. 481/1995, le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità possono irrogare sanzioni amministrative fino a 150 milioni di euro.

A segnare nell'ordinamento italiano l'ontologica differenza tra sanzioni amministrative e sanzioni penali ha indubbiamente contribuito anche la L. n. 689/1981 e cioè il *corpus* normativo con cui sono stati dettati i «criteri guida», sia di carattere sostanziale, sia di carattere procedimentale, cui di regola è assoggettata la potestà sanzionatoria delle Pubbliche amministrazioni.

Tale legge, significativamente titolata «modifiche al sistema penale», sebbene sia nata con l'intento di operare la «depenalizzazione» di una serie d'illeciti, reca, al contempo, la disciplina unitaria applicabile a tutti gli illeciti amministrativi e, quindi, non solo a quelli «depenalizzati» [7].

Ora, il fatto che tale disciplina unitaria sia contenuta proprio in una legge di «depenalizzazione» (e quindi di fuga dal diritto penale) ha indebitamente contribuito ad accentuare ulteriormente la frattura tra tali due sistemi sanzionatori e, di conseguenza, a rafforzare la convinzione che la sanzione amministrativa possa essere assoggettata a minori garanzie rispetto a quelle applicabili alla sanzione penale. In tal senso, dunque, la legge n. 689/1981 è da considerarsi quale una

[6] Cfr. Corte Costituzionale 7 aprile 2017, n. 68, in *www.cortecostituzionale.it*

[7] L'art. 12 della l. n. 689/1981 dispone, infatti, che le previsioni di detta legge costituiscono le regole generali da applicarsi a «tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro». Ed è appena il caso di considerare che, secondo autorevole dottrina, «in realtà alcuni dei principi (di tale legge n.d.r.) sembrano adattarsi anche a sanzioni interdittive, non complementari a una pena pecuniaria» (così Paliero-Travi, 1989, p. 393).

delle cause di quella «dequotazione garantistica dell'universo extrapenale» (Manes, 2017, pp. 988 ss.) che tradizionalmente serpeggia nel nostro ordinamento.

Del resto, la citata legge n. 689/1981, che pur in parte ripropone alcuni principi tipici dell'illecito penale, segna sotto diversi e molteplici profili una netta divergenza tra tali due sistemi sanzionatori.

Ed è appena il caso di evidenziare che la scissione tra il sistema sanzionatorio penale e quello amministrativo, che come detto trova conferma anche in talune previsioni della legge n. 689/1981, ha talora spinto l'interprete, sia pur in assenza di alcun specifico appiglio normativo, a ritenere che alcuni principi fondanti dell'illecito penale e (prima ancora) della nostra civiltà giuridica si atteggino in modo diverso e meno pervasivo nel sistema sanzionatorio amministrativo. Non di rado ci si imbatte, ad esempio, in pronunce con le quali si ritiene che, a differenza di quanto accade per gli illeciti penali, «il principio di tipicità degli illeciti amministrativi [sarebbe] compatibile con una certa «elasticità» (n)ella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili» [8].

Ebbene, tale differenza di trattamento riservata alle nostre latitudini all'illecito amministrativo, verosimilmente sarebbe stata corretta «sul nascere» se solo si fossero, in sede di redazione della legge 689/1981, attentamente vagliate le potenziali scaturigini del *leading case* [9], di un lustro precedente alla stessa legge del 1981, da cui muove l'orientamento «panpenalistico» (Bianchi, 2014, p. 321) della Corte Edu. Orientamento di cui si passa a trattare.

2. SUL TENDENZIALE SUPERAMENTO DELLA SUMMA DIVISIO TRA SANZIONE AMMINISTRATIVA E SANZIONE PENALE

Fin qui si è tentato di porre in evidenza quelli che tradizionalmente rappresentano i tratti distintivi dei due sistemi sanzionatori (penale e amministrativo) che coesistono nell'ordinamento italiano e che spesso tra loro si sovrappongono [10].

[8] Così Cons. Stato, 3 maggio 2010, n. 2507, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si legge, altresì, che «i principi della responsabilità penale non vanno applicati automaticamente alla responsabilità amministrativa». Ed ancora che «il principio di stretta legalità derivato dall'art. 25, comma 2, Cost. (…) si riferisce propriamente alla materia penale, ma non si estende, sullo stesso piano, al dominio dell'illecito amministrativo, essendo la sanzione amministrativa soggetta a differenti parametri costituzionali (art. 23 e 97 Cost.) e normativi (legge n. 689/1981)».

[9] Ci si riferisce alla sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Riv. Dir. Int.*, 1980, pp. 83 ss.

[10] Accade, infatti, sovente che una stessa condotta venga al contempo assoggettata ad entrambi i regimi sanzionatori. Sul punto cfr. Cimini, 2017, pp. 39 ss.

Ma come si è accennato in precedenza e come ora più diffusamente vedremo, in *subiecta materia* si sta assistendo, sia pur a «scoppio ritardato», ad una vera e propria «rivoluzion(e) dogmatica» (Manes, 2017, pp. 988 ss.).

La rigida distinzione tra il modello sanzionatorio penale e quello amministrativo è infatti per certi versi in fase di superamento. E ciò per via dell'influenza della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e, più precisamente, dell'interpretazione estensiva, da essa propugnata, delle garanzie di matrice penalistica contenute nella CEDU. Interpretazione che sta sempre più rendendo liquido l'impermeabile confine concettuale che è stato in passato erto a separazione di detti due sistemi sanzionatori.

In tale ottica, non sembra quindi avventato dire che quanto sta accadendo in materia di sanzioni amministrative rappresenti uno degli esempi più luminosi del modo in cui talvolta le Corti sovrannazionali irrompono con la propria giurisprudenza negli ordinamenti nazionali ponendo in dubbio (talvolta in modo condivisibile, talaltra meno) talune tradizionali certezze.

Come si è già anticipato, l'inizio della fine della così netta distinzione tra sistema sanzionatorio penale e sistema sanzionatorio amministrativo può essere individuata nel celebre caso *Engel* del 1976 [11] e, secondo alcuni Autori in modo ancora più evidente (Manes, 2017, p. 988), nel successivo caso Öztürk del 1984 [12].

Proprio con tali sentenze la Corte di Strasburgo ha, infatti, dato il là a quello che è stato in dottrina significativamente definito «*mouvement de penalisation*» (Sudre, Parigi, 2005, p. 331). A partire da detti arresti la Corte EDU ha, infatti, iniziato ad elaborare una concezione autonoma del concetto di «materia penale» a cui fanno riferimento l'art. 6 e l'art. 7 della CEDU [13].

E per comprendere l'innovatività di tale giurisprudenza occorre rammentare che la CEDU, esattamente come la nostra Carta Costituzionale, non tratta espressamente delle sanzioni amministrative e tantomeno nei richiamati articoli 6 e 7.

---

[11] Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit. Con riferimento a tale pronuncia autorevole dottrina ha osservato che «proprio a partire dal caso Engel ed altri (...) la Corte Europea ha compiutamente elaborato una teoria che ha rappresentato la bussola con cui potersi orientare in questo territorio insidioso e frammentato: alludiamo alla c.d. concezione «autonomista» della «materia penale»» (Paliero, 1985, p. 908).

[12] Cfr. Corte EDU, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania. Per un commento a tale sentenza si rinvia a Paliero, 1985, pp. 894 ss.

[13] Sul punto si veda Corte EDU, 28 giugno 2018, *G. I. E. M. S. R. L. e altri c. Italia*, in *www.echr.coe.int*, § 210, ove si legge che «la notion de «peine» contenue dans l'article 7 possède une portée autonome. Pour rendre effective la protection offerte par cette disposition, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une «peine» au sens de cette clause».

Sia l'art. 6, rubricato diritto ad un «equo processo», sia l'art. 7, titolato «*nulla poena sine lege*», fanno, infatti, riferimento ai soli «reati» e, quindi, non anche agli illeciti amministrativi. Cionondimeno, a partire dalla fine degli anni settanta del secolo scorso, dette disposizioni hanno iniziato, in presenza di determinate condizioni, a essere ritenute comunque applicabili anche alle sanzioni extrapenali, così operando una *reducio ad unum* delle varie misure di carattere punitivo conosciute negli ordinamenti dei diversi Stati firmatari della Convenzione.

Dunque, la Corte EDU ha ritenuto in via pretoria estendibili, anche agli illeciti di carattere extrapenale, le garanzie applicabili, in base al tenore letterale dalla Convenzione, solamente a quelli di natura penale. Sicché, com'è stato rilevato, «la portata «rivoluzionaria» della giurisprudenza di Strasburgo (…) attiene essenzialmente al superamento della logica binaria penale/extrapenale e di qualsiasi distinzione interna nell'ambito dell'esercizio della potestà punitiva» (Manes, 2017, pp. 988 ss.).

Prima di ricordare quali sono le condizioni in presenza delle quali è possibile operare tale assimilazione, è importante precisare qual è la *ratio* sottesa all'interpretazione estensiva del campo di applicazione dei più volte citati articoli 6 e 7 operata dalla Corte EDU.

La Corte di Strasburgo ha segnatamente esteso il perimetro di applicazione di dette norme al precipuo ed inequivoco fine di evitare che si possa verificare, nei singoli ordinamenti degli Stati firmatari della Convenzione, un «surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale» [14].

È, quindi, essenzialmente per «prevenire e frustrare (…) ogni tentazione di elusione degli obblighi convenzionali da parte dei legislatori nazionali attraverso una c.d. «truffa delle etichette»» (F. Goisis, 2015, p. 4) che la Corte ha stabilito di non sentirsi vincolata, nell'applicare le garanzie convenzionali di matrice penalistica, al *nomen iuris* attribuito ai singoli illeciti negli ordinamenti degli Stati firmatari.

---

[14] Così Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *www.cortecostituzionale.it*. A tal riguardo cfr. anche Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., ove si evidenzia che, se si attribuisse rilevanza meramente alla qualifica data ai singoli illeciti nel diritto dei diversi paesi contraenti, l'applicazione «delle clausole fondamentali degli articoli 6 e 7 si troverebbe subordinata alla sovrana volontà (degli Stati n.d.r.)», conducendo inevitabilmente a «dei risultati incompatibili con lo scopo e l'oggetto della Convenzione».

Con riferimento alla generale funzione spettante alla Corte EDU di «definizione della portata normativa della Convenzione» si veda Randazzo, 2002, p. 1303, ove si evidenzia che tale Corte «svolge la funzione essenziale di fissare uno standard minimo di tutela uguale per tutti, contribuendo così alla fondamentale opera di universalizzazione dei diritti dell'uomo».

Pertanto, al chiaro fine di neutralizzare in radice ogni rischio di possibili «frodi classificatorie» (Manes, 2017, p. 994), la Corte EDU ha con la propria giurisprudenza squarciato il velo della mera forma, assoggettando i singoli illeciti sottoposti al suo sindacato ad una verifica di carattere sostanziale, che impone all'interprete di andare al di là del mero dato nominalistico, che, di conseguenza, rappresenta solamente «un punto di partenza» [15].

Dunque, se è vero che un illecito considerato penale nell'ordinamento di uno Stato firmatario della Convenzione, lo sarà certamente anche per la CEDU (si parla a tal riguardo di «*one way autonomy*» [16]), è vero parimenti che la Corte di Strasburgo ben potrà considerare, ai sensi e per gli effetti della Convenzione, quale illecito penale anche un illecito che non viene così definito nel diritto nazionale.

Nel compiere tale assimilazione la Corte EDU, come si è già accennato, segue taluni criteri dalla stessa congegnati. Si tratta degli arcinoti criteri *Engel* [17], elaborati, per la prima volta, proprio con la più volte richiamata pronuncia del 1976 e poi, via via, affinati dalla successiva giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Tali criteri, che sono pacificamente considerati tra loro alternativi [18] e quindi tendenzialmente non cumulativi [19], consistono, oltre che nella qualificazione data all'illecito nel diritto interno, nella natura del precetto violato e nella severità della sanzione cui va incontro il suo trasgressore.

---

[15] Così Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82, cit.

[16] Sul punto si veda Goisis, 2015, p. 4.

[17] La letteratura sui criteri *Engel* è vastissima, si vedano in particolare: Goisis, 2015, pp. 1 ss.; Goisis, 2018, pp. 1 ss.; Cimini, 2017, pp. 168 ss.; Cerbo, 2015, pp. 16 ss.; Manes, 2012, pp. 260 ss.; Shabas, 2015, pp. 277 ss.; Troise Mangoni, 2016, pp. 187 ss.; De Salvia, 1997, pp. 140 ss.; Allena, 2014, pp. 1053 ss.; Allena, 2013, pp. 11 ss.; Allena, 2017, pp. 9 ss.; Rossi, 2017, pp. 1077 ss.; Carbone, 2016, pp. 114 ss; Flick, 2014.

[18] Si veda a tal proposito Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S. A. c. Francia,* in *www.echr.coe.int*, ove, con riferimento ai criteri *Engel*, si precisa testualmente che «*les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs*». In termini si vedano, tra le tante, Corte EDU, 29 ottobre 2013, *S. C. IMH Suceava S. R. L. c. Romania,* Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Serguei Zolotoukhine c. Russia*; Corte EDU, 4 marzo 2008, ***H*üseyin Turan c. Turchia**; Corte EDU, 2 giugno 2008, *Paykar Yev Hagahtanak ltd c. Armenia*; Corte EDU *Janosevic c. Svezia*, 23 luglio 2002; Corte EDU, 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, tutte in *www.echr.coe.int*.

[19] Com'è stato, infatti, osservato in dottrina, «nei casi più complessi la Corte europea ha ritenuto opportuna un'indagine cumulativa, svolta cioè alla luce di tutti i criteri» (Cerbo, 2015, p. 18). Indagine cumulativa che viene, dunque, condotta quale *extrema ratio* nei soli casi in cui, all'esito dell'analisi separata dei singoli criteri, continuino a residuare dei dubbi sulla natura sostanzialmente penale dell'illecito oggetto di scrutinino (sul punto si veda Allena, 2014, nota 11).

In giurisprudenza si veda ancora Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S. A. c. Francia*, cit., nella quale si è testualmente statuito che l'alternatività dei criteri in parola «n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale».

Partendo da tale ultimo criterio, occorre, anzitutto, evidenziare che la Corte di Strasburgo non ritiene che il *proprium* della sanzione penale sia da individuarsi nella capacità della stessa di incidere (direttamente o indirettamente) sulla libertà personale del soggetto cui viene irrogata. La Corte EDU -e qui la differenza con le nostre tradizionali categorie risulta palese [20]- ha infatti a più riprese riconosciuto che non sia dirimente, ai fini dell'esclusione della natura penale di un determinato illecito, «il fatto che l'autore dell'infrazione non incorra (…) in una limitazione della libertà personale» [21].

Ciò che rileva è, viceversa, che la misura punitiva incida (*rectius* che sia potenzialmente idonea ad incidere) in modo rilevante sulla sfera giuridica del suo destinatario.

Per tali ragioni sono dunque ritenute di natura penale anche le sanzioni che consistono e si esauriscono nell'imposizione dell'obbligo, in capo al soggetto sanzionato, di corrispondere una somma di denaro. E ciò a condizione che il *quantum* della sanzione pecuniaria sia tale da comportare «importanti conseguenze finanziarie» [22] per il soggetto cui viene irrogata.

Più precisamente, è necessario sottolineare che in base alla pertinente giurisprudenza una sanzione pecuniaria è da considerarsi penale, ai sensi e per gli effetti della CEDU, quando il suo ammontare sia più ingente di quanto è necessario per risarcire i danni causati dalla condotta illecita con essa punita [23].

Si consideri poi che nel valutare il requisito della gravità la Corte EDU tiene in considerazione, non già la sanzione che è stata concretamente comminata, bensì quella che avrebbe potuto essere potenzialmente irrogata sulla base del massimo edittale previsto dalla norma violata [24].

Il terzo, e ultimo, parametro *Engel* attiene, come si è anticipato, alla natura della disposizione punitiva. Tale criterio, che indubbiamente rappresenta tra i tre quello più importante, può essere, a sua volta, articolato in due *sub*-criteri: un primo che attiene squisitamente alla natura, al campo di applicazione e alla struttura del precetto violato; un secondo che mira, viceversa, a verificare le finalità che lo stesso intende perseguire.

---

[20] Tle diffondendo una percezione, ma effettiva e concreta»curare ai diritti e hiare circa l'ivabili, diffondendo una percezioneCfr. *supra sub* § 1.

[21] Così Corte EDU, 2 settembre 1998, *Kadubec c. Slovacchia*, in *www.echr.coe.int*(la traduzione è di chi scrive). In termini cfr. Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia* in *www.echr.coe.int.*

[22] Così Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S. A. c. Francia*, cit. (la traduzione è di chi scrive). A tal riguardo si veda anche Corte EDU, 15 luglio 1982, *Eckle c. Germania,* in *www.echr.coe.int. eccedenzatà o gravità per le sanzioni pecuniarie viene fatta generalmente coincidere con la «*

[23] Si veda, su tutte, Corte EDU, 1° febbraio 2005, *Ziliberberg c. Moldavia*, in *www.echr.coe.it*.

[24] Cfr. sotto tale profilo Corte EDU, 27 agosto 1991, *Demicoli s. Malta*, § 34, in *www.echr.coe.it* e (prima ancora) Corte EDU, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 71, anch'essa in *www.echr.coe.it.*

Con il primo di tali *sub*-criteri, la Corte di Strasburgo attribuisce rilevanza, da un lato, al fatto che le norme punitive siano rivolte alla generalità dei consociati [25] e che mirino a «reprime(re) comportamenti che si configurano come incompatibili con il vivere associato» (Manes, 2012, p. 182), dall'altro, alla circostanza che le stesse riconoscano il potere di accertare la sussistenza dell'illecito ad una pubblica Autorità a valle della contestazione di una responsabilità.

Tramite il secondo *sub*-criterio, che può essere definito quale criterio teleologico, la Corte EDU, operando «un'analisi più strumentale che etica» (Dalmas-Marty, 1987, p. 775), verifica, viceversa, lo scopo [26] del precetto violato. In base a tale parametro le disposizioni punitive vengono considerate penali qualora le sanzioni che da esse scaturiscono abbiano una funzione preventiva, repressiva [27] e punitiva [28].

Ciò detto, occorre ora rammentare che in applicazione dei criteri testé passati in rassegna la Corte EDU ha ricondotto all'autonoma e «antielusiva» (Goisis, 2015, p. 46) nozione di materia penale da essa congegnata, non solo le ingenti sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalle Autorità indipendenti [29], ma anche tutta una serie di sanzioni amministrative «minori».

La Corte di Strasburgo, infatti, assumendo un'impostazione che può essere definita a «compasso allargato», ha, a mero titolo esemplificativo, equiparato alla sanzione penale: una sanzione pecuniaria di natura fiscale di importo pari a 7.000 euro [30]; una sanzione pecuniaria amministrativa per il disturbo della quiete pubblica [31]; una sanzione amministrativa pecuniaria per violazione

---

[25] Cfr. Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, in *www.echr.coe.int*.

[26] Si consideri che autorevole dottrina ha significativamente definito, quale «*giurisprudenza* «dello scopo»», la giurisprudenza della Corte EDU di cui si discorre (C. E. Paliero, 1985, p. 917).

[27] Sul punto si veda Corte EDU, 1° febbraio 2005, *Ziliberg c. Moldavia*, in *www.echr.coe.int*, nella quale si legge che «*le finalità della sanzione, che sono sia deterrenti che punitive, bastano per ritenere applicabile l'art. 6 C. E. D. U.*» (la traduzione è di chi scrive). In termini cfr. *ex multis*: Corte EDU, 2 giugno 2008, *Paykar Yev Haghtanak Ltd c. Armenia*; Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; Corte EDU, 2 settembre 1998, *Kadubec c. Slovacchia*; Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*; Corte EDU, 21 febbraio 1984, **Öztürk c. Germania**, tutte in *www.echr.coe.int.*

[28] A tal proposito si è evidenziato in dottrina che «non poss(ono) essere ritenute di natura «penale» sanzioni aventi un carattere meramente o principalmente risarcitorio o rispristinatorio» (così Allena, 2012, p. 2). In tal senso si veda, anche, Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2017, in *www.giusrizia-amministrativa.it*.

[29] A tal riguardo si vedano: Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S. A. c. Francia*, cit.; Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostic c. Italia*, in *www.giustizia.it*; Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit.; e Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Vernes c. Francia*, in *www.echr.coe.it.*

Sull'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sul potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti si vedano: Troise Mangoni, 2012; Torchia, 2014; Titomanlio, 2006; Romagnoli, 2016; Siragusa – Rizza, 2013. *Cfr. Corte.*

[30] Cfr. Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, cit. Cfr. Corte.

[31] Cfr. Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia,* cit. Cfr. Corte.

del codice della strada di soli 31 euro [32, 33]; e (addirittura) una sanzione pecuniaria di appena 3 euro [34].

3. SANZIONI AMMINISTRATIVE NAZIONALI E «MATERIA PENALE»

Tornando entro i confini nazionali, occorre ora interrogarsi su quali sanzioni amministrative irrogate dalle Amministrazioni italiane vegano intercettate, con tutte le dirompenti conseguenze che ne scaturiscono, nella nozione autonoma di «materia penale» elaborata dalla Corte EDU.

Anzitutto, non pare francamente revocabile in dubbio che a tale nozione debbano essere ricondotte tutte (e si ripete tutte) le sanzioni pecuniarie previste, a vario titolo, nel nostro ordinamento. E ciò, si badi bene, a prescindere dal loro, più o meno, rilevante importo e, quindi, a prescindere dalla loro intrinseca gravità.

Come si è detto in precedenza, infatti, il criterio della severità della sanzione è alternativo a quello della natura punitiva e deterrente dell'illecito. Ciò basta per ritenere che anche le sanzioni pecuniarie «minori» debbano essere equiparate, ai fini dell'applicazione delle garanzie di matrice penalistica previste dalla CEDU, a quelle penali.

La funzione punitiva e deterrente, del resto, rappresenta il minimo comune denominatore di tutte le sanzioni pecuniarie. Parafrasando Cesare Beccaria, si può infatti dire che la ragion d'essere delle sanzioni pecuniarie sia proprio quella di «impedire al reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini, e dal rimuovere gli altri dal farne uguali» (Beccaria, 1764/1972, p. 31). Il che, oltre a risultare di per sé ovvio [35], è da un punto di vista sistematico confermato dall'art. 12 del D. Lgs. n. 209/2005 (c.d. Codice delle assicurazioni privare).

In base a tale norma, infatti, «sono vietate (…) le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni ammini-

---

[32] Cfr. Corte EDU, 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*, in *www.echr.coe.it*. Con riferimento a tale ultima pronuncia, è necessario sottolineare che, com'è stato rilevato, la Corte EDU ha ritenuto dirimente, non già la gravità in astratto del *malum* inflitto, bensì «il reddito complessivo del destinatario» e «le sue condizioni di vita» (così Allena, 2014, p. 9, sub nota 10). Cfr. Corte.

[33] In termini si vedano: Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Schmautzer c. Austria* e Corte EDU, 23 settembre 1998. *Malige c. Francia*, entrambe in *www.echr.coe.it.* Cfr. Corte.

[34] Cfr. Corte EDU, Corte EDU, 1° febbraio 2005, *Ziliberg c. Moldavia*, cit. 14.tere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionalie Autorità amminiendenti si vedano: Cfr. Corte.

[35] Sul punto cfr. Troise Mangoni, 2012, pp. 1-2, ove si ricorda che «secondo il noto insegnamento aristotelico, la sanzione deve essere prevista al fine di evitare che potenziali trasgressori dei precetti normativi incorrano in una simile trasgressione, favorendo così l'obbedienza spontanea; la funzione precipua che ne discende è chiaramente quella preventiva».

strative». E il tutto all'evidente fine di evitare che, tramite l'assicurazione, si possa in radice elidere la funzione dissuasiva e punitiva che connota e contraddistingue le sanzioni pecuniarie.

Dunque, facendo leva sul criterio della natura del precetto, si giunge *de plano* a ritenere che le sanzioni amministrative pecuniarie debbano essere irrogate nel rispetto dei principi di matrice penalistica sanciti dalla CEDU. E ciò non può che valere anche con riferimento alle sanzioni accessorie di natura non patrimoniale che conseguono per legge dall'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Dette ultime sanzioni, del resto, in ossequio al principio secondo cui *accessorium sequitur principale*, non possono che essere assoggettate alla medesima disciplina applicabile alle sanzioni principali da cui scaturiscono.

Dall'alternatività dei criteri *Engel* discende altresì che, in applicazione questa volta del criterio della severità, devono essere ricondotte alla nozione di «materia penale» anche le sanzioni di natura ripristinatoria che incidono in modo rilevante sulla sfera giuridica del soggetto cui vengono irrogate. Si pensi, ad esempio, ai provvedimenti con cui si impone la rimessione in pristino di un manufatto abusivo [36] e a quelli con cui si dispone, in caso di inottemperanza all'ordinanza di demolizione, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale del manufatto abusivo e dall'area sul quale esso è stato illecitamente edificato [37].

Sempre in virtù del criterio della severità, dovrebbero essere considerati di «natura penale» anche tutti quei provvedimenti, come ad esempio le informative interdittive antimafia [38] e i provvedimenti di commissariamento delle imprese disposti ai sensi dell'art. 32 del D. L. n. 90/2014 [39]. Dette misure infatti, pur non avendo teoricamente funzione sanzionatoria [40], finiscono comunque per comportare gravissime conseguenze economiche nei confronti dei loro destinatari. Esse, dunque, sembrano presentare qual carattere di severità bastevo-

[36] Sul punto si veda Goisis, 2015, p. 15. 14.tere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionalie Autorità amminiendenti si vedano: Cfr. Corte.

[37] Cfr. art. 31, co. 3, del D. P. R. n. 380/2001.notonoita al patrimonio comunale del manufatto abusivodel loro destinatario. Si pensi, ad esempio, omportare gravissime conseguennotonoita al patrimonio comunale del manufatto abusivodel loro destinatario. Si pensi, ad esempio, omportare gravissime conseguennoton 14.tere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionalie Autorità amminiendenti si vedano: Cfr. Corte.

[38] Sul punto si veda Amarelli, 2017, pp. 290 ss. 14.tere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionalie Autorità amminiendenti si vedano: Cfr. Corte.

[39] In tal senso si sono espressi anche Sgubbi-Guerini, 2014.

[40] Secondo costante giurisprudenza non hanno natura sanzionatoria né «l'informativa *antimafia*» (si veda, *ex multis*, T. A. R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 8 maggio 2018, n. 385, in *www.giustizia-amministrativa.it*) né «*la temporanea e straordinaria gestione dell'impresa* [*ex* D. L. n. 90/2014]» (Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93, in in *www.giustizia-amministrativa.it*). 14.tere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionalie Autorità amminiendenti si vedano: Cfr. Corte.

le per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo analizzata in precedenza per considerare applicabili alle stesse le garanzie di matrice penalistica previste dalla CEDU.

In tale contesto, non vi è chi non veda la rilevanza che assume nel nostro ordinamento l'approccio «ipergarantistico» (Manes, 2017, p. 988) seguito dalla Corte EDU. In virtù dei criteri su cui si fonda detta impostazione finiscono infatti per assumere «natura penale», con ogni conseguenza che ne deriva in termini di applicazione delle relative garanzie, una molteplicità di provvedimenti che, in quanto amministrativi, vengono di regola assoggettati ad una disciplina meno garantistica, e comunque più elastica, rispetto a quella che connota gli illeciti penali.

4. L'ATTEGGIAMENTO ONDIVAGO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E IL SILENZIO ASSORDANTE DEL LEGISLATORE

Alla luce di quanto visto nelle pagine che precedono francamente non desta stupore la circostanza che i criteri *Engel* vengano sempre più spesso invocati nelle aule di giustizia italiane. E, di conseguenza, non desta stupore nemmeno la circostanza che le sanzioni amministrative siano divenute ««clienti» abituali dei nostri Giudici delle Leggi» (Viganò, 2017, p. 1), i quali vengono sempre più spesso chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità del nostro sistema sanzionatorio rispetto alle garanzie enucleate dalla CEDU.

Ciò che, viceversa, stupisce è l'atteggiamento ondivago (per non dire ambiguo) della Corte Costituzionale che, pur avendo ormai da tempo riconosciuto che «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (…) si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» [41], ha, all'atto pratico, fin qui parzialmente disinnescato le conseguenze «esplosive» che scaturiscono da tale riconoscimento [42].

[41] Così Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *www.corte-costituzionale.it.* In tal senso si veda, più di recente, Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49 e 5 aprile 2017, n. 109, entrambe in *www.corte-costituzionale.it*.

[42] Com'è stato puntualmente osservato in dottrina, «la Corte – dopo avere aperto coraggiosamente le porte, con le sentenze gemelle del 2007, al diritto di Strasburgo – continua a mantenere verso la giurisprudenza europea un atteggiamento diffidente, e a dir poco ambiguo. Da un lato, la Consulta è ben consapevole di non potere più opporsi alla penetrazione nel nostro ordinamento del diritto di Strasburgo, che sempre maggiore fascino esercita presso la giurisprudenza ordinaria: e forse anche per questo motivo continua, in effetti, a muovere passi significativi nella direzione dell'apertura del nostro ordinamento in quella direzione. Dall'altro, però, i nostri giudici delle leggi non cessano al tempo stesso di erigere steccati, più o meno robusti, a difesa – formalmente – della nostra Costituzione, e nella sostanza degli equilibri

La Consulta, ad esempio, nel recente passato, trincerandosi dietro la circostanza che la Corte di Strasburgo è un Giudice del caso concreto, ed evidenziando che la giurisprudenza della Corte EDU non ha «avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie» [43], ha con la sentenza n. 193/2016 escluso la possibilità di poter essa stessa applicare direttamente i criteri *Engel* con riferimento a singole sanzioni rispetto alle quali non si è ancora pronunciata la Corte di Strasburgo, riconoscendone espressamente la natura ««convenzionalmente penale»» [44].

Ma così facendo i Giudici costituzionali, accentuando la rilevanza che deve essere accordata alla giurisprudenza della Corte EDU, cui spetterebbe unicamente operare l'equazione tra sanzioni extrapenali e sanzioni penali, sono paradossalmente finiti, con la citata sentenza n. 193/2016, per svilirne la rilevanza, là dove hanno formalisticamente stabilito che, in assenza di un precedente specifico, i principi da essa enucleati non siano passibili di applicazione generale a tutte quelle misure che pur presentano inconfutabilmente i caratteri analizzati in precedenza.

Tale *self-restaint*, che è di per sé non condivisibile (non sembra, infatti, che spetti alla Corte EDU l'esclusiva nell'applicazione dei criteri *Engel*) [45], appare peraltro poco convincente anche perché impone di «esportare» (e quindi di sottoporre al vaglio della Corte di Strasburgo) problematiche che potrebbero (e dovrebbero) essere, viceversa, risolte a livello nazionale.

Non a caso con la successiva sentenza n. 68/2017 la Corte, compiendo un passo in avanti, ha *apertis verbis* sconfessato detta impostazione, evidenziando testualmente che «è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo» [46].

Con detta decisione la Consulta ha, infatti, precisato che «l'applicazione e l'interpretazione» della Convenzione «è attribuit(a) (…) in prima battuta ai

---

del sistema italiano vigente, oltre che del loro ruolo di 'controllori' delle valvole di ingresso nell'ordinamento di quel diritto» (Viganò, 2015, p. 334). In tal senso si è espresso anche Goisis, 2018, p. 3, ove si è evidenzia che nella giurisprudenza della Corte Costituzionale è «evidentemente ancora forte (e talvolta prevalente) (…) la tentazione di lasciare aperta una via di fuga (rectius, di elusione) attraverso prospettive formalistiche».

[43] Così Corte Cost., 20 luglio 2016, n. 193, in *www.cortecostituzionale.it*, § 3.5.

[44] *Ibidem*, *§ 3.5.*

[45] Non si può, infatti, obliterare che la stessa «Consulta [è] un giudice chiamato ad applicare (e ancor prima a interpretare) la CEDU, oltre che la Costituzione italiana, come metro di validità della legislazione ordinaria» (Viganò, 2015, p. 337).

[46] Così Corte 7osì orouò, infatti, i della egli Stati membri stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di StrasburgoCost., 7 aprile 2017, n. 68, in *www.cortecostituzionale.it*.

Giudici degli Stati membri», cui spetta il «dovere di evitare violazioni della CEDU» [47].

A fronte di tale ondivago atteggiamento della Corte Costituzionale, che forse scaturisce anche dalla volontà di disincentivare il sempre più ingente numero di rimessioni da parte dei Giudici *a quo* concernenti le sanzioni amministrative, si regista il silenzio assordante del Legislatore, che, come suggerito tra le righe dalla medesima Consulta, ben potrebbe, «nell'ambito del margine di apprezzamento e di adeguamento» alla giurisprudenza della Corte EDU che gli compete [48], risolvere in modo definitivo la problematica in questione, operando, a trentasette anni di distanza, una massiccia riforma dell'ormai anacronistica disciplina generale in materia di sanzioni amministrative.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Allena, M. (2014), «Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale», *www.ius-pubblicum.com*.

— (2012), «Garanzie procedimentali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», *www.giustamm.it*, Ed. Editoriale Scientifica, Napoli.

— (2014), «Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU», *Giornale di diritto amministrativo vol. 11-2014*, Ed. Ipsoa, Assago.

— (2013), «La potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti come luogo di emersione di nuove sistemazioni concettuali e di più elevati canoni di tutela dettati dal diritto sovranazionale europeo (I)», in Allena M.; Cimini, S. (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, Ed. Mucchi Editore, Bologna.

— (2017), «La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e prevedibilità», *www.federalismi.it*, Ed. Società editoriale federalismi, Roma.

Amarelli, G. (2017), «L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia «generica» ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e), d.lgs. n.

[47] *Ibidem*. Tale medesima impostazione è stata seguita dalla stessa Consulta con la successiva sentenza n. 109 dell'11 maggio 2017 (in *www.cortecostizionale.it*) nella quale si precisa a chiare lettere che «nell'intepretazione che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il Giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima» *(§ 3.1)*.

[48] Così Corte Cost., 20 luglio 2016, n. 193, cit., § 3.5.

159/2011?», *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, *vol. 4/2017*, Ed. Associazione «Progetto giustizia penale», Milano.

Beccaria, C. (1764/1973), *Dei delitti e delle pene*, Ed. Mursia, Milano. 14.tere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionalie Autorità amminiendenti si vedano: Cfr. Corte.

Bianchi, D. (2014), «Il problema della «successione impropria»: un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo», *Rivista Italiana di diritto e procedura Penale vol.1-2014*, Ed. Giuffré, Milano. Sfr. tale sentenza a sentenza della Corte EDU

Cerbo, P. (2016), «La nozione di sanzione amministrativa e la disciplina applicabile (I)», in Cagnazzo, A.; Toschei, S.; Tuccari, F. F. (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Ed. Giuffré, Milano.

— (1999) *sanerbofr.*, *Le sanzioni amministrative*, Ed. Giuffré, Milano.

Cimini, S. (2017), *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli.

Dalmas-Marty, M. (1987), «I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo», *Rivista italiana di diritto e procedura penale vol. 4-1987*, Ed. Giuffré, Milano.

De Salvia, M. (1997), *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Ed. Cedam, Padova.

Del Federico, L. (1993), *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Ed. Giuffré, Milano.

Flick, G. M. (2014), «Il principio di legalità: variazioni sul dialogo tra Corte di Giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale italiana», *Rivista AIC vol. 4-2014*, Ed. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Roma.

Goisis, F. (2015), *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Ed. Giappichelli, Torino.

— (2015), «La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri», en AA. VV., *Diritto Amministrativo vol. 1- 2018*, Ed. Giuffré, Milano.

Manes, V. (2012), «Commento all'art. 7 CEDU», in Bartole, S.; De Sena, P.; Zagrebelsky, V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Ed. Cedam, Padova.

— (2017), «Profili e confini dell'illecito para-penale», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale vol. 3-2017,* Ed. Giuffré, Milano.

Paliero, C. E. (1985), «'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale vol. 3-1985,* Ed. Giuffré, Milano.

Paliero, C. E., Travi, A. (1989) «(voce) Sanzioni amministrative», *Enciclopedia del diritto*, Ed. Giuffré, Milano.

Randazzo, B. (2002), «Giudici comuni e Corte europea dei diritti», *Rivista italiana diritto pubblico comunitario vol. 4-2002*, Ed. Giuffré, Milano.

ROMAGNOLI, G. (2016), «L'espansione della competenza sanzionatoria di Agcm. Note sulla –dubbia– separazione delle prerogative di regolazione e sulla pretesa (sostanziale) marginalizzazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari», *www.giustamm.it vol. 4-2016*, Ed. Editoriale Scientifica, Napoli.

ROSSI, F. (2017), «The european harmonisation of the general part of criminal law», *Rivista italiana diritto pubblico comunitario vol. 5-2017*, Ed. Giuffré, Milano.

SGUBBI, T., GUERINI, F. (2014), «L'art. 32 del Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento», *www.penalecontramporaneo.it*, Ed. Associazione «Progetto giustizia penale», Milano.

SHABAS, W. A. (2015), *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Ed. Oxford University Press, Oxford.

SIRAGUSA, R.; RIZZA, S. (2013), «Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo «stato dell'arte» dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge, *Giurisprudenza Commerciale vol.2*-2013, Ed. Giuffré, Milano.

SUDRE, F. (2005), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Ed. Presses Universitaires de France, Parigi.

TESAURO, A. (1925), *Le sanzioni amministrative punitive*, Ed. Stabilimento Tipografico Tocco, Napoli.

TITOMANLIO, R. (2006), «La potestà sanzionatoria delle Autorità Amministrative Indipendenti nel quadro dei pubblici poteri», *www.giustamm.it*, Ed. Editoriale Scientifica, Napoli.

TORCHIA, L. (2014), «Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali», *www.irpa.eu*.

TROISE MANGONI, W. (2012), *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedimentali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Ed. GIUFFRÉ, MILANO.

— (2016), *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Ed. Giappichelli, Torino.

VIGANÒ, F. (2007), «Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale vol. 2-2007*, Ed. Associazione «Progetto giustizia penale», Milano.

— (2017), «La Consulta e la tela di Penelope», *Diritto penale contemporaneo Rivista trimestrale vol. 2-2015*, Ed. Associazione «Progetto giustizia penale», Milano.

— (2017), «Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative», *www.penalecontemporaneo.it*, Ed. Associazione «Progetto giustizia penale», Milano.

ZANOBINI, G. (1924), *Le sanzioni amministrative*, Ed. Bocca, Torino.

PARTE 4

EL FENÓMENO RELIGIOSO

LA LAICITÀ POSITIVA: LA COOPERAZIONE STATO-CHIESE NELLA DECLINAZIONE DI UN «DIRITTO DEI VALORI»

ANTONIO FUCCILLO
Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli»

«Nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la manifestazione di esse non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge.»

(art. 10 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino -1789)

SOMMARIO: 1. Prologo - Laicità come neutralità positiva. 2. La laicità dinamica della Costituzione della Repubblica italiana. 3. Il fenomeno religioso come valore. 4. Conclusioni. 5. Riferimenti bibliografici.

1. PROLOGO - LAICITÀ COME NEUTRALITÀ POSITIVA

Gli studiosi sono alla continua ricerca di un equilibrio normativo all'interno dei sistemi costituzionali. Tale sforzo si propone talaltro lo scopo di rendere gli ordinamenti impermeabili alle influenze di carattere religioso. Questo *modus operandi* può produrre una positiva visione laica del diritto ma allo stesso tempo può causare una ostilità verso il fenomeno religioso densa di conseguenze negative. Gli eventi storici degli ultimi due decenni infatti hanno rinforzato le convinzioni «laiciste» che le religioni debbano, in qualche misura, essere escluse dai costruttori del diritto e che sia assolutamente necessario

comunque sterilizzare le loro possibili influenze. Si sostiene quindi che sia preferibile una previsione costituzionale da parte degli stati che releghi le confessioni religiose al semplice ruolo di formazioni sociali.

In tale modo rinasce – purtroppo – una nuova competizione tra potere civile e religioni, nella quale lo Stato si preoccupa di affermare la propria totale indipendenza da ogni condizionamento di tipo fideistico. Si tratta però di una fatica di Sisifo, cioè di uno sforzo inutile in quanto le religioni sono da sempre tra i principali costruttori di categorie giuridiche e suggeritrici di comportamenti rispettosi dei propri precetti [1]. L'eliminazione o comunque il ridimensionamento dell'impatto dei culti nella produzione del diritto positivo è uno sforzo che si è storicamente rivelato inutile e dannoso, e comunque sempre contraddistinto da un profondo insuccesso. Ciò vale anche in ambito europeo. Viene evidenziato che «l'Europa non si comprende senza il cristianesimo nel suo rapporto con la cultura, la politica, il diritto e le istituzioni» anche se le fratture che le dinamiche religiose hanno creato spingono verso la creazione di «nuove frontiere e nuovi rapporti tra religione e cultura in Europa» [2]. Occorre quindi rispettare i marcatori culturali religiosi nella loro indefettibile funzione antropologica ad evitare fraintendimenti che producano distorsioni dei sistemi costituzionali [3].

I sistemi moderni hanno, sia chiaro, tra i propri principi fondanti l'eguale dignità e libertà di tutti i consociati, ed uguali garanzie per tutte le confessioni religiose. È però innegabile che alcune di esse esercitino per tradizione e prestigio sociale un tipo di influenza più profondo e ricevano una dignità ordinamentale di tipo diverso. È, ad esempio, il caso della Chiesa cattolica in Italia per una serie di evidenti ragioni, l'essere la Santa Sede collocata come enclave nel territorio italiano, l'essere la città di Roma la capitale mondiale del cattolicesimo, l'essere stata per molto tempo la «religione di stato» nonché quella della stragrande maggioranza dei cittadini. Abitudini, tradizioni e costume degli italiani sono intrisi di cattolicesimo e ciò ha inevitabilmente da sempre influenzato l'ordinamento giuridico della Repubblica [4].

---

[1] Glenn (2011); Ferlito (2005).

[2] Roy (2019a).

[3] Roy (2019b).

[4] A tal riguardo è stato evidenziato che «*In the civil legal tradition, there is also an indirect «role» of religion in the civil code norms, that is a continuous information swap among religious rules and the law. It depends on cultural tradition and also on the role of canon law in the history of many European countries. For example, the description of «marriage» in many European civil codes is very similar to the canon law one*». D'altronde, «*In Western world, actually there is significant influence of religious rules in many fields as family law, inheritance law but also is important in contract and obligation law. The interpretation of many legal institutions depends on religious tradition. Here, it is important stress the point that the legal interpretation makes some differences. The linguistic construction of many civil law codes is*

Non vi è dubbio che «Sulle cruciali questioni al centro del dibattito etico, giuridico e politico delle democrazie contemporanee: dalle biotecnologie, alle famiglie, alla dignità del malato e del morente, all'educazione pluralista nella scuola pubblica, alla morale sessuale e molto altro ancora, lo Stato laico neutrale deve sapersi discostare dai parametri magisteriali, dai valori espressi dal giusnaturalismo cristiano; il diritto deve essere espressione di una giustizia al servizio di tutti, ove l'autodeterminazione del singolo contiene già al suo interno il proprio antidoto costituito dall'obiezione di coscienza che gli consente di astenersi dai comportamenti che contrastino con le proprie convinzioni religiose. Laicità significa neutralità, non indifferenza» [5].

Perché quindi la laicità si presenti come un valore positivo e propositivo occorre allargare i profili di identificazione giuridica delle religioni seguendo le avvertenze suggerite da un Autore che sottolinea come sia opportuno «insistere su alcune pre-condizioni perché tutto questo si verifichi con riguardo, in particolare, ai contributi ascrivibili alle comunità di fedeli. In primo luogo, non può essere riservata al potere politico una posizione così preminente da consentirgli di stabilire che cosa sia o non sia «religioso» o non «religioso», con un atto non sindacabile in sede giurisdizionale. In secondo luogo, occorre rendere quanto più possibile permeabili le procedure di riconoscimento degli organismi religiosi, anche di quelli meno conosciuti o radicati in seno alla collettività sociale di pertinenza. Si tratta di condividere direttive sovranazionali (recepite anche in legislazioni nazionali) che rinviano a una nozione ampia di religione, comprensiva di «convinzioni teiste, non teiste, e ateiste.

Solo nel rispetto di queste minime clausole di salvaguardia il principio di laicità o di non-identificazione, potrà essere garantito, attuato e alimentato affinché in concreto attecchisca e si sviluppi vitalmente. E solo in un tale contesto potranno realizzarsi producenti e creativi processi di mediazione *ab intra* e *ad extra* delle comunità religiose operanti a ogni livello» [6].

---

embedded in religiosity. Indirectly, the legacy of religion is evident in the terminology of many civil code institutions.

Many legal institution such ad family, contract and corporation are based on concepts that have religious substrate (solidarity, good faith, cooperation). The concept of family solidarity, for example, traditionally belongs to the «baggage» of religions. Each religion promotes and protects family solidarity, but interprets it according to its own principles. According to the doctrine of the Catholic Church, the principle of solidarity is a direct necessity for human and Christian fraternity», sul punto Fuccillo, Sorvillo, Decimo (2017, 5).

[5] Rescigno (2015, 1).

[6] Berlingò (2018, 20).

2. LA LAICITÀ DINAMICA DELLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

Al fenomeno religioso si riferiscono, in esclusiva, ben 4 articoli della Costituzione della Repubblica Italiana, il 7, l'8, il 19 ed il 20. L'art. 3 sul c.d. «principio di eguaglianza» [7] inoltre esclude qualsiasi possibilità di discriminazione per ragioni religiose e le varie forme di appartenenze confessionali sono certamente ricomprese tra quelle formazioni sociali ove si esplica la personalità dell'individuo (art. 2 Cost.) [8]. Alle suddette formazioni sociali «religiose» è poi ovviamente applicabile anche la libertà di associazione prevista dall'art. 18 Cost.

Dall'intero quadro normativo della Carta poi, la Corte costituzionale ha individuato la «laicità» tra i principi supremi del nostro ordinamento [9], imponendola quindi come un prisma indefettibile attraverso il quale leggere ogni singola situazione giuridica, seppure nel doveroso rispetto per le differenze.

Quali sono tuttavia i caratteri identificativi sotto il profilo giuridico della laicità costituzionale?

La laicità nasce infatti come concetto politico per l'affermazione del potere dello stato. È necessario porre in luce gli aspetti critici della laicità come principio politico ma anche richiamare la normalizzazione dei rapporti con le confessioni religiose all'interno del quadro costituzionale in un'ottica di pluralismo culturale. Espansione del concetto per rispondere a bisogni religiosi che emergono non solo in ottica culturale ma anche confessionale.

Art. 7 co. 1: La distinzione ordini deve intendersi in un quadro di senso. L'ordine religioso è un ordine di senso che può completare l'ordinamento dello Stato, il quale si dichiara incompetente in materia religiosa.

Art. 8 co. 3: Le intese e l'autonomia delle confessioni religiose. Le c.d. «intese-fotocopie» hanno irrigidito l'autonomia organizzativa della confessione, in quanto nelle intese non si tiene conto di nuove problematiche.

Ne deriva che il concetto di laicità è indubbio che abbia genesi politica ma è un termine che va riempito di contenuto giuridico, altrimenti diviene (e spesso cosi viene assunto) un declinatore vacuo di ideologia.

---

[7] Sulla relazione tra il principio d'uguaglianza e il fattore religioso Casuscelli (1999, 428).

[8] Sulla tutela e promozione del pluralismo sociale cristallizzata dall'art. 2 della Costituzione persistono opinioni divergenti in dottrina, come evidenziato da Rossi (2009, 32).

[9] Per la giurisprudenza sul principio di laicità Corte Cost., 20 novembre 2000, n. 508; Corte Cost., 14 novembre 1997, n. 329; Corte Cost., 18 ottobre 1995, n. 440; Corte Cost., 12 aprile 1989, n. 203. La letteratura sul principio di laicità è vasta, si veda tuttavia Domianello (1999); Onida (2006, 277); Cardia, (2007a, 39); Cardia (2007b); Cimbalo (2007); Ferrari (2007, 99); Prisco (2007); Stefanì (2007); Varnier (2008); Fiorita (2011).

La Costituzione riconosce il carattere primario della Chiesa cattolica e le confessioni religiose come interlocutori istituzionali del Governo, entità che sono assunte, nel sistema costituzionale, tra coloro che, in qualche misura, partecipano al processo di formazione del diritto in materia ecclesiastica. Tali posizioni sono poi perlopiù ribadite anche nelle grandi Carte internazionali dei diritti (ad es. art. 9 CEDU).

Il diritto individuale e collettivo della libertà religiosa è stato quindi protetto anche attraverso impegni internazionali assunti dallo Stato. L'originalità del sistema costituzionale italiano è l'avere predisposto un punto di osservazione pluralista che dà pieno riconoscimento ai sistemi giuridici religiosi e governa le relazioni con i medesimi mediante l'utilizzazione di accordi bilaterali. Tali «intese» hanno natura di atti di diritto pubblico interno e non internazionale [10] e sono quindi oggetto della attenzione e della presa del diritto costituzionale rientrando tra le dinamiche di equilibrio del sistema tra «indirizzo politico» del Governo e libertà dei cittadini, prima fra tutte l'esercizio della libertà religiosa collettiva [11].

Questa innovativa batteria di principi deve essere completata e approfondita e costituisce la caratteristica nuova del diritto ecclesiastico italiano. Si tratta, quindi, di un sistema a base pluralista e innovativo rispetto al quadro preesistente alla Costituzione, tuttavia ancora in via di perfezionamento, tenendo presente anche la stagione delle «intese» e le problematiche (oggi come allora) che l'accesso alle stesse fornisce. Il sistema costituzionale delle intese è funzionante ma l'idea dei costituenti aveva un limite. Il disegno costituzionale immaginava, infatti, il fenomeno religioso come organizzato in modo gerarchico sulla falsariga delle confessioni già presenti sul territorio nazionale. Quelle distanti dal modello tradizionale avrebbero dovuto trovare sfogo altrove considerate cioè non come «confessioni religiose» [12]. Una soluzione attuale al problema potrebbe essere costruita attorno a un sistema di autoregolamentazione che utilizzi gli strumenti del diritto comune, per superare un'idea rigida di confessionalità.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 52 del 2016, ha ampliato il potere del Governo di individuare i propri interlocutori idonei alla conclusione di intese ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost. La medesima Corte

[10] Tedeschi (2010, 136).

[11] Sull'art. 8, comma 3 della Carta costituzionale si veda Colaianni (1961); Casuscelli (1974); Vitali (1989); Colaianni (1990); Cardia (1992); Cardia (1994); D'Avack (1994); Vitale (1994); Casuscelli (1996); Guazzarotti (2002); Pasquali Cerioli (2006); Casuscelli (2008); Canonico (2012); Fuccillo (2013).

[12] Fuccillo (2019).

ha tuttavia affermato che «tra questi atti è sicuramente ricompresa la deliberazione di diniego di avvio delle trattative, è giocoforza riconoscere che anche di tale decisione il Governo risponde di fronte al Parlamento, con le modalità attraverso le quali la responsabilità politica dell'esecutivo è attivabile in una forma di governo parlamentare. La riserva di competenza a favore del Consiglio dei ministri, in ordine alla decisione di avviare o meno le trattative, ha l'effetto di rendere possibile, secondo i principi propri del governo parlamentare, l'effettività del controllo del Parlamento fin dalla fase preliminare all'apertura vera e propria delle trattative, controllo ben giustificato alla luce dei delicati interessi protetti dal terzo comma dell'art. 8 Cost.» Ciò a conferma della delicatezza della materia che investe il fondamentale diritto di libertà religiosa «aggregata» e che non può pertanto essere totalmente affidata all'esercizio del potere di indirizzo politico del Governo [13].

L'atto di diniego delle trattative, secondo la Corte, tuttavia non ha effetti ultronei, nel senso che è possibile ottenere la qualifica di confessione religiosa anche in altri contesti. Per comprendere quindi se la proiezione collettiva della libertà religiosa sia solo di stampo confessionale è necessario capire se i commi primo e terzo dell'8 Cost. siano direttamente collegati tra loro.

Diventa allora essenziale ripartire dall'autonomia organizzativa del secondo comma dell'art. 8 Cost., per capire fino a che punto essa consenta al gruppo di definirsi confessione religiosa, e se ne rappresenti uno dei possibili indicatori chiari di confessionalità.

La possibilità di stipulare accordi vincolanti per il potere politico con le confessioni religiose consente di accedere a uno strumento giuridico equilibratore in grado, se bene utilizzato, di «governare le differenze» [14]. Le *intese* divengono così una straordinaria opportunità per rendere efficace la libertà religiosa dei gruppi di minoranza e allo stesso tempo di inserire nel sistema giuridico le opportune differenziazioni richieste da chi si identifica in un gruppo religioso [15]. Perché il sistema disegnato dalla Costitu-

[13] Freni (2018); Prisco, Abbondante (2018). Per un commento alla sentenza n. 52 del 2016 della Corte Costituzionale, si veda Licastro (2016); Pasquali Cerioli (2016); Macrì (2016); Poggi (2016); Dickmann (2016); Ruggeri (2016); Pin (2016); Porena (2016); Nicotra (2016); Ferrara (2016); Tomba (2016); Vita (2016); Magni (2017); Laneve (2017).

[14] Ricca (2012).

[15] Sul punto si veda Parisi (2018, 6) il quale precisa che «*A system of ecclesiastical relations of a pyramidal nature has been established in Italy. A model in which the more politically authoritative religion, that is the Catholic Church, has obtained a doubly privileged status: in the form, because it is guaranteed by the Constitution and by the international law); in the content, because it recognizes significant benefits for the Church of Rome, starting, for example, from the teaching of religion in the public schools); benfits that are denied, in terms of their specific weight of benefits, to any other religious organization.*

zione possa efficacemente funzionare occorre seguire due fondamentali regole di prudenza:

– evitare (come già sopra accennato) le cd. «intese fotocopia» che diventano solo strumenti di propaganda senza alcun reale apporto di novità, perdendo quindi la loro funzione equilibratrice, pur mantenendo tuttavia quella di «riconoscimento» del gruppo al rango di confessione;

– evitare la creazione di «diritti particolari» che non siano assolutamente necessari al mantenimento della identità religiosa dei singoli appartenenti al gruppo. La parcellizzazione dell'ordinamento giuridico sulla base delle semplici adesioni confessionali non sarebbe tollerata dal rispetto della laicità generale che l'ordinamento deve avere, e nemmeno dalle dinamiche di un sistema moderno, fluido ed accessibile a tutti.

3. IL FENOMENO RELIGIOSO COME VALORE

In un generale quadro di libertà e di pluralismo disegnato dalla Carta appare del tutto evidente la funzione che viene riconosciuta ed assegnata al fenomeno religioso ed ai suoi interpreti istituzionali. Ciò è dovuto alla consapevolezza del ruolo che le fedi religiose hanno avuto (ed hanno) nello sviluppo dei sistemi giuridici con il loro contribuire alla formazione di una scala di valori e allo statuto ontologico dell'essere umano, che è il primo tra gli obiettivi di protezione degli ordinamenti costituzionali più progrediti.

Tra i vari suggeritori di condotte positive le religioni si collocano in prima fila, soprattutto per la loro funzione nomopoietica [16].

Il rapporto tra religione e diritto è complesso e l'influenza dei precetti religiosi sulle diverse tradizioni giuridiche è innegabile [17]. Il rapporto osmotico tra diritto e religione caratterizza anche i moderni sistemi giuridici occidentali.

Other Churches, admitted to stipulate agreements with the State, have obtained a worse statute than that of the Catholic Church, but better than that of the religions without any pact with the public institutions. Then, an unknown number of religious organizations is recognized as such, but it enjoys limited rights, provided for by a unilateral law of the state (the famous law n. 1159 of 1929 on the «admitted cults to the State'), inherited from the Fascist age. At the bottom of the pyramid, finally, we can find all those religious groups that, for different reasons, are not recognized as religious denominations from the State and, consequently, live in anonymity, without specifics and special regulatory protections. It is clear that this hierarchical structure is offered to the political objective to reward the strongest and socially reassuring confessional subjects, selected in a non-respectful way of a rigorous application of the principle of equality, of the impartiality of public powers with respect to all beliefs and religious institutions, of the freedom of some specific religious groups».

[16] Fuccillo (2018); Fuccillo (2019).

[17] Glenn (2011).

Le credenze fideistiche costituiscono l'elemento centrale dei valori sottesi ai principi e alle regole giuridiche della società contemporanea. Si può dire che senza comprendere i valori religiosi di cui è intriso, sarebbe addirittura difficile ricostruire gli odierni sistemi giuridici.

Per i fedeli, tutti i precetti religiosi ai quali si riferiscono sono intrisi di valenza normativa condizionando l'agire del soggetto nelle sue opzioni giuridiche. Il precetto religioso assume caratteri e identità giuridico-positiva quindi svolge una reale funzione nomopoietica. Tutto ciò è utile nell'indirizzare le scelte giuridico-economiche dei fedeli verso una socialità del diritto, arginando la produzione di strumenti giuridici esclusivamente servili delle prepotenze economiche.

I diritti religiosi suggeriscono, comunque, una coniugazione di valori su cui è (in parte) forgiato l'ordinamento giuridico, ivi compreso il principio solidaristico. Aiutano, quindi a eliminare lo squilibrio ordinamentale e le disuguaglianze sociali. Le tradizioni religiose danno luogo a fattispecie concrete che testimoniano proprio le continue relazioni tra diritto e religioni nella cultura dei popoli. Esse (le religioni) hanno da sempre suggerito al diritto positivo istituti, regole, rimedi. Ne consegue che la religione può diventare un freno alla «trasformazione elitaria del diritto», facendo sì che esso riacquisti i significati più autentici sui quali è fondato, contribuendo con il suo concorso all'evoluzione dei sistemi civili. Come non notare che una delle chiavi di declinazione di tali teorie è riscontrabile nelle religioni e nei principi che le stesse veicolano nel tessuto sociale.

Non è possibile prescindere da un riferimento alle religioni in tali temi in quanto:

a) le religioni sono le principali «matrici di senso» [18];

b) nei messaggi religiosi sono da sempre presenti alcuni insegnamenti quali il rispetto del creato (Cristianesimo, Islam) e dell'armonia della natura (religioni orientali), e di una idea di redistribuzione e di aiuto reciproco.

I «diritti confessionali» possono costituire un architrave ove inserire al meglio la produzione normativa nazionale e sovranazionale, essi per l'appunto suggeriscono istituti e forme di tutela [19]. Indirizzano i comportamenti dei fedeli spingendoli verso condotte giuridiche conformi (in qualche e varia misura) ai dettami dei «diritti religiosi». La vera nuova frontiera di questi ultimi è la riscoperta di un loro ruolo nell'influenzare i fedeli non solo per finalità escato-

[18] Ricca (2012); Ricca (2008).
[19] Fuccillo (2008).

logiche o propriamente teistiche ma anche quali chiavi di declinazione etica del vivere civile. Le religioni si manifestano anche nella loro qualità d'ispiratrici di «moralità» comportamentale in virtù dei loro codici culturali. I diritti religiosi sono percepiti dai fedeli come indefettibili nella loro quotidiana ritualità, e dal rispetto dei quali si sentono protetti [20]. Tali pressioni vengono anche svolte dalle organizzazioni di ispirazione religiosa che costituiscono (nella società attuale) le forme più evolute di *lobbyng*, ma anche le più efficaci alternative al decadente *welfare* degli stati.

I diritti collettivi e i beni comuni assumono così nuove prospettive di tutela in una rinnovata dimensione giuridica. La tutela dell'ambiente, la socialità nel lavoro, la finanza etica, l'impresa sociale, il rispetto dei generi e della dignità dell'essere umano, il diritto al cibo e sul cibo sono alcuni dei più importanti settori ove le religioni intervengono e proiettano la loro positività sui sistemi giuridici, anche attraverso l'azione dei gruppi.

4. CONCLUSIONI

Appare evidente che la Costituzione della Repubblica colloca, tra tutti i comportamenti umani negli spazi del vivere, le religiosità in una posizione di preminenza, ben consapevole del ruolo sociale che esse rivestono e del fatto che chi crede persegue una finalità escatologica che potrebbe condurlo a conflitti di lealtà.

Il nostro sistema giuridico, quindi, si caratterizza per una laicità fattiva, operativa, collaborativa, attenta cioè ai valori in gioco, nel rispetto di ogni fede religiosa.

Il riconoscimento pieno della libertà religiosa, declinato attraverso una laicità positiva, si pone come argine a radicalismi e fondamentalismi che possono inquinare la pacifica convivenza tra le persone ed i gruppi. Ove è il diritto a governare le differenze esse mantengono i loro distinguo e principi all'interno del quadro dei diritti degli altri; in tale modo ogni possibile tensione troverà nell'ordinamento giuridico le risposte adeguate.

---

[20] Roy Rappaport ha rimarcato che la religione è fondamentale per la continua evoluzione della vita. Secondo l'A. i rituali da intendersi come l'esecuzione di sequenze più o meno invarianti di atti formali e espressioni non codificate, rappresentano la base per la creazione della religione. A partire da tale presupposto, l'A. combinando approcci adattativi e cognitivi allo studio dell'umanità, propone un'analisi completa del significato evolutivo della religione, considerandola co-estensiva con l'invenzione del linguaggio e quindi della cultura come oggi la apprezziamo. Le posizioni sono in prevalenza espresse in Rappaport (2004).

Perché ciò si verifichi è necessario che si formi una classe di giuristi sempre più attenti a dimensionare il fenomeno religioso nell'esperienza giuridica, anche operando quella delicata operazione di traduzione interculturale che solo i cultori più raffinati delle scienze giuridiche possono fare.

L'attenzione che gli ordinamenti riservano alle confessioni religiose e alle singole istanze fideistiche rappresenta un'alternativa alla diffusione della nuova *koinè* giuridica, frutto di una deviazione della globalizzazione, la quale rende gli ordinamenti giuridici più vulnerabili perché orbati dell'indefettibile controllo democratico [21].

È quindi auspicabile che la cooperazione «stato-chiese» quale conseguenza di una laicità positiva (assunta quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale) causi una positiva neo-declinazione di un diritto valoriale che provochi un nuovo e più solidale equilibrio sociale.

Quest'ultima può essere la nuova sfida dei sistemi costituzionali contemporanei.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA. VV. (2016), *Bilateralità pattizia e diritto comune dei culti. A proposito della sentenza 52/2016*, Editoriale Scientifica, Napoli.

Berlingò, S. (2018), «Mediazione e Religioni: la sfida in una società complessa», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 22.

Canonico, M. (2012), «La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose o libera scelta del Governo?», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.

Cardia, C. (1992), *Stato e confessioni religiose – Il regime pattizio*, Zannichelli, Bologna.

— (1994), «Stato e confessioni religiose. Il regime finanziario», in *Enc. Giur., Treccani*, Treccani, Roma.

— (2007a), *La laicità in Italia*, in *Laicità cristiana*, Cinisello Balsamo, San Paolo.

— (2007b), *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, Cinisello Balsamo, San Paolo.

Casuscelli, G. (1974), *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano.

— (1996), «Pluralismo confessionale, separazione degli ordini e disciplina pattizia dei rapporti: dall'equilibrio del «microsistema» (art. 8 Cost.) alle incognite di una revisione per trascinamento», *Politica del diritto*, n. 1.

[21] Fuccillo (2018).

— (1999), «Uguaglianza e fattore religioso», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino.
— (2008), *La rappresentanza e l'intesa*, in Ferrari, A. (ed.)., *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, Zanichelli, Bologna.
— (2018), «La tutela dell'identità delle minoranze deve potersi avvalere di «un giudice e un giudizio» (ancora sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 52 del 2016)», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21.

Cerioli, J. P. (2006), «I rapporti con le confessioni religiose», in Casuscelli, G. (ed.), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino.
— (2016), «Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 26.

Cimbalo, G. (2007), «Laicità come strumento di educazione alla civiltà», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.

Colaianni, N. (1961), «Intese (diritto ecclesiastico)», in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano.
— (1990), *Confessioni religiose ed intese – Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Cacucci, Bari.
— (2014), «Simboli religiosi e processo di mediazione», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1.

D'Avack, P. A. (1994), «Intese. II) Diritto Ecclesiastico. Profili generali», in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma.

Dalla Torre, G. (ed.) (2007), *Lessico della laicità*, Studium, Roma.

Dickmann, R. (2016), «La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. *è* un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale», *Forum di Quaderni Costituzionali*.

Domianello, S. (1999), *Sulla laicità nella Costituzione*, Giuffrè, Milano.

Ferlito, S. (2005), *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli.

Ferrara, A. (2016), «Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose e dell'upgrading del giudizio concernente il diniego all'avvio delle trattative», *Federalismi.it*.

Ferrari, S. (2007), «La nozione di laicità tra identità e pluralismo», in Ceretti, A.; Garlati L. (eds.), *Laicità e stato di diritto*, Giuffrè, Milano.

Fiorita, N. (2011), «L'insostenibile leggerezza della laicità italiana», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.

Freni, F. (2018), «L'iter delle intese sui rapporti Stato-confessioni ristretto fra discrezionalità politica e insicurezza presunta», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 30.

Fuccillo, A. (2008), *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, Giappichelli, Torino.

— (2013), «Lo statuto della Chiesa Taoista d'Italia e l'art. 8, comma II, della Carta costituzionale: epifania sociale di una confessione religiosa», *Diritto e Religioni*, n. 2.
— (2018), «La Koinè giuridica tra economia, diritto e funzione nomopoietica delle religioni», in Dammacco, G.; Ventrella; C. (eds.), *Religioni, Diritto e regole dell'economia*, Cacucci Editore, Bari.
— (2019), «Le proiezioni collettive della libertà religiosa», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 5.

Fuccillo, A., Sorvillo, F., Decimo, L. (2017), «The courts and the code. Legal osmosis between religion and law in the cultural framework of civil law systems», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 28.

Glenn, H. P. (2011), *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Il Mulino.

Guazzarotti, A. (2002), «Nuove intese con le minoranze religiose e abuso della formazione simbolica», *Quaderni costituzionali*, n. 2.

Laneve, G. (2017) «Conflitti costituzionali e conflitti di giurisdizione sul procedimento relativo alla stipula delle intese ex art. 8, comma 3, cost: riflessioni a partire da un delicato (e inusuale) conflitto fra poteri, tra atto politico e principio di laicità», *Rivista AIC*, n. 2.

Licastro, A. (2016), «La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 26.

Macrì, G. (2016), «Il futuro delle intese (anche per l'UAAR) passa attraverso una legge generale sulla libertà religiosa. Brevi considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016», *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3.

Madera, A. (2018), «Quando la religione si interseca con la tutela di genere: quale impatto sulle dinamiche dell'accoglienza? (Prime osservazioni a margine di Cass., Sez. I, 24 novembre 2017, n. 28152), *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 14.

Magni, S. (2017), «L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode «tutelatrice» dei diritti fondamentali», *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 1.

Nicotra, I. (2016), «Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo», *Federalismi.it*.

Onida, F. (2006), «Il principio di laicità», in Botta, R. (ed.), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Parisi, M. (2018), «Multiculturalism, multireligiosity and relations between the State and religious organizations», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 32.

Pin, A. (2016), «L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa», *Federalismi.it*.

Poggi, A. (2016), «Una sentenza 'preventiva' sulle prossime richieste di intese da parte di confessioni religiose?», *Federalismi.it*.

Porena, D. (2016), «Atti politici e prerogative del governo in materia di confessioni religiose», *Federalismi.it*.

Prisco, S. (2007), *Laicità. Un percorso di riflessione*, Giappichelli, Torino.

Prisco, S., Abbondante, F. (2018), «Intendersi sulle intese», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 3.

Rappaport, R. A. (2004), *Rito e religione nella costruzione dell'umanità*, ed. italiana, Edizioni Messaggero, Padova.

Rescigno, F. (2015), «Se non ora quando? principio di eguaglianza e laicità all'italiana», *Ianus - Diritto e Finanza*, n. 12.

Ricca, M. (2008), *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari.

— (2012), *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo.

Rossi, E. (1989), *Le formazioni sociali nella Costituzione Italiana*, Cedam, Padova.

— (2009), *L'art. 2 della Costituzione Italiana*, in Rossi, E. (ed.), *Problemi attuali delle libertà* costituzionali, Pisa University Press, Pisa.

Roy, O. (2019b), *L'Europa è ancora cristiana? Cosa resta delle nostre radici religiose*, Milano, Feltrinelli.

— (2019a), «Le Carte dell'Identità», *Corriere della Sera*, 10 settembre 2019.

Ruggeri, A. (2016), «Confessioni religiose e intese tra iurisdictio e gubernaculum, ovverosia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)», *Federalismi.it*.

Stefanì, P. (2007), *La laicità nell'esperienza giuridica dello Stato*, Cacucci, Bari.

Tedeschi, M. (ed.) (1996), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli.

— (2010), *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino.

Tomba, C. (2016), «Il principio di laicità: mero strumento rafforzativo del principio di eguaglianza «senza distinzione di religione» ovvero obbligo positivo nei confronti dei pubblici poteri? Riflessioni a prima lettura delle sentenze n. 63 e n. 52 del 2016», *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 2.

Varnier, G. B. (2008), «Laicità, radici cristiane e regolamentazione del fenomeno religioso nella dimensione dell'U. E.», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.

Vita, V. (2016), «Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa, Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2016», *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 2.

Vitale, A. (1994), «Confessioni religiose – Profili generali», in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma.

Vitali, E. (1989), *Accordi con le confessioni e principio di uguaglianza*, in AA. VV. *Studi in memoria di M. Petroncelli*, Jovene, Napoli.

LA FUNZIONE NOMOPOIETICA DELL'ART. 20 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Ludovica Decimo
Università degli Studi di Padova

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Protezione e promozione: gli obiettivi formali dell'art. 20 Cost. 3. Gli obiettivi sostanziali dell'art. 20 Cost. 4. Conclusioni. 5. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

Nel quadro istituzionale di libertà, pluralismo ed eguaglianza delineato dalla Costituzione italiana si inseriscono ben quattro norme dedicate in via esclusiva al fattore religioso, cioè gli articoli 7, 8, 19 e 20. Le prime due norme citate trattano, come è noto, dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose, delineando il sistema pattizio. L'art. 19 si occupa della libertà religiosa in tutti i suoi aspetti. L'art. 20 protegge gli enti religiosi da eventuali forme di discriminazioni in *peius* rispetto agli enti di diritto comune. Tale norma sembrerebbe essere stata posta «in memoria» delle note vicende storiche che hanno interessato gli enti religiosi. In tale accezione essa diviene una norma storico-sistematica, priva di un reale contenuto precettivo, nient'altro che un'esplicitazione delle garan-

zie costituzionali riservate agli enti religiosi, in ossequio al generale principio di eguaglianza [1].

La norma manifesta un'apparente estraneità al quadro di tutela e promozione del sentimento religioso delineato dalla Costituzione attraverso gli artt. 7, 8 e 19 Cost., a tal punto da essere considerata quasi superflua la sua presenza nel dettato costituzionale. Da una lettura più attenta del dettato costituzionale emergono straordinari elementi di connessione tra l'art. 20 e le altre norme costituzionali. L'art. 20 diviene una norma prodromica all'esercizio dei diritti e delle libertà sancite negli artt. 7, 8, 19, in quanto tutela e promuove le condizioni fattuali che di essi costituiscono il presupposto.

L'imponente dimensione collettiva che le religioni ed i propri enti hanno assunto nell'attuale assetto sociale fornisce nuova vitalità all'articolo 20, soprattutto se visto nella sua funzione promozionale del fenomeno religioso nei suoi aspetti organizzativi.

Gli enti religiosi costituiscono strumento necessario per lo sviluppo e la piena esplicazione della libertà religiosa [2]. Essa, infatti, si manifesta anche attraverso la possibilità di dar vita a enti religiosi deputati all'esercizio delle attività di religione o di culto, nonché al perseguimento di altre finalità ad esse connesse. L'art. 19 rileva come diritto assoluto, l'art. 20 come diritto condizionato, consentendo così una declinazione in positivo della libertà religiosa. L'art. 20 Cost., tutelando le finalità religiose, costituisce un prezioso strumento di tutela e di promozione della libertà religiosa, la quale non deve essere valutata non solo da un punto di vista «quantitativo» ma anche e soprattutto «qualitativo». A tal fine è necessaria l'adozione di strumenti giuridici che garantiscano le medesime opportunità di esercizio della libertà religiosa [3]. Tale delicato processo è influenzato dalla tutela che l'ordinamento giuridico appre-

[1] L'intento perseguito dei padri costituenti fu quello di evitare che il legislatore ordinario adottasse (nuovamente) una politica discriminatoria nei confronti degli enti religiosi. La lettura inizialmente fornita dagli interpreti della norma come divieto di discriminazione *in peius* si colloca sulla scia del pensiero del Costituente. D'altra parte, non sono mancate interpretazioni «mortificanti» dell'art. 20 Cost., le quali hanno sottolineato che la norma non sarebbe altro che una specificazione del principio di uguaglianza con riferimento alle persone giuridiche - per ulteriori approfondimenti Pergolesi (1958, 404); Mortati (1962, 871); Berliri (1967, 281) fino ad auspicarne l'abrogazione in sede di revisione costituzionale. Così Rimoli (2006, 877); Onida (1996, 111).

[2] Sul diritto di libertà religiosa si veda diffusamente: Catalano (1957); Fedele (1963); Jemolo (1957-1979); Jemolo (1972); D'Avack (1974, 596); Finocchiaro (1977, 262); Musselli (1994, 215); Ferrari (1996, 97); Cardia (1998, 191); Di Marzio (2000); Ferlito (2002); Lillo (2006, 3550); Ricca (2006, 420); Mirabelli (2007, 246); Guazzarotti (2008, 148).

[3] Sulla «libertà religiosa delle opportunità», si veda Fuccillo (2017, 57); Fuccillo (2018b, 35), il quale evidenzia che nonostante la garanzia costituzionale riservata alla libertà religiosa dai sistemi giuridici più progrediti, le grandi democrazie occidentali con le loro società apparentemente evolute non sono del tutto immuni da condotte discriminatorie e che pertanto è necessario innalzare la *qualità* della libertà religiosa, «garantendo a chiunque le stesse opportunità, partendo dai bisogni quotidiani, ovvero dalla 'vita

sta alle diverse forme di associativismo religioso. La promozione delle attività degli enti religiosi determina un'esponenziale crescita della qualità della libertà religiosa.

I padri costituenti hanno posto a fondamento della Carta fondamentale una nuova concezione della persona umana e degli enti sociali nei quali essa si integra e si espande [4]. L'art. 2 della Carta costituisce una delle pietre angolari [5] dell'impianto costituzionale, in quanto in essa si cristallizza il principio di pluralismo sociale [6]. La norma tutela e promuove le formazioni sociali che siano in grado di favorire lo sviluppo della persona umana, ovvero di quei diritti ad essa intimamente connessi [7].

L'art. 20 Cost. si colloca dunque in linea con il disegno costituzionale ed assume un'autonoma carica propulsiva in quanto con esso il legislatore costituzionale ha inteso assicurare protezione e promozione a quelle formazioni sociali nelle quali è possibile il libero sviluppo della religiosità individuale.

L'anamnesi della norma induce a ritenere che la finalità dei Costituenti fosse quella di ricomprendere nell'alveo di protezione costituzionale un'articolazione flessibile della fenomenologia sociale religiosa al fine di favorire il progresso spirituale della società [8], rivelando così «una piena apertura culturale e giuridica insieme alla proteiformità del fenomeno religioso e alle possibili, molteplici sue manifestazioni» [9].

Nell'attuale società interculturale, l'esercizio collettivo della libertà religiosa si estrinseca in forme organizzative talvolta diverse da quelle suggerite dalle religioni tradizionali. Tali forme, prestate al giurista dal diritto comune,

---

vivente'» (p. 43). Secondo tale *modus operandi* sarebbe possibile porre un «argine alla deriva che tali fondamentali diritti hanno negli attuali tempi di crisi» (p. 43).

[4] De Siervo (1980, 96).

[5] La definizione dell'art. 2, ed in particolare del principio di solidarietà, come «pietra d'angolo» dell'intero edificio costituzionale fu utilizzata da Giorgio La Pira in Assemblea Costituente durante la seduta dell'11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1971, I, p. 316.

[6] Sulla tutela e promozione del pluralismo sociale cristallizzata dall'art. 2 della Costituzione persistono opinioni divergenti in dottrina, come evidenziato da Rossi (2009, 32). L'Autore, in relazione al riconoscimento del pluralismo sociale della Costituzione, evidenzia che la sua *ratio* «consiste nella finalità riconosciute alle formazioni sociali di favorire la socialità della persona, il suo inserimento nel contesto sociale mediante una rete di relazioni che ne consenta la partecipazione alla vita collettiva e quindi la sua piena realizzazione».

[7] In tal senso Barbera (1977, 113); Ridola (1987, 207); Rossi (1989, 188).

[8] In tal senso Berlingò (1992, 20). La libertà religiosa, il cui corretto esercizio è garantito anche dall'art. 20, concorre, insieme ad altri fattori, al «pieno sviluppo della persona umana» (obiettivo dell'art. 3, 2° comma Cost.) e al «progresso spirituale della società» (obiettivo indicato, insieme al progresso materiale, all'art. 4, 2° comma Cost.).

[9] Ricca (2000, 1538). La norma costituzionale è «motivo e causa, nello stesso tempo, della diffusione nella sfera religiosa del criterio di parità sostanziale», in tal senso Berlingò (1992, 20). Si veda inoltre sul punto Berlingò (1985, 91).

sono plasmate al fine di rispondere alle esigenze della fenomenologia religiosa e riconsegnate all'ordinamento in una *species* del tutto nuova, alla quale il sistema costituzionale non può che assicurare protezione e promozione.

Le evoluzioni sociali ed economiche degli ultimi anni, d'altra parte, impongono una rivalutazione della sfera di operatività degli enti religiosi e dunque della tutela ad essa assicurata dalla norma costituzionale. Le potenzialità degli enti religiosi superano talvolta la mera dimensione religiosa, cui sono primariamente deputati, e si riversano nell'attuale società attraverso una pluralità di attività collaterali anch'esse riconducibili a valori meritevoli di tutela dalla Carta costituzionale. Le attività di utilità sociale, ad esempio, pur essendo tradizionalmente qualificate come «attività diverse», ovvero apparentemente estranee da quelle di religione o di culto, rispondono in realtà ad imperativi posti dalle stesse confessioni religiose. Il principio di solidarietà non solo permea il dettato costituzionale (art. 2 Cost.) ma è altresì oggetto degli insegnamenti fondamentali di molte tradizioni religiose. In tale prospettiva, le religioni, attraverso i propri enti, divengono preziosi alleati degli ordinamenti civili, eliminando le disuguaglianze sociali e favorendo il pieno sviluppo della dignità umana. Le finalità religiose altresì permeano ed orientano anche le attività economiche degli enti religiosi e dei singoli individui.

La peculiare posizione sociale ricoperta dagli enti religiosi e le forme giuridiche da essi assunte richiedono una rilettura della norma costituzionale loro direttamente dedicata, che non può fermarsi al solo dato letterale, ma che richiede una più ampia riflessione. Solo attraverso tale protocollo operativo è possibile valutare lo straordinario potenziale nomopoietico dell'art. 20 Cost., il quale è in grado di mutare i suoi significati a seconda delle evoluzioni della società.

2. PROTEZIONE E PROMOZIONE: GLI OBIETTIVI FORMALI DELL'ART. 20 COST

Ponendo al legislatore un divieto di discriminazione in *peius*, la norma costituzionale protegge le «braccia operative» delle religioni e le formazioni sociali che, pur non essendo istituzionalizzate negli ordinamenti confessionali di appartenenza, sono espressione della libertà religiosa degli individui.

L'art. 20 Cost. è elemento di sviluppo e complemento di libertà individuali inviolabili, che si svolgono in qualsiasi formazione sociale avente finalità religiosa.

Alla luce del dettato costituzionale, il legislatore non può prevedere limitazioni legislative o speciali gravami fiscali relativi alla costituzione, capacità e qualsiasi forma di attività degli enti religiosi. L'intento dei Costituenti era evidentemente quello di evitare che il legislatore ordinario discriminasse gli enti ecclesiastici rispetto agli enti di diritto comune.

La norma costituzionale è stata fortemente voluta anche dalle associazioni religiose appartenenti «ad altre Chiese», al fine di equiparare le stesse agli enti ecclesiastici cattolici [10]. In quanto espressione del pluralismo confessionale, la norma tutela in modo unitario gli enti ecclesiastici appartenenti a qualsiasi confessione religiosa. Se l'art. 20 corrobora il principio d'eguaglianza sostanziale tra enti religiosi, non è escluso che ciascuna confessione religiosa potrà, attraverso lo strumento pattizio, ottenere soluzioni normative differenziate relative ai propri enti. Si realizza, pertanto, un'eguaglianza nella diversità [11].

La condotta «negativa» delineata dalla norma costituzionale, non esclude inoltre un trattamento più favorevole da parte del legislatore ordinario a favore degli enti religiosi, volto a promuovere le attività tradizionalmente svolte. Gli interessi (religiosi e non solo) da essi perseguiti contribuiscono, come è stato in precedenza richiamato, al pieno sviluppo della personalità umana, in una pluralità di aspetti, e, pertanto, al benessere della collettività [12].

Può dunque sussistere un elemento di diversità o differenziazione normativa degli enti religiosi rispetto agli enti di diritto comune, a condizione che lo stesso si concreti in un trattamento più favorevole o, comunque, in una deviazione che sia idonea a fornire maggiore tutela al fine di religione o di culto [13].

---

[10] I Costituenti *lessero* con attenzione la società italiana, ponendo in una proficua composizione dialettica il passato e il presente, e decifrarono un insieme di valori condivisi, costruendo attorno ad essi adeguate forme di tutela. Essi guardavano alle radici della società italiana, dove ci sono valori ed interessi condivisi che devono essere proiettati verso il futuro. Come evidenziato da Grossi (2017, 68), i Costituenti misero in opera una «fervida attività *invettiva*».

[11] Ainis (2007, 20). Secondo Botta (1990, 227), ai sensi dell'art. 20 Cost. deve ritenersi illegittima la discriminazione di enti che pur avendo fine di religione o di culto fossero esponenziali di confessioni religiose differenti. D'altra parte, occorre sottolineare che secondo alcuni autori il problema *de quo*, seppur connesso alla tematica oggetto di trattazione, è in realtà riconducibile all'art. 3 Cost. Sul punto si veda Bettetini (2006, 444).

[12] Tale benessere deriva non solo dalle attività di utilità sociale svolte da parte degli enti religiosi (che possono essere eventuale), ma anche e soprattutto dalle finalità religiose perseguite. La partecipazione da parte del fedele alle attività delle organizzazioni religiose determina un incremento del benessere individuale e collettivo (in tal senso VanderWeele, 2017, 476). D'altra parte, è stato altresì evidenziato che maggiori *standard* di tutela e promozione della libertà religiosa e, dunque, delle attività ad essa connesse, determinano un esponenziale incremento del benessere sociale ed economico. Si crea così «un rapporto simbiotico tra libertà religiosa e sviluppo economico, poiché quest'ultimo sarà direttamente proporzionale al livello di riconoscimento e tutela approntato dagli ordinamenti giuridici proprio al diritto di libertà religiosa», in tal senso Fuccillo (2018b, 360).

[13] Sul punto si veda Colella (1970, 473); Catalano (1964, 366); Caron (1972, 390); Consoli (1963, 1237). Per alcune riserve sul punto, si veda Landolfi (1969, 261). Incidentalmente, a favore di tale

Tale finalità può legittimare l'adozione di specifici strumenti di normazione o di garanzia che garantiscano una più pregnante forma di tutela e di promozione delle attività svolte [14].

L'interpretazione prospettata si colloca nell'ampio disegno costituzionale di un generale *favor religionis* [15], il quale ha lo scopo «di rimarcare il valore promozionale della libertà religiosa, come «prima» libertà, non in funzione di privilegio, ma di anticipo e sostegno di tutte le libertà» [16].

La previsione di specifici strumenti di tutela e di garanzia per gli enti religiosi non può risolversi in una banale denunzia di trattamenti «privilegiati» [17]. La normazione speciale ha un preciso ascendente culturale e, se utile al perseguimento di un fine costituzionalmente tutelato, è riconducibile alla normalità demografica e giuridica [18].

È, tuttavia, necessario mantenere un'uniformità normativa per la speciale categoria di soggetti interessati, i quali devono essere accomunati dal medesimo fine perseguito costituzionalmente meritevole di tutela [19]. La previsione di

orientamento Corte Cost., 31 maggio 1965, n. 39, in «Foro italiano», 1966, 1, p. 929 ss.

[14] Il legislatore ordinario non sembrerebbe aver mantenuto fede al principio di bilateralità pattizia nonché alla rinnovata carica propulsiva dell'art. 20 Cost. avendo imposto alla circolazione dei beni religiosi d'interesse culturali particolari restrizioni. Le possibili ingerenze statali (autorizzazioni, controlli e vigilanza) nell'amministrazione patrimoniale degli enti ecclesiastici condizionano il perseguimento delle finalità religiose. Il patrimonio mobiliare e immobiliare degli enti religiosi costituisce uno dei principali strumenti attraverso il quale essi svolgono le attività di religione e di culto. Alcuni dubbi sorgono in relazione alla disciplina dell'autorizzazione preventiva per alcuni negozi dispositivi di beni culturali appartenenti agli enti ecclesiastici, di cui all'art. 56 del Codice dei Beni Culturali. La norma è costituzionalmente legittima alla luce del dato letterale dell'art. 20 Cost., in quanto, assoggettando al medesimo regime giuridico tutte le persone giuridiche prive di lucro, non configurerebbe la fattispecie vietata di discriminazione *in peius*. Ad una più attenta analisi, tuttavia, essa «tradisce» quel *favor* che la Carta costituzionale riserva all'autonomia delle confessioni religiose ed agli enti esponenziali, attraverso cui il sentimento religioso dell'individuo trova la propria espressione e realizzazione. È stato autorevolmente sostenuto, sarebbe stato opportuno sottrarre alla necessità dell'autorizzazione preventiva «i casi di alienazione tra enti ecclesiastici, così come tutte le ipotesi nelle quali l'atto negoziale di disposizione, ed a maggior ragione quelli non direttamente traslativi, sia necessario ad attività strettamente connesse con l'esercizio del culto», Fuccillo (2009, 12). Ad analoga conclusione si giunge con riferimento alla c.d. «prelazione artistica» di cui all'art. 60 del Codice Urbani.

[15] Con tale espressione, come sottolineato da Dalla Torre (1994, 28); Dalla Torre (2014, 40), si fa riferimento al «fatto che il Costituente ha voluto riservare una peculiare attenzione al fatto religioso, sia esso considerato sotto il profilo individuale che sotto quello collettivo, sia esso visto nella dimensione positiva che in quella negativa. Insomma, il fatto religioso ha una particolare rilevanza sul piano costituzionale perché il Costituente [...] ha discrezionalmente ritenuto quelle qualificate nel senso religioso meritevoli di specifica tutela». Per la tesi contraria, si veda Croce (2012, 70); Bin (1996, 43).

[16] Berlingò (1992, 12).

[17] Preoccupazioni per la posizione privilegiata degli enti religiosi in relazione alla portata normativa dell'art. 20 Cost. sono sollevate da Onida (1996, 108).

[18] Ricca (2000, 1543), il quale ritiene che «differenziazione normative, purché confezionate e predisposte al fine di attuare un fine costituzionale, sono da ricondursi alla piena normalità democratica e giuridica» [corsivi dell'Autore].

[19] Ricca (2000, 1544).

un regime differenziato per gli enti delle diverse confessioni, che sia esso volto alla protezione o promozione, può ritrovare la propria legittimazione solo nell'ambito della disciplina di derivazione pattizia, non potendo il legislatore in via unilaterale prevedere disparità di trattamento tra gli enti religiosi [20].

L'art. 20 Cost. non si pone più solo come limite «negativo» all'operato del legislatore ordinario [21], ma cristallizza un principio destinato ad irradiarsi in tutto l'ordinamento giuridico [22]. La norma costituzionale protegge direttamente il fine di religione e di culto ed identifica nel fattore religioso, coerentemente con il testo costituzionale [23], un valore costituzionale meritevole di tutela. La chiave per una lettura progressista della norma costituzionale, anche alla luce delle recenti evoluzioni sociali, è il fine di religione e di culto.

In questa prospettiva, la norma apre all'interprete la strada per una pluralità di riflessioni che ampliano il novero di possibili interpretazioni ad essa ri-

[20] Permangono tuttavia alcuni dubbi di compatibilità costituzionale in relazione alla disciplina degli enti di culto delle confessioni acattoliche prive di intesa. Solo per tali enti (e non anche per quelli di diritto comune), almeno formalmente, è prevista una forma di vigilanza governativa, dell'art. 2, comma 3, della L.n. 1159/1929 e degli artt. 13-15 del R.d. n. 289/1930, la quale si pone in contrasto con il divieto di discriminazione in *peius* degli enti religiosi rispetto a quelli di diritto comune di cui all'art. 20 Cost., in tal senso Finocchiaro (2015, 148). Tale forma di controllo governativo, infatti, condiziona e pregiudica l'attività di tali enti religiosi e di essa non si rinviene alcun confronto nelle norme che disciplinano l'attività degli enti di diritto comune. Sul punto, la Corte Costituzionale, con sentenza del 29 dicembre 1981, n. 232, investita della questione di legittimità costituzionale, si è limitata a dichiarare l'inammissibilità per irrilevanza della questione. Il T. A. R. Campania, con ordinanza n. 874/1999, inoltre, ritiene che le disposizioni non solo non sono in contrasto con l'art. 20 Cost. ma sono addirittura volte a preservare le finalità religiose degli enti, tratteggiando così una peculiare disciplina di favor. Con particolare riferimento all'art. 14 del citato R. D., il Consiglio di Stato, sez. IV, con la sentenza del 25 maggio 1979, n. 396, ha ritenuto che «il potere governativo di scioglimento dell'amministrazione degli istituti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, previsto dalla norma, non è in contrasto né con l'art. 18 Cost., poiché il provvedimento stesso di scioglimento non incide sul diritto di associazione ma esclusivamente sulle strutture dell'ente, né con l'art. 20 Cost., poiché non rappresenta un limite alla libertà di associazione in rapporto al fine religioso di cui è anzi una garanzia».

Occorre tuttavia rilevare che tali enti sono sottoposti ad una vigilanza governativa; tali previsioni non hanno alcun riscontro nella disciplina delle persone giuridiche comuni e, pertanto, appaiono in contrasto con l'art. 20 Cost.

[21] È necessario abbandonare l'idea della costituzione come limite alla legislazione, ovvero come mero spazio giuridico intangibile da parte del legislatore ordinario. Con riferimento alle diverse «concezioni» della costituzione, ovvero come limite, come fondamento e come assiologia, si veda, in forma riassuntiva, Pino, 2015. Le «etichette» proposte dall'Autore rielaborano concetti già presenti in Tarello (1980, 335); Zagrebelsky (2002); Zagrebelsky (2009).

[22] La Carta costituzionale definisce, attraverso le proprie norme, un progetto di società giusta destinato a dispiegare i suoi effetti sulla società e sulle relazioni giuridiche e politiche (in tal senso Modugno, 1993, 2). La qualificazione delle norme costituzionali come principi e non come regole, impone un'interpretazione espansiva delle stesse, non più essere legata al solo dato letterale. Tale qualificazione è associata all'idea che la costituzione non costituisce un universo di regole strettamente delimitato, ma costituisca un ambito dinamico, che si evolve e si espande al di fuori dei rigidi confini della Costituzione stessa e verso tutti i settori dell'ordinamento, in tal senso Pino, 2015, 6.

[23] Per una lettura del testo costituzionale per «valori», si veda Baldassarre (1991); Baldassarre (2001).

feribili. L'art. 20 Cost. fornisce implicitamente una «traccia» al legislatore futuro e agli interpreti. Tutelando il fine di religione, lo qualifica come meritevole di protezione e promozione da parte dell'ordinamento giuridico. La produzione di un diritto di natura «promozionale» ha lo scopo di incrementare le opportunità relative ad una questione – il fattore religioso – che il legislatore costituzionale, con scelta insindacabile, ha inteso privilegiare.

3. GLI OBIETTIVI SOSTANZIALI DELL'ART. 20 COST

Alla luce della rinnovata interpretazione, occorre ridefinire i confini applicativi della norma costituzionale, al fine di garantire la massima espressione delle sue potenzialità all'interno dell'ordinamento giuridico.

Indubbiamente la norma tutela e promuove le istituzioni con carattere ecclesiastico, ovvero quelle formazioni dotate di una organizzazione stabile e una normazione propria [24] che abbiano un collegamento strutturale con la confessione religiosa [25]. In tal caso, la norma garantisce l'autonomia organizzativa delle confessioni religiose che naturalmente si esplica attraverso i propri enti. La locuzione «istituzioni con carattere ecclesiastico» costituisce una parte *rigida* della norma costituzionale, fortemente ancorata agli ordinamenti confessionali, ai quali fa espressamente rinvio. La norma attribuisce un chiaro rilievo giuridico agli ordinamenti religiosi. Essa protegge e promuove gli enti che fanno parte del substrato organizzativo delle confessioni religiose, anche qualora le loro attività non siano direttamente riconducibili alle finalità religiose. In tal senso, l'art. 20 diviene una norma cardine per la corretta esplicazione delle prerogative di cui agli artt. 7, comma 1 e 8, comma 2 della Costituzione. Nel caso in cui mancasse tale previsione, sarebbe complesso ricostruire un'analoga protezione giuridica per gli enti che appartengono alla gerarchia della

[24] Hauriou (2010); Di Marzio (1999, 53-55).

[25] L'espressione «carattere ecclesiastico» indicherebbe il formale collegamento dell'ente con l'ordinamento confessionale di appartenza, ovvero sarebbe riferibile agli enti di diretta derivazione confessionale, in tal senso Fuccillo (1999, 25). Non mancano sul punto differenti ed altrettanto autorevoli interpretazioni. È stato sostenuto che il «carattere ecclesiastico» si riferisce ai soli enti strutturalmente connessi alla Chiesa cattolica, prescindendo dalle finalità perseguite, e il «fine di religione o di culto» agli enti delle confessioni acattoliche (in tal senso Magni, 1959, 103). Tale tesi era avvalorata dall'uso nei testi legislativi del predicato «ecclesiastico» con riferimento ai soli enti della Chiesa cattolica. L'esclusiva riferibilità dell'espressione a tali enti è venuta meno con le intese successive, nelle quali sono menzionati gli enti ecclesiastici valdesi, gli enti ecclesiastici avventisti, gli ecclesiastici dell'ordinamento battista e gli enti ecclesiastici luterani. Il predicato «ecclesiastico», pur essendo utilizzabile anche per enti appartenenti a confessioni religiose diverse dalla cattolica, dovrà pur sempre essere riferito ad enti che appartengano ad una *Ecclesia* e non a quelle confessioni che non siano Chiese (in tal senso: Finocchiaro, 2015, 228; Barberini, 2005, 71).

Chiesa cattolica e che contribuiscono a garantirne l'indipendenza dallo Stato (come ad esempio l'Istituto Centrale per il Sostentamento del Clero) [26].

L'effettiva promozione dello sviluppo della religiosità individuale attraverso gli enti religiosi «non può sclerotizzarsi nei rassicuranti confini della istituzione ma deve pervadere l'esperienza creativa del movimento che precede la inevitabile sedimentazione istituzionale» [27]. La garanzia costituzionale è estesa tutti gli enti (espressione onnicomprensiva) cui possono dar vita le confessioni religiose [28] nonché a quelle formazioni sociali da queste indipendenti aventi finalità di religione o di culto.

La straordinaria forza propulsiva della norma costituzionale si manifesta infatti nella sua parte «flessibile», in grado di adattarsi al fervente pluralismo confessionale che caratterizza l'attuale società. La presenza di nuove religioni nel tessuto sociale ha stimolato la diffusione di organizzazioni aventi finalità religiose la cui struttura è diversa da quella «tradizionale». Il binomio «associazione» e «fine di religione o di culto» consente di ricomprendere tutte quelle formazioni sociali a struttura associativa e aventi comunione di scopo (caratterizzate da una maggiore fluidità organizzativa), che perseguono finalità religiose. Il fine di religione o di culto, tutelato e promosso dalla norma costituzionale, prescinde da qualsiasi relazione con le confessioni religiose, presentandosi, in un certo senso, come «ultraconfessionale» [29].

Nella parte in cui si riferisce alle associazioni aventi fine di religione o di culto, la norma costituzionale ricomprende sotto l'ombrello protettivo anche altre forme organizzative che pur non strutturalmente rientranti tra gli enti religiosi, perseguono di fatto finalità religiosa. L'ampio *favor* che la Carta costituzionale riserva al fenomeno religioso ha indotto all'enucleazione del concetto di «ecclesiasticità funzionale» [30], finalizzato ad una generale tutela delle

---

[26] L'autonomia statutaria attribuita dal dettato costituzionale alle confessioni religiose si estende anche all'identificazione degli enti esponenziali, ovvero di quegli istituti attraverso i quali le confessioni si articolano e agiscono nell'ordinamento. Sul punto si veda, Colaianni (1993, 1-10); Randazzo (2006, 204-205) e da ultimo Sorvillo (2018, 55).

[27] Botta (1990, 229), il quale evidenzia che l'art. 20 Cost. «superando probabilmente ogni aspettativa dello stesso costituente, realizza le condizioni per cui il sentimento religioso possa esser tutelato anche se trovi espressione in forme non tradizionali e non istituzionalizzate».

[28] In tale senso Finocchiaro (2015, 228); Petroncelli (1965, 125); Pier Giovanni Caron (1972, 394).

[29] Il termine è coniato da Ricca (2000, 1557-1558), il quale ritiene che «il Costituente nell'occuparsi del trattamento legislativo delle formazioni sociali abbia tenuto in conto la religione anche sotto il profilo culturale ed antropologico».

[30] Fuccillo (2004). L'Autore in Fuccillo (1999), altresì evidenzia che nella prassi operativa vi sia l'utilizzazione «atipica» di alcune strutture per il perseguimento di finalità religiose: «Il riferimento è sia all'utilizzazione diretta di tipi strutturali particolari (prima fra tutte la cooperativa sociale), sia alle forme di utilizzazione indiretta, come ad esempio il controllo di società di capitali da parte di enti ecclesiastici».

forme organizzative influenzate dal fattore religioso, indipendentemente dalla struttura assunta. La finalità religiosa perseguita rileva, anche costituzionalmente, sempre e comunque, indipendentemente dalla forma organizzativa concretamente utilizzata.

Il «nucleo duro» della norma costituzionale, come in precedenza anticipato, è costituito l'espressione «fine di religione o di culto», la quale merita un'autonoma e meditata riflessione. Non v'è dubbio che esso sia idoneo a ricomprendere tutte quelle attività che siano direttamente connesse alle finalità religiose. D'altra parte, è necessario chiarire se possano essere ricomprese in tale accezione anche tutte quelle attività, che pur non estrinsecandosi esternamente come attività religiose, sono causalmente comunque connesse all'*universitas* religiosa. Il riferimento è alle attività che gli enti pongono in essere in ossequio a norme e precetti religiosi, la cui cogenza è avvertita da parte della comunità di fedeli al pari della norma giuridica. Il fattore religioso, in molti casi, permea l'attività degli enti ed assume un'importanza determinante ai fini del suo esercizio. Molte delle attività di utilità sociale, ad esempio, svolte da parte degli enti del Terzo Settore, sono riconducibili a precetti di matrice religiosa, quali il dovere di solidarietà, il rispetto e la tutela dell'ambiente.

Seguendo tale interpretazione è possibile estendere in modo esponenziale il concetto di finalità religiose, fino al punto di ricomprendervi le società *benefit* d'ispirazione religiosa [31], che pur svolgendo in via principale un'attività imprenditoriale, destinano parte degli utili al finanziamento di attività religiosa, indipendentemente se partecipate da parte di enti religiosi o se espressione della religiosità individuale della compagine sociale. E così sarebbe possibile anche ricomprendere quelle forme di aggregazione economica, prive di personalità giuridica, la cui genesi ed esistenza giuridica è animata da precetti religiosi, come ad esempio i fondi comuni d'investimento d'ispirazione religiosa (attraverso i quali individui e formazioni sociali decidono di investire nel rispetto dei precetti e valori della religione cui afferiscono).

Al fine di individuare la sussistenza del fine di religione o di culto, il giurista deve avvalersi dell'ausilio delle scienze sociali, in particolare per i nuovi fenomeni religiosi [32], i cui principi fideistici si distanziano fortemente dalle religioni «tradizionali».

Il fine di religione o di culto si configura come un ampio «contenitore» idoneo a ricomprendere tutte le possibili proiezioni collettive della libertà religiosa. La determinazione del suo contenuto, come sarà *infra* precisato, non può

[31] Sul punto si veda da ultimo Fuccillo (2018c); Fuccillo (2018b); Decimo (2017).
[32] Sul punto si veda Graziani, 2018, il quale descrive le quarantadue religioni più moderne.

in nessun caso prescindere dal riferimento agli ordinamenti religiosi nonché dalle norme dello statuto adottato dall'ente. Nella sua parte flessibile la norma costituzionale garantisce protezione e promozione ad enti che, pur non svolgendo direttamente attività di religione o di culto, coordinano e orientano le finalità religiose di altri enti ad essi afferenti ed assumono il ruolo di guida per la comunità di fedeli [33]. In tale prospettiva, la norma costituzionale manifesta un chiaro collegamento con l'art. 8, comma 1 della Carta, nella parte in cui garantisce alle confessioni religiose eguale spazio di libertà. Gli enti religiosi costituiscono talvolta il presupposto logico-giuridico dell'istituzionalizzazione delle confessioni religiose [34]. Ove ad essi non fosse assicurata adeguata protezione e promozione difficilmente sarebbe possibile realizzare il disegno costituzionale.

Dalla lettura sistematica delle norme costituzionali, che muove i propri passi dall'art. 20, emerge una chiara valutazione di meritevolezza delle finalità religiose operata dal legislatore costituzionale. Da essa discende un chiaro dovere (e non solo mera possibilità) di promozione delle formazioni sociali religiosamente orientate [35]. Tale dovere investe indubbiamente il legislatore, il quale è chiamato all'elaborazione di soluzioni giuridiche che si collochino in

---

[33] Il riferimento è in tal caso alla Confederazione Islamica Italia, una associazione il cui scopo statutario l'aggregazione delle organizzazioni musulmane esistenti nel territorio italiano e il coordinamento delle attività poste in essere dalle federazioni aderenti, delle associazioni, dei centri culturali, promuovendo l'unità degli obiettivi, dei progetti e delle azioni. Non v'è dubbio, infatti, che tale associazione, pur se non riconosciuta in persona giuridica ai sensi degli articoli 2 della L.n.1159/1929 e 10 del R. D. 289/1930, rientri tra le prerogative di cui all'art. 20 Cost.

[34] Occorre in questa sede ripercorrere, per linee generali, gli orientamenti della giurisprudenza in merito La Corte Costituzionale, al fine di individuare l'ambito applicativo dell'art. 8 Cost., ha elaborato i c.d. «indici di confessionalità» (sentenza n. 467/1992), dai quali desumere la natura di confessione di una comunità di fedeli. Essi possono essere brevemente così sintetizzati: a) l'esistenza di una precedente intesa stipulata ai sensi dell'art. 8 co. 3 della Cost. tra lo Stato e la formazione sociale che rivendichi la qualifica di soggetto confessionale; b) precedenti riconoscimenti pubblici non meglio identificati (quale l'attribuzione della personalità giuridica ad un ente rappresentativo); c) presenza di uno statuto che ne esprima chiaramente i caratteri confessionali; d) comune considerazione sociale. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 195/1993, ha escluso infatti il ricorso al criterio dell'autoqualificazione tra gli indici di confessionalità. La Corte di Cassazione, con la successiva sentenza n. 5838/1995, ha aggiunto altri criteri, ritenendo che la mancanza di una definizione legale di confessione religiosa indichi la volontà del Costituente di non precludere l'esercizio della libertà religiosa ad alcuno «per diverse e strane che siano le sue credenze religiose e le sue ascendenze culturali». Per religione, evidenzia la Corte, non bisogna intendere solo un complesso di dottrine incentrato sull'esistenza di un essere su premo trascendente e sul concetto di salvezza dell'anima; né è necessario che una confessione debba esprimere una propria ed originale concezione della vita e del mondo, essendo noto che talvolta diverse confessioni religiose condividono una parte essenziale del medesimo credo.

Occorre altresì precisare che la mancata conclusione di un'intesa ovvero il mancato avvio delle trattative (atto discrezionale del Governo) non costituisce un pregiudizio per l'attribuzione della qualifica di confessione religiosa e dunque delle prerogative di cui all'art. 8, comma 1 Cost. Sul tale ultimo punto, si veda diffusamente Prisco, Abbondante, 2018, 26.

[35] Tale posizione è stata criticata da parte di Croce, 2012, 71, il quale evidenzia che pur essendo il fenomeno associativo di matrice religiosa passabile di apprezzamento, sarà il potere politico a determinare di volta in volta, in base alle risorse disponibili, quali formazioni sociali promuovere. Ciò infatti non può

un'ottica promozionale degli enti religiosi. Un recente intervento legislativo in tal senso si registra nella Riforma del Terzo Settore e dell'impresa sociale (rispettivamente D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 112), in particolare con riferimento alle disposizioni che direttamente interessano gli enti religiosi. La costituzione di un patrimonio destinato da parte degli enti che intendano esercitare tale attività si configura quale «norma di promozione» sia delle attività religiose che delle attività di utilità sociale degli enti religiosi, in quanto cristallizza le risorse patrimoniali ad esse destinate [36].

La doverosità dell'art. 20 deve ritenersi altresì riferibile all'attività del giurista, il quale, dovrà garantire l'attuazione della norma anche attraverso l'interpretazione in chiave promozionale delle norme relative agli enti religiosi e l'applicazione di istituti e strumenti negoziali idonei a supportare le attività religiosamente orientate. Il giurista è così chiamato alla realizzazione del progetto costituzionale incentrato sul *favor* religioso, senza che sia necessario un intervento del legislatore, essendo chiamato, come parte attiva, al processo di adeguamento costituzionale dell'ordinamento e della cultura giuridica.

4. CONCLUSIONI

Se la chiave di lettura della norma costituzionale è la promozione e non solo la mera protezione del fine di religione o di culto, ci troviamo dinnanzi ad una potenziale forza espansiva della norma in oggetto sotto il profilo contenutistico. Si tratta cioè di verificarne la operatività promozionale come se il contenuto della norma medesima preveda una «porta aperta» nel senso di estendere tale promozione ad ogni organismo che appartenga al fenomeno religioso. Ciò significa che l'operazione propedeutica alla applicazione dell'art. 20 sarebbe fornita dalla autoqualificazione da parte degli enti delle proprie finalità, nonché delle organizzazioni di tipo religioso ed il connesso riferimento alle regolamentazioni interne di ogni religione coinvolta. La Carta costituzionale, attraverso l'art. 20, garantisce l'ingresso nell'ordinamento giuridico statale delle norme di matrice confessionale, ponendo in essere quello che è possibile definire un chiaro rinvio agli ordinamenti religiosi. L'art. 20 Cost. dovrebbe

avvenire sulla «base di una precostituita valutazione di meritevolezza di un 'pensiero' (nel caso in questione di matrice religiosa) rispetto ad un altro».

[36] Con riferimento alla recente Riforma del Terzo Settore e dell'impresa sociale, limitatamente alle norme riguardanti gli enti religiosi, si veda diffusamente sul punto Fuccillo (2018c); Consorti (2018b); Dalla Torre (2018); Bettetini (2018); Cavana (2018). Si veda altresì Consorti (2018a); Floris (2018); Parisi (2018).

essere riempito di contenuti attraverso il necessario riferimento agli ordinamenti religiosi, al fine di delineare di volta in volta la sua operatività giuridica. L'art. 20 diviene così un principio cardine all'interno del sistema giuridico per giustificare anche la rilevanza civile degli ordinamenti religiosi. In tale prospettiva, la norma costituzionale è efficacemente in grado di rispondere alle esigenze delle diverse confessioni religiose e delle loro realtà organizzative.

Gli enti religiosi, nell'ambito delle proprie attività (religiose e non), agiscono adempiendo a precetti di derivazione confessionale. Le norme religiose riempiono di contenuto quella espressione «fine di religione o di culto» ed attribuiscono all'art. 20 un'autonoma funzione nomopoietica [37].

La norma costituzionale, promuovendo le finalità religiose, sembrerebbe svolgere un'attività di nomopoiesi, in quanto stimola la produzione di norme di condotta direttamente riferibili al fattore religioso. In ossequio ai «doveri» previsti dalla norma, l'interprete è preliminarmente chiamato a riempire di contenuti di quell'espressione «fine di religione o di culto», che muta ed adegua i suoi significati parallelamente alle progressioni culturali e religiose della società. La norma costituzionale disegna così una «road map» che il legislatore e gli interpreti dovranno necessariamente seguire, elaborando norme e prassi interpretative in grado di promuovere in concreto l'attività del complesso universo delle formazioni sociali religiose.

Operando secondo tale protocollo, l'art. 20 Cost. potrà forse assumere il ruolo di indicatore di condotte non soltanto per il legislatore e per l'interprete (nel senso sopra indicato), ma anche per tutte le comunità religiose le cui realtà organizzative godranno di un efficace strumento di tutela. La norma costituzionale è in grado di riflettere nell'ordinamento giuridico il complesso universo delle tradizioni religiose che sono e saranno presenti nel tessuto sociale e di garantire alle formazioni sociali che di esse sono espressione adeguate forme di tutela e di promozione.

I principi espressi dalla Carta costituzionale hanno, grazie alla loro duttilità, una intrinseca carica espansiva nell'ordinamento giuridico «*corrispondente* alla loro capacità di *corrispondere* al possibile mutamento nel tessuto dei valori fondanti, ma che, trattandosi di valori, si tratterà di mutamenti lenti o lentissimi secondo i continui assestamenti del corpo sociale» [38]. La capacità dell'art. 20 Cost. di mutare i propri significati con l'evolversi della fenomeno-

[37] Con riferimento all'autonoma funzione nomopoietica delle religioni, si veda Fuccillo (2018a, 27), il quale evidenzia che «Per i fedeli, tutti i precetti religiosi ai quali si riferiscono sono intrisi di valenza normativa condizionando l'agire del soggetto nelle sue opzioni giuridiche. Il precetto religioso assume caratteri ed identità giuridico-positiva quindi svolge una reale funzione nomopoietica».

[38] Grossi (2017, 70).

logia religiosa determina la sua estrema poliedricità. Affinché non resti lettera morta, la norma costituzionale richiede una rilettura costantemente aggiornata al fine di garantire il corretto funzionamento dell'impianto normativo (artt. 7, 8, 19 Cost.) che il legislatore costituzionale ha dedicato, con estrema lungimiranza, al sentimento religioso.

L'art. 20 Cost. diviene così un «faro» che orientare l'attività del legislatore e dell'interprete, ed allo stesso tempo, costituisce immutabile garanzia per l'esercizio delle prerogative stabilite dalla Carta costituzionale al fattore religioso.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ainis, M. (2007), «Laicità e confessioni religiose», *Rivista AIC*.

Amorth, A. (1948), *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, Milano.

Baldassarre, A. (1991), «Costituzione e teoria dei valori», *Politica del diritto*.

— (2001), «L'interpretazione della costituzione», in Palazzo, A. (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli.

Barbera, A. (1977), «Art. 2», in Branca, G. (ed.), *Commentario della Costituzione*, Zannichelli, Bologna.

Barberini, G. (2005), *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino.

Berlingò, S. (1985), *Gli enti e il patrimonio della Chiesa*, in Ferrari, S. (ed.), *Concordato e Costituzione. Gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, Il Mulino, Bologna.

— (1992), *Enti e beni religiosi in Italia*, Il Mulino, Bologna.

Berliri, A. (1967), *Principi di diritto tributario*, Milano, Giuffrè.

Bettetini, A. (2006), voce *Art. 20*, in Celotto, A.; Olivetti, M.; Bifulco, R. (ed.), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino.

— (2018), «Riflessi canonistici della riforma del Terzo settore», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica (www.statoechiese.it)*, n. 20.

Bettetini, A.; Giacchi, S. (2010), «Gli enti ecclesiastici e la disciplina dell'impresa sociale», *Diritto e Religioni*, X, pp. 127-161.

Bin, R. (1996), «La libertà dalla religione», in Bin, R.; Pinelli, C. (ed.), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino.

Botta, R. (1990), *Sentimento religioso e Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino.

— (2007), voce «Beni culturali di interesse religioso», *Il diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Il Sole24ore, Milano.

Cardia, C. (1996), *Manuale di diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna.

— (1998), «Religione (libertà di)», in *Enciclopedia Giuridica*, Giuffrè, Milano.

CARON, P. G. (1972), «Libertà ed uguaglianza religiosa nell'articolo 20 della Costituzione italiana», in AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, v. 2, Cedam, Padova.

CATALANO, G. (1957), *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano.

— (1964), «Osservazioni sull'Art. 20 della Costituzione», *Il diritto ecclesiastico*, I.

— (1964), «Osservazioni sull'Art. 20 della Costituzione», *Il Diritto Ecclesiastico*, I.

CAVANA, P. (2018), «Enti ecclesiastici e riforma del Terzo settore. Profili canonistici», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica (www.statoechiese.it)*, n. 22.

CHIZZONITI, A. G. (2004), «Il nuovo codice dei beni culturali e del paesaggio: prime considerazioni di interesse ecclesiasticistico», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, II, pp. 399-406.

— (2007), *Enti ecclesiastici e beni culturali*, in *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato. Studi sull'Istruzione CEI in materia amministrativa*, J. I. Arrieta (ed.), Marcianum Press, Venezia.

— (2008), *Beni culturali di interesse religioso: la collaborazione tra istituti pubblici ed ecclesiastici nell'attività di valorizzazione*, in Degrassi, L. (ed.), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano.

— (2008), *Profili giuridici dei beni culturali di interesse religioso*, Libellula edizioni, Tricase.

COLAIANNI, N. (1993), «Statuti delle confessioni religiose», *Enciclopedia Giuridica*, v, XXX, Roma.

— (2012), «La tutela dei beni culturali di interesse religioso tra Costituzione e convenzioni con le confessioni religiose», «Stato, Chiese e pluralismo confessionale».

COLELLA, P. (1970), «Considerazioni sul regime giuridico degli enti ecclesiastici nell'ordinamento italiano», in AA. VV., *Studi per la Revisione del Concordato*, Cedam, Padova.

CONSOLI, A. (1963), «Possibilità e limiti di una riforma della proprietà ecclesiastica», in AA. VV., *Raccolta di scritti in onore di Carlo Arturo Jemolo*, v. 1, Giuffrè, Milano.

CONSORTI, P. (2014), «Nozione di Terzo Settore», *Non Profit Paper*, III, pp. 27-33.

— (2018a), «Il nuovo «Codice del Terzo Settore» con particolare attenzione alla disciplina degli enti ecclesiastici (o religiosi?)», in D'Angelo, G. (ed.), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, Giappichelli, Torino.

— (2018b), «L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore sulla disciplina degli «enti religiosi»», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica (www.statoechiese.it)*, n. 4.

CROCE, M. (2012), *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Edizioni ETS, Pisa.

D'Amico, G. (2016), «Applicazione diretta dei principi costituzionali nel diritto privato», *Giustizia Civile*, III.
D'Avack, A. P. (1974), «Libertà religiosa (diritto ecclesiastico)», in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano.
— (1978), *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Giuffrè, Milano.
Dalla Torre, G. (1994), *Il fattore religioso nella Costituzione*, Giappichelli, Torino.
— (2014), *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino.
— (2018), «Enti ecclesiastici e Terzo settore. Annotazioni prospettiche», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica (www.statoechiese.it)*, n. 16.
De Siervo, U. (1980), «Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana», in AA. VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico. Atti del 50 corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica*, Vita e Pensiero, Milano.
Decimo, L. (2017), *Le organizzazioni religiose nel prisma costituzionale dell'art. 20*, Editoriale Scientifica, Napoli.
Del Giudice, V. (1964), *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano.
Di Marzio, P. (1999), *L'art. 20 della Costituzione. Interpretazione analitica e sistematica*. Jovene, Napoli.
— (2000), *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Jovene, Napoli.
Fedele, P. (1963), *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano.
Feliciani, G. (2006), «Le intese sui beni culturali ecclesiastici: bilanci e prospettive», *Il Diritto Ecclesiastico*, I, pp. 5-17.
Ferlito, S. (2002), *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, ESI, Napoli.
Ferrari, S. (1996), «L'art. 19 della Costituzione», *Politica e diritto*.
Finocchiaro, F. (1977), *Art. 19*, in Branca, G. (ed.), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna.
— (2015), *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna.
Floris, P. (2007), «Il regime Onlus e la sua compatibilità con la natura ecclesiastica degli enti», in Arrieta, J. I. (ed.), *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato*, Marcianum Press, Venezia.
— (2018), «Enti religiosi e riforma del Terzo Settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi», in D'Angelo, G. (ed.), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, Giappichelli, Torino.
Franceschi, F. (2014), «L'accesso alle chiese aperte al culto: fruizione cultuale, fruizione turistica, questione del ticket», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.
Fuccillo, A. (1999), «Gli enti ecclesiastici e le Onlus. Considerazioni su forme organizzative e despecializzazione funzionale», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, I, pp. 227-246.
— (1999), *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti. Struttura e funzione delle associazioni ecclesiastiche*, Jovene, Napoli.

— (2002), «La dimensione privatistica della libertà religiosa», in Tedeschi, M. (ed.), *La libertà religiosa*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
— (2004), «La teoria dell'ecclesiasticità funzionale supera la «prova» del fisco!», in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica».
— (2005), *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli.
— (2009), «I beni immobili culturali ecclesiastici tra principi costituzionali e neo dirigismo statale», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.
— (2017), «Superare la sola eguaglianza formale: verso la libertà religiosa delle opportunità», in Fuccillo, A. (ed.), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli.
— (2018a), *La koinè giuridica tra economia, diritto e funzione nomopoietica delle religioni*, in Dammacco, G.; Ventrella C. (ed.), *Religioni, diritto e regole dell'economia*, Cacucci Editore, Bari.
— (2018b), *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino.
— (2018c), «Gli enti religiosi nel «terzo settore» tra la nuova impresa sociale e le società di benefit», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*.
Graziani, G. (2018), *Catalogo delle religioni nuovissime*, Quodlibet Compagnia Extra, Macerata.
Grimm, B. J., «God's Economy: Religious Freedom & Socio-Economic Wellbeing», disponibile al sito web *www.religiousfreedomdomandbusiness.com.*
Grossi, P. (2017), *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari.
Guarino, A. (1997), «Organizzazioni non lucrative di utilità sociale ed enti religiosi nella riforma tributaria de terzo settore», *Quaderni del diritto e politica ecclesiastica*.
Guazzarotti, A. (2008), «Art. 19», in Crisafulli, V.; Paladin, L.; Bartole, S.; Bin, R. (ed.), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova.
Hauriou, M. (2010), *Principes de droit public*, II, Alloz, Parigi.
Izzi, B. (2012), *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Giuffrè, Milano.
Jemolo, A. C. (1957-1979), «Religione (libertà di)», *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino.
— (1972), *I problemi pratici delle libertà*, Giuffrè, Milano.
Landolfi, S. (1969), «L'articolo 20 della Costituzione nel sistema degli enti ecclesiastici», *Rassegna di diritto pubblico*.
Lillo, P. (2006), «Libertà religiosa», in Cassese, S.; Catenacci, M. (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano.
Magni, C. (1959), *Interpretazione del diritto italiano sulle credenze di religione*, Cedam, Padova.
Mantineo, A. (1998), «A proposito del decreto sulle ONLUS: echi e riflessi nell'ambito degli enti ecclesiastici», *Quaderni del diritto e politica ecclesiastica*, II, p. 399 ss.

Margiotta Broglio, F. (2004), «Articolo 9. Beni culturali di interesse religioso», in Cammelli, M. (ed.), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, Zanichelli.

Micheli, G. A. (1975), «L'articolo 20 della Costituzione e il potere di imposizione», *Rivista di diritto finanziario*, I.

Milani, D. (2015), «Assistenza sociale, partecipazione e riconoscimento della diversità culturale e religiosa», in Castro Jover, A. (ed.), *Asistencia social, participation y reconoscimiento de la diversidad. Un estudio comparado entre Alemania, Espana, Francia, Italia*, Libellula Edizioni, Tricase.

Mirabelli, C. (2007), «Religione (libertà di)», in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Il Sole 24 ore, Milano.

Modugno, F. (1993), «Principi generali dell'ordinamento», *Enciclopedia giuridica*, v, XXIV, Roma.

Mortati, C. (1962), *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova.

Musselli, L. (1994), «Libertà religiosa e di coscienza», in AA. VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino.

Onida, F. (1996), «L'articolo 20 della Costituzione», *Politica del Diritto*.

Parisi, M. (2004), *Gli enti religiosi nella trasformazione dello Stato sociale*, Esi, Napoli.

— (2018), «Enti religiosi, no profit ed economia solidale. Sull'interventismo statale dell'associazionismo di tendenza etico-religiosi nelle attuali tensioni riformistiche», in D'Angelo, G. (ed.), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, Giappichelli, Torino.

Pergolesi, F. (1958), *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova.

— (1959), *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova.

Perlingieri, P. (1980), «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», *Rassegna di diritto civile*, I.

— (1984), *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli.

Petroncelli Hübler, F. (2008), *I beni culturali religiosi: quali prospettive di tutela*, Jovene, Napoli.

Petroncelli, M. (1965), *Manuale di diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli.

Pino, G. (2015), «Tre concezioni della costituzione», *Rivista di Teoria e Critica della Regolazione Sociale*.

Prisco, S.; Abbondante, F. (2018), «Intendersi sulle intese», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista Telematica (www.statoechiese.it)*, n. 3.

Randazzo, B. (2006), «Art. 8», in Celotto, A.; Olivetti, M.; Bifulco, R. (ed.), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino.

Ricca, M. (2000), «Art. 20 della Costituzione ed enti religiosi: anamnesi e prognosi di una norma «non inutile»», in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Cedam, Padova.

— (2006), «Art. 19», in Celotto, A.; Olivetti, M.; Bifulco R. (ed.), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino.

Ridola, P. (1987), *Democrazia pluralista e libertà associative*, Giuffrè, Milano.
Rimoli, F. (2006), «I diritti fondamentali in materia religiosa», in Nania, R.; Ridola, P. (ed.), *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino.
Rossi, E. (1989), *Le formazioni sociali nella Costituzione Italiana*, Cedam, Padova.
— (2009), «L'art. 2 della Costituzione Italiana», in Rossi, E. (ed.), *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa University Press, Pisa.
Sessa, V. M. (2005), *La disciplina dei beni culturali di interesse religioso*, Mondadori, Milano.
Sorvillo, F. (2018), *SenzaIntesa. Processi di istituzionalizzazione e art. 8, comma 2, Cost*, Editoriale Scientifica, Napoli.
Tarello, G. (1980), *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
VanderWeele, T. J. (2017), «Religious Communities and Human Flourishing», *Current Directions in Psychological Science*, 476-481.
Virga, P. (1956), *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
Zagrebelsky, G. (2002), «Diritto per: valori, principi o regole?», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*.
— (2009), *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino.

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL USO DE PRENDAS DE VESTIR CON CONNOTACIONES RELIGIOSAS EN LAS COMPETICIONES DEPORTIVAS

Elena García-Antón Palacios
Universidad Europea de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho de libertad religiosa. 3. El principio de igualdad. 4. El uso de prendas de vestir con connotaciones religiosas en los Reglamentos deportivos. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La pluralidad religiosa presente hoy en día en las sociedades occidentales, junto al proceso de secularización que las mismas han experimentado (Hellman, 2018) ha provocado la aparición de numerosos conflictos en los que es posible la colisión entre el derecho de libertad religiosa de los ciudadanos y la aprobación de ciertas normas de carácter neutral en distintos ámbitos, educativo, laboral, espacios o servicios públicos y, el que da origen a este estudio, el ámbito deportivo.

Centrándonos en la esfera del deporte, las normas reguladoras de las distintas disciplinas deportivas deben procurar el equilibrio entre el respeto a los derechos fundamentales de cada deportista y la igualdad entre ellos a la hora de competir. En la búsqueda de este equilibrio, analizaremos, en primer lugar, el marco constitucional en el que se encuadra la garantía del derecho

fundamental de libertad religiosa y el principio de igualdad. Y, en segundo lugar, estudiaremos la legislación deportiva derivada de los organismos oficiales encargados de dictar las reglas de cada deporte para comprobar el grado de acomodación de dicha normativa al ejercicio del derecho libertad religiosa de los profesionales, centrándonos en uno de los conflictos que más polémica ha suscitado en nuestro entorno, el uso del velo islámico por parte de las deportistas, en los tres deportes con mayor arraigo en España, el fútbol, el baloncesto y el balonmano.

2. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 16.1 de la Constitución reconoce expresamente el derecho a «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». En desarrollo de este precepto, la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR) [1], asegura la garantía del derecho de toda persona a ejercer la libertad religiosa y de culto garantizada en la Constitución libre de toda coacción (art. 2.1 LOLR).

Bajo este marco legal, observamos que el derecho de libertad religiosa es un derecho subjetivo de carácter fundamental [2], con autonomía propia [3], proyectado a través de dos dimensiones, interna y externa (López Alarcón, 1998). En relación a la libertad interna se garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual [4].

Por otro lado, respecto a la vertiente externa, tal y como ocurre con la libertad ideológica, existe una dimensión de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros [5], por lo que esta esfera de libertad ha de concebirse inmune de cualquier tipo de coacción respecto de las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones de sus creencias [6] –incluyéndose aquí, el uso

[1] Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio).
[2] STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.º
[3] STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2.º
[4] STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9.º
[5] SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2.º; 120/1990, de 27 de julio, FJ 10.º; 137/1990, de 19 de julio, FJ 8.º; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9.º
[6] STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.º

de símbolos religiosos por los deportistas–, ya sea por parte del Estado o de cualesquiera grupos sociales –entre los que se engloban los distintos organismos y federaciones reguladoras de las distintas modalidades y competiciones deportivas– [7] y se respalda, en su dimensión negativa, por el mandato del artículo 16.2 de la CE que señala que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» [8].

Asimismo, conforme al artículo 16 de la CE, el derecho fundamental de libertad religiosa encuentra sus límites en la esfera externa del mismo (Souto Paz, 2011), es decir, que las manifestaciones religiosas mantienen como única limitación, «la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». En este sentido, el artículo 3.1 de la LOLR, especifica que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

De esta manera, para analizar el límite al uso de ciertos símbolos portados por los deportistas que denoten la pertenencia a una religión concreta o las expresiones religiosas que estos profieran, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TC que entiende que «los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que expresamente la propia Constitución 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 (Martínez-Torrón, 1999; Mantecón Sancho, 1996). En todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable» [9].

En definitiva, bajo este marco jurídico en el que se contempla el derecho de las personas a profesar las creencias religiosas que libremente elijan o no profesar ninguna, a cambiar de confesión o abandonar la que tenían, y a manifestar libremente las mismas (art. 2.1.a) LOLR), se sitúa el uso de los símbolos religiosos, tanto estáticos como dinámicos, pues de ellos se sirven los deportistas creyentes para manifestar o dar testimonio de su religión o creencias (Palomino, 2016).

---

[7] STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4.º
[8] SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.º; 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.º
[9] STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.º

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La Constitución española garantiza el principio de igualdad en su artículo 14, lo que implica que no es posible otorgar un trato diferente a personas que se encuentran ante la misma situación, ya que, según el tenor literal de este precepto, no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No obstante, en aplicación de dicho principio, cabe observar que no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la CE (Roca, 2009; Meseguer Velasco, 2012), sino que se producirá la misma en aquellos casos en que la desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales carece de una justificación objetiva y razonable [10]. En consecuencia, es necesario diferenciar entre igualdad y uniformidad, por cuanto es posible que en ciertas ocasiones se deba conceder un trato distinto a situaciones que aparentemente son semejantes, pero que requieren una regulación legal diferente para impedir que la igualdad considerada en sentido estático o mecánico se torne precisamente en uniformidad, lo que podría dar lugar a desigualdades de hecho (Pérez Luño, 1988).

Para evitar, por tanto, las posibles desigualdades de hecho, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional examina la posible vulneración de dicho principio ante el establecimiento de una diferencia normativa arbitraria mediante el estudio concurrente de tres criterios, a saber: la existencia de una justificación objetiva y razonable que respalde el trato diferente entre los individuos, que la norma sea proporcional al fin perseguido y que las medidas que se adopten en torno a la disposición normativa se adecúen también a la finalidad legítima perseguida [11].

A partir de aquí, usaremos dichos criterios para determinar si los reglamentos oficiales del fútbol, el baloncesto y el balonmano se ajustan a los mismos, a los efectos de procurar el debido respeto al derecho de libertad religiosa de los deportistas cuando estos incorporan al uniforme oficial del equipo una prenda de vestir que les sirve para cumplir con un precepto religioso.

---

[10] STC 76/1990, de 26 de abril.

[11] Entre otras, SSTC 90/1989, de 28 de junio; 76/1990, de 26 de abril; 158/1993, de 6 de mayo; de 11 de mayo; 105/2004.

4. EL USO DE PRENDAS DE VESTIR CON CONNOTACIONES RELIGIOSAS EN LOS REGLAMENTOS DEPORTIVOS

Según expresa la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, hoy en día, el espectáculo deportivo se ha convertido en un fenómeno de masas, cada vez más profesionalizado y mercantilizado [12], por lo que resulta necesario una colaboración responsable entre todos los sujetos presentes para la ordenación del deporte, es decir, tanto los entes pertenecientes al sector público como los pertenecientes al sector privado (art. 1 Ley del Deporte). Por ello, centramos nuestro estudio en la legislación deportiva promulgada por los organismos internacionales, en tanto en cuanto, las normas de juego que se aplican a las distintas competiciones deportivas emanan de ellos.

De forma concreta, las normas reguladoras del juego del fútbol [13], del baloncesto [14] y del balonmano [15] son definidas por las correspondientes Federaciones internacionales, FIFA [16], FIBA [17] e IHF [18], las cuales son de aplicación en todas las competiciones oficiales a nivel nacional y local. La función principal de la promulgación y observancia de unas reglas de juego se corresponde con el fomento de la deportividad y el *fair play*, a la vez que se facilita que tanto los jugadores y los equipos disputen cada partido y competición en igualdad de condiciones. De este modo, todos los equipos, jugadores y árbitros que formen parte de la competición en alguna de estas modalidades deportivas deben cumplir con las normas estipuladas en los respectivos Reglamentos de juego.

Partiendo de este contexto legal, históricamente, los distintos reglamentos deportivos han prohibido la posibilidad de jugar con la cabeza cubierta basándose, no en el origen religioso de la prenda que la cubre –el *hiyab* o velo islámico, turbante o *kipá*– (Motilla, 2016), sino en la prevención de posibles lesiones en la cabeza o el cuello (Valencia, 2018).

---

[12] Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, (BOE núm. 249, de 17 de octubre).

[13] Las Reglas de juego estudiadas, son las publicadas para la temporada 2017/2018, cuya consulta puede realizarse en https://resources.fifa.com/image/upload/laws-of-the-game-2017-18-2901167-2901168.pdf?cloudid=rh77kki6w8udnwf9fxhn (Fecha última consulta, 8 de noviembre de 2018).

[14] El Reglamento oficial analizado, es el publicado en la página web de la FIBA, vigente desde el 1 de octubre de 2018 y puede consultarse en http://www.fiba.basketball/documents/official-basketball-rules.pdf (Fecha última consulta, 8 de noviembre de 2018).

[15] Las Normas de juego estudiadas, cuya última edición es de 2016, se puede consultarse en http://www.ihf.info/files/Uploads/NewsAttachments/0_New-Rules%20of%20the%20Game_GB.pdf (Fecha última consulta, 8 de noviembre de 2018).

[16] *Fédération Internationale de Football Association,* fundada el 21 de mayo de 1904, con sede en Zúrich.

[17] *Fédération Internationale de Basketball,* fundada en 1932, con sede en Mies (Suiza).

[18] *International Handball Federation,* fundada en 1946, con sede en Basilea.

A pesar de ello, principalmente las deportistas musulmanas, al amparo de su derecho de libertad religiosa y al objeto de cumplir con el deber religioso de recato y modestia en relación a su apariencia y comportamiento, tal y como enseña la fe islámica (Areces Piñol, 2011; Del Barrio, 2018), en los últimos tiempos comenzaron su participación en competiciones internacionales vistiendo el velo islámico para cubrir la cabeza. Junto a ello, el deporte masculino también se ha visto marcado por esta preferencia, al pretender los jugadores *siks* competir con la cabeza cubierta con un turbante o *patka*, y los judíos con una *kipá*.

Ante el ejercicio de tal derecho, diversos acontecimientos acaecidos en competiciones oficiales abrieron el debate sobre la posibilidad de realizar cambios en los Reglamentos deportivos con el objetivo de adecuar el ejercicio del derecho de manifestación de las creencias religiosas de los deportistas que desean cubrir su cabeza para cumplir con ciertos mandatos religiosos, a la competición en igualdad de condiciones con los demás profesionales. En esta línea, repasando algunos de estos episodios, cabe resaltar la exclusión de la selección femenina de Irán de la clasificación para los Juegos Olímpicos de Londres del año 2012 y la retirada de Catar de su equipo femenino de baloncesto en los Juegos Asiáticos de 2014, en ambos casos por no permitírseles jugar con el velo, ya que las deportistas no renunciaron a participar sin él. Además, destaca la decisión de la Asociación Canadiense de Fútbol durante junio de 2013, que decidió suspender a la Federación de Fútbol de Québec por su negativa a cumplir con el levantamiento de la prohibición del uso del turbante que suelen usar los futbolistas pertenecientes a la religión *sikh.*

A raíz de estos sucesos, ante la seriedad de las creencias mostradas por los jugadores al ser capaces de renunciar a la participación en las altas competiciones antes que incumplir con uno de los mandatos que su fe les reclama, multitud de Federaciones internacionales desarrollaron cambios en sus normativas sobre la vestimenta deportiva, aplicando una regla de proporcionalidad entre el derecho de libertad religiosa individual y la participación en igualdad de condiciones de todos los jugadores (Cañamares, 2010). Tales modificaciones no están dirigidas exclusivamente a las mujeres musulmanas, sino hacia todos aquellos deportistas creyentes que quieren competir con la cabeza cubierta, entre ellos los creyentes *sikhs* y judíos. De este modo, centrándonos en los Reglamentos de juego del fútbol, del baloncesto y del balonmano, los cambios legislativos para realizar dicho acomodo giran en torno al uso de protectores de cabeza para permitir no sólo el uso del velo islámico sino también la posibilidad de usar turbante o *kipá*.

En primer lugar, en relación al fútbol, el propio Reglamento FIFA estipula que el fútbol femenino ya no es una categoría separada, por lo que tiene el mismo estatus que el fútbol masculino, de tal manera, que serán de aplicación las mismas

normas para las competiciones masculinas y femeninas. A partir de aquí, no se encuentra un apartado particular que regule la posibilidad de jugar o no con el velo islámico u otra prenda que denote la pertenencia a una religión concreta, sino que de forma general, en la norma número 4 en la que se trata el uso de los protectores de cabeza se indica que los mismos deben ser de color negro o del color principal de la camiseta, estar separados de la camiseta y no suponer ningún riesgo para el jugador que lo lleve, ni para ningún otro jugador, poniendo como ejemplo la posibilidad de que tales protectores dispongan de un mecanismo de apertura alrededor del cuello, sin que haya partes que sobresalgan.

En similares términos se pronuncia la norma 4.4 del Reglamento oficial del baloncesto sobre el equipamiento permitido a los equipos, al disponer sobre los protectores de cabeza que no cubrirán ninguna parte de la cara total o parcialmente (ojos, nariz, labios, etc.) –excluyendo, así, el uso del *burka*, *niqab* o velo integral– y que no serán peligrosos para quien los usa, ni para otros jugadores. Asimismo, a los efectos de salvaguardar la seguridad y la protección frente a posibles lesiones, añade que el protector dispondrá de elementos de apertura o cierre alrededor de la cara o del cuello, sin que ninguna pieza pueda sobresalir.

Con ambas redacciones, sin referirse directamente al uso del velo islámico, el turbante o la *kipá,* se regula la posibilidad de vestirlos durante los partidos, en la medida en que cumplan con las pautas indicadas.

Por su parte, la normativa aplicable al balonmano trata de forma específica la posibilidad de que las jugadoras puedan competir vistiendo el velo islámico. Tal es así que el empleo de los accesorios y los equipos de protección que se permiten para los jugadores dentro del campo (protección de codos, rodillas, medias de compresión, etc.) se detalla en un documento adjunto a las Normas de juego en el que se incluyen fotografías. En éste, de forma específica, se hace alusión a las características que debe reunir el velo con el que se permite competir a las jugadoras –incluyendo una fotografía–, indicándose que debe ser de un único color y en el caso de que dos o más jugadoras lo vistan, tiene también que ser idéntico entre ellos [19].

A la vista de tales cambios normativos, se observa la consideración que las distintas Federaciones deportivas internacionales han tenido hacia las creencias religiosas de los deportistas, al entender que el hecho de vestir una prenda adicional al uniforme reglamentario, del cual se sirve quien la porta para cumplir

[19] Norma número 10 del documento adjunto a las Normas de juego disponible en http://www.ihf.info/files/Uploads/NewsAttachments/0_Regulations%20on%20Protective%20Equipment%20and%20Accessories_GB.pdf (Fecha última consulta, 8 de noviembre de 2018).

con un mandato religioso, no supone ni una ventaja ni una desventaja frente a los demás compañeros y rivales, ni implica un riesgo de lesión hacia uno mismo o hacia los demás jugadores, una vez se siguen las pautas marcadas.

5. CONCLUSIONES

Bajo la protección del artículo 16 de la Constitución se encuentra la garantía del derecho a vestir ciertas prendas que simbolizan la observancia de ciertos preceptos religiosos, por ser una manifestación de las creencias personales del individuo que las porta. Junto a ello, el principio constitucional de igualdad implica que no es posible otorgar un trato diferente a personas que se encuentran ante la misma situación. Por ello, ante la demanda de los deportistas para vestir junto a la equipación reglamentaria ciertas prendas con significado religioso, la solución aportada por las Federaciones internacionales encargadas de dictar las Reglas de juego de cada deporte ha supuesto la aplicación de un juicio de proporcionalidad entre el derecho de libertad religiosa y el debido cuidado a la seguridad de los jugadores, salvaguardando el ejercicio del juego limpio y la deportividad en el terreno de juego.

A raíz de ello, la actual redacción de las normas que regulan el uniforme y el equipamiento que los jugadores pueden vestir durante los eventos deportivos oficiales denota que las medidas adoptadas suponen una restricción mínima del derecho de libertad religiosa, al permitir el uso del velo islámico, el turbante y la *kipá,* mientras se minimiza el riesgo de lesión y se preserva la uniformidad de la ropa o vestuario de todos los miembros del equipo.

A la luz de los criterios jurisprudenciales del TC que procuran la salvaguarda del principio de igualdad y vistas las modificaciones reglamentarias efectuadas en los últimos años, las cuales son de obligado cumplimiento para los deportistas, las federaciones nacionales, los clubes y demás grupos de interés en dichas actividades deportivas, comprobamos de qué manera el cambio normativo que estipula la posibilidad de que los deportistas que así lo deseen puedan cubrir su cabeza durante los partidos en señal de respeto hacia algún precepto religioso bajo ciertas condiciones que no pongan en peligro ni su propia integridad física ni la de los demás jugadores, resulta proporcional y queda justificada desde un punto de vista objetivo y razonable, en la medida en que queda protegido el derecho de los deportistas a expresar su fe religiosa, sin descuidar la protección frente a posibles lesiones de los demás deportistas.

Por todo ello, el desarrollo efectivo de dichas normas durante los partidos servirá para fomentar la deportividad y el juego limpio, por cuanto el uso del

hiyab, el turbante o la *kipá* por parte de algún jugador de forma individual o el equipo al completo servirá de reflejo del respeto mutuo que deben mostrarse los adversarios en el ámbito deportivo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Areces Piñol, M. T. (2011), «¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, 26*.

Cañanares, S. (2010), «Símbolos religiosos en un Estado democrático y plural», *Revista de Estudios Jurídicos, 10*.

Del Barrio, N. (2018), «Tradicionalismos vs. Modernidad: el burkini desde la perspectiva del Derecho musulmán», en AA. VV., *Antropología cultural del vestido: perspectivas sobre el burkini*, Dykinson, Madrid.

Hellman, J. (2018), «Europa y el burkini: ¿»Écrasez l`infame»?», en AA. VV., *Antropología cultural del vestido: perspectivas sobre el burkini,* Dykinson, Madrid.

López Alarcón, M. (1998), «Contenido especial del Derecho de la Libertad religiosa», en Martínez Torrón, J. (coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional,* Comares, Granada.

Mantecón Sancho, J. (1996), *El derecho fundamental de libertad religiosa: textos, comentarios y bibliografía*, Eunsa, Navarra.

Martínez-Torrón, J. (1999), *Religión, Derecho y Sociedad,* Comares, Granada.

Meseguer Velasco, S. (2012), «La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales: la cuestión de las prácticas religiosas», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, 28*.

Motilla, A. (2016), «Vestimentas y símbolos religiosos en el Derecho laboral español», *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica, 2*.

Palomino, R. (2016), *La religión en el espacio público: Los símbolos religiosos ante el Derecho*, Digital Reasons, Madrid.

Souto Paz, J. A. (2011), «La libertad religiosa y las libertades espirituales», *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, 12*.

Roca, M.ª J. (2009), «Incidencia de las políticas de igualdad en el desarrollo armónico de los derechos fundamentales. (Especial referencia al derecho de libertad religiosa)», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, 20*.

Valencia Candalija, R. (2018), «¿Está la religión fuera de juego? Reflexiones relativas a la presencia de símbolos religiosos en el fútbol», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, *34*.

EUROPA MILITANTE: LE «POLITICHE» DELLA CORTE EDU SUL RAPPORTO TRA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E TUTELA DEL SENTIMENTO RELIGIOSO

Andrea Gatti*
Università degli Studi di Pisa

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica e delimitazione del campo di indagine. 2. L'ordine convenzionale: l'abuso del diritto di espressione. 3. *E. S. v. Austria* come esempio di protezionismo ideologico: il caso. 3.1 La pronuncia della Corte EDU: verso l'estensione dei propri margini operativi. 3.2 L'inadeguatezza dei parametri di valutazione. 4. Il *cherry picking* della Corte: più secolarismo = meno libertà di espressione. 5. L'Europa come democrazia militante? 6. Riferimenti bibliografici.

1. PREMESSA METODOLOGICA E DELIMITAZIONE DEL CAMPO DI INDAGINE

Il rapporto tra la libertà di espressione e le condizioni per il suo pieno riconoscimento e tutela è un problema che ha caratterizzato e caratterizza tutt'ora i dibattiti dei costituzionalisti. Tratteggiare la cornice giuridica della disciplina riguardante le libertà individuali gioca un ruolo significativo non

* Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico Comparato.

solo nei confronti dei singoli, ma, come è comprensibile, spesso rivela la relazione profonda tra potere politico e cittadini. Il grado sostanziale di tutela delle libertà fondamentali, così come la loro formale estensione o compressione, caratterizza la forma di Stato di una nazione o di un ordinamento e funge per gli interpreti da linea guida per evidenziare l'adesione dello Stato a una visione tradizionalmente liberale della società o piuttosto ad una che metta in luce anche le tematiche riguardanti i suoi valori irrinunciabili [1]. I diversi *design* costituzionali, infatti, specialmente quelli europei, possono essere posti, in gradi diversi, in una categoria o nell'altra.

Il presente contributo cerca di dare risposta ad una domanda di base e cioè se sia possibile collocare l'ordinamento giuridico del Consiglio d'Europa, delineato attraverso la sistematica opera ermeneutica della Corte EDU, in una visione più «militante» o, piuttosto, più «passiva» della tutela convenzionale dei diritti. A tal fine, seppur senza alcuna pretesa di completezza (ed anzi, accuratamente concentrandosi su poche cruciali pronunce) si analizzeranno gli interventi più recenti e significativi della Corte EDU in merito al rapporto tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso, se ne evidenzieranno le ragioni e le incoerenze, e infine si cercherà di capire se e in che misura siano state elaborate condizioni e parametri di decisione capaci di orientare, in modo il più possibile coerente, le decisioni delle autorità nazionali.

2. L'ORDINE CONVENZIONALE: L'ABUSO DEL DIRITTO DI ESPRESSIONE

Lo spazio «pan-europeo» plasmato dalla Convenzione dei diritti dell'Uomo (CEDU) si presenta come un luogo di libera espressione delle idee e di partecipazione democratica. Il tenore delle disposizioni che ne disciplinano l'esercizio (in particolare l'art. 10) così come la costante giurisprudenza CEDU hanno nel tempo garantito questa libertà, ampliandone il contenuto e rendendone un elemento fondativo di quello che è conosciuto come il primo nucleo

[1] Tale distinzione, estensivamente analizzata, tra gli altri, da FERRAJOLI (2012, 76) vuole evidenziare il modo in cui la regola del consenso (*consent rule*) può essere applicata nella società. A dispetto della denominazione, una visione prettamente democratica della società tende a salvaguardare al massimo grado l'autonomia della sfera individuale o comunitaria da possibili interferenze esterne, Al contrario, la visione ispirata dall'adesione ai valori della liberal-democrazia le autorità statali hanno il potere-dovere di garantire il corretto godimento dei diritti fondamentali. Tale seconda prospettiva esclude qualsiasi adesione acritica al principio democratico di maggioranza. Sulla caratterizzazione dei limiti come «controvalori» che rivelano il fondamento essenziale dei «valori positivi», v. STILZ (2009) e STANCATI, (2005, 189).

di spazio costituzionale europeo [2]. E tuttavia è la stessa Convenzione EDU a riconoscere, nel secondo comma dell'articolo in questione, che queste libertà non sono incomprimibili e che «l'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica» per il mantenimento delle libertà stesse [3]. L'ordinamento convenzionale è tra i pochi dell'area europea che espressamente riconosce misure censorie da parte dello Stato finalizzate o alla repressione di un loro abuso o comunque alla tutela di interessi prevalenti. L'espressa previsione di limiti tassativi ai diritti è volta a impedire il proliferare di surrettizie forme di una loro restrizione. Nondimeno, non è sfuggito agli osservatori che il riferimento a situazioni soggettive flessibili o concetti giuridici indeterminati – quali l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale – se da un lato consentono un'applicazione flessibile, dall'altro la loro natura evanescente rischia di neutralizzarne la portata [4]. Il modello di tutela dei diritti disegnato dalla Convenzione è volto non solo all'applicazione di minimi standard generali di tutela (in senso verticale), ma anche ad una modulazione della decisione a seconda del contesto di riferimento (in senso orizzontale). Come si vedrà nel corso del contributo, quest'ultimo requisito costituisce, spesso l'elemento centrale che orienta in un senso o nell'altro, le decisioni della Corte. Tuttavia, questa non sempre sembra dedicare ad esso l'attenzione che sarebbe necessaria in ragione della sua «fragilità [5]. Anche in considerazione dell'accostamento tra concetto di «democrazia» e quelli di «tolleranza» e «pluralismo» operato dalla CEDU [6], la libertà di espressione funge da strumento di valutazione essenziale del grado di «sopportazione» del sistema in relazione agli abusi compiuti attraverso esso. Ma la repressione di tale libertà non può andare a discapito di una pragmatica verifica del funzionamento dell'abuso, autentico marcatore della concreta declinazione della forma di Stato.

---

[2] Cfr. von Bogdandy (2017). Anche se la questione è controversa e non oggetto del presente saggio, il ruolo, in un certo senso, costituzionale della Corte EDU sembra adesso definitivamente sancito dall'art. 6 TUE. Per quanto riguarda l'evoluzione del contenuto della tutela, si vedano i numerosi riferimenti della Corte sovranazionale alla «tolleranza», al «pluralismo», allo «spirito di apertura» quali corollari della libertà di espressione (Cfr. *ex multis Handyside* v. *UK*, 7 dicembre 1976; *Otto-Preminger-Institut* v. *Austria*, 20 settembre 1994).

[3] Cfr. Articolo 10 comma 2, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

[4] Stancati (2005).

[5] Mentre la compressione della libertà religiosa (o delle altre libertà) porta «soltanto» ad un mancato esercizio della stessa, la compressione della libertà di espressione a beneficio della tutela del sentimento religioso comporta la verosimile creazione di un cd. *chilling effect*, cioè di un fenomeno di disincentivazione dell'esercizio di questa libertà per timore di superare i limiti non chiaramente delineati. Sull' «effetto dissuasivo», v. Kendrick (2013, 1633).

[6] Cfr. le già richiamate *Otto-Preminger-Institut* v. *Austria* (1994) e *Handyside* v. *UK* (1972).

3. E. S. V. AUSTRIA COME ESEMPIO DI PROTEZIONISMO IDEOLOGICO: IL CASO

Tra i più recenti casi che interessano il tema della libertà di espressione (e i suoi limiti), si è scelto di analizzare il caso E. S. (n. 38450/12 del 25 ottobre 2018).

La sig.ra E. S., cittadina austriaca, tra il 15 ottobre e il 12 novembre 2009 teneva alcuni seminari presso l'Istituto per l'Educazione affiliato al Partito della Libertà austriaco (*Bildungsinstitut der Freiheitlichen Partei Österreichs*) sui «fondamenti dell'islam». Il seminario, seppur organizzato *da* e *per* i simpatizzanti del partito (come è noto, di orientamento conservatore), era aperto al pubblico. Ed infatti, tra gli astanti, si trovava anche una giornalista austriaca in incognito. Quest'ultima, colpita dal tono di alcune affermazioni di E. S. sulla vita e le abitudini sessuali di Maometto, consegnava le registrazioni che aveva effettuato durante le conferenze alla magistratura austriaca che riteneva il materiale come incriminante. Le frasi individuate come oggetto di censura sono le seguenti:

> «uno dei principali problemi che dobbiamo affrontare al giorno d'oggi consiste nell'idealizzazione della figura di Maometto, l'uomo perfetto, il musulmano perfetto. Ciò significa che il più alto comandamento per un musulmano maschio consiste nell'imitare la sua vita. Ma ciò non è consentito dai nostri standard sociali e giuridici. Perché era un signore della guerra, ha avuto molte donne e, per dirlo così, gli piaceva farlo con le bambine. Secondo i nostri standard non era un essere umano perfetto. […] La raccolta più importante di Hadit [detti di Maometto] riconosciuta come tale da ogni scuola giuridica [coranica] è quella di Sahih Al-Bukhari. E sfortunatamente in Al-Bukhari c'è scritta quella cosa su Aisha e il sesso con i bambini… […] Un cinquantaseienne e una seienne? Come lo chiamereste questo se non pedofilia?»

Primo e secondo grado – rispettivamente la Corte Regionale e la Corte di Appello – avevano riconosciuto la signora E. S. colpevole di vilipendio contro un oggetto di venerazione di una comunità religiosa (ai sensi dell'art. 188 del Codice penale – StGB)[7] e, di conseguenza, colpevole di avere urtato sia i sentimenti religiosi dei credenti musulmani sia la pace religiosa austriaca (è utile fare presente che l'articolo in questione è inserito nella Sezione VIII, dedicata ai

[7] L'articolo in questione recita: «chiunque, qualora le circostanze del comportamento siano capaci di produrre una giustificata indignazione, offenda un oggetto di venerazione di una chiesa o di una comunità religiosa che insiste sul territorio nazionale, ovvero un dogma, una tradizione lecita o un'istituzione di una chiesa o comunità religiosa è punibile con la pena edittale del carcere fino a due anni o un'ammenda».

«Reati che mettono in pericolo la pace religiosa» - *Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden*). Non era stata accolta, invece, l'accusa per «incitamento all'odio religioso» (previsto ai sensi dell'art. 283) che avrebbe qualificato il fatto tra i cd. *hate crimes*[8]. In particolare, la Corte di Vienna, pur avendo ritenuto astrattamente giustificabile la critica dei matrimoni tra adulti e bambini, ha ritenuto che l'intento di E. S. fosse quello di «accusare ingiustamente Maometto di avere tendenze pedofile» (§ 14 della pronuncia CEDU). Secondo il ragionamento della Corte austriaca, ripreso poi in tutti i gradi del processo, essere pedofilo significherebbe avere un «interesse sessuale primario per i bambini» e nessuna prova storica potrebbe suggerire che il profeta avrebbe voluto sposare (e poi consumare il matrimonio) con Aisha soltanto perché bambina. In questa prospettiva E. S. poteva legittimamente riportare il fatto storico (matrimonio e consumazione), ma senza dotarlo di un giudizio di valore il quale, nel caso di specie, non avrebbe tenuto nemmeno conto delle relative circostanze di tempo e di luogo in cui l'unione tra Maometto e Aisha sarebbe stata stretta. Per quanto attiene la condotta, la Corte rilevava in primo luogo che, in considerazione del fatto che i seminari erano aperti al pubblico «era possibile che almeno alcuni dei partecipanti si sarebbero potuti sentire offesi» (§§ 14-15). Infine, per quanto riguarda l'elemento soggettivo, lo *statement* sarebbe stato teso semplicemente a degradare una figura di venerazione. In forza di queste argomentazioni, la libertà di espressione esercitata da E. S. si sarebbe collocata al di fuori dello spirito della Costituzione e pertanto non avrebbe potuto godere della sua protezione.

Il 20 dicembre 2011 la Corte di Appello (*Oberlandesgericht*) di Vienna, confermava la natura abusiva dell'atto, definito «sbagliato e offensivo» perché viziato dalla «sua intenzione di denigrare e deridere senza ragione l'islam» (§ 17). Dopo la conferma dalla Suprema corte di legittimità (*Oberster Gerichtshof*), il 6 giugno 2012 E. S. presentava ricorso alla Corte EDU.

3.1 La pronuncia della Corte EDU: verso l'estensione dei propri margini operativi

Davanti alla Corte le parti ribadivano le proprie argomentazioni. E. S. insisteva sul fatto che il proprio discorso non rappresentasse un giudizio di valore,

[8] L'accusa originaria prevedeva anche un'imputazione ai sensi dell'art. 283 comma 2 dello stesso Codice che prevede una pena edittale fino a due anni di carcere per «chiunque pubblicamente inciti a commettere un atto ostile [contro una chiesa o una comunità religiosa riconosciuta nel Paese] o provi a insultarla o denigrarla in una maniera atta a ledere la dignità umana». È questo un caso di *hate speech*, che tuttavia non è stato riconosciuto né dalle corti nazionali né da quella europea.

ma una critica fondata su un fatto storico e idonea a contribuire al dibattito pubblico sul tema della pedofilia dunque rientrante nell'alveo protettivo dell'art. 10 della Convenzione [9]. Il Governo austriaco, dal canto suo, sottolineava da una parte che il tenore dell'art. 188 StGB «non proibisce critiche o persino discorsi offensivi su chiese o gruppi religiosi per sé, ma si limita a regolare il modo in cui tali discorsi possono essere fatti» (§36); dall'altra parte che l'intento di E. S. non fosse finalizzato a imbastire una «oggettiva discussione riguardante l'islam e il matrimonio con bambine, ma piuttosto a diffamare Maometto e per questo capace di generare giustificata indignazione» tra i fedeli e la società austriaca (§37).

Nell'esecuzione del test triadico volto a valutare la legittimità dell'interferenza con il diritto in questione, è attorno al requisito della proporzionalità (cioè della «necessità della misura in una società democratica») che la Corte svolge la maggior parte del suo ragionamento. Dopo aver rimarcato il valore della libertà di espressione nell'ordine convenzionale ed aver ribadito il dovere da parte delle comunità religiose di tollerare critiche anche fastidiose, offensive o addirittura shoccanti [10], la Corte ha tuttavia ricordato che ogni critica trova il suo limite nel dovere di evitare (*it is anyone duty to avoid*… vi è dunque già in questa espressione una valorizzazione dell'elemento intenzionale) manifestazioni che sono finalizzate a «diffondere, incitare o giustificare un odio basato sull'intolleranza, inclusa quella religiosa» (§ 43). In tali casi, infatti, non è consentito invocare la protezione offerta dall'articolo 10 CEDU [11]. Nell'applicare questo principio generale al caso di specie, i giudici sviluppano tre fondamentali linee di pensiero:

In primo luogo, il convegno, anche se organizzato da un centro culturale vicino al partito conservatore, era aperto alla partecipazione di un pubblico più ampio. E. S. dunque non avrebbe dovuto aspettarsi di trovare solo un pubblico ideologicamente orientato, ma anche, come è successo, persone che non avrebbero condiviso le sue idee [12].

---

[9] Richiamando *Aydın Tatlav* v. *Turkey* (1997), *Giniewski* v. *France* (2006) e *Gündüz* v. *Turkey* (2003) sottolineava inoltre che i gruppi religiosi «dovrebbero essere considerati come istituzioni pubbliche e perciò avrebbero il dovere di tollerare anche una critica severa» tra cui, eventualmente, anche attacchi abusivi cioè «basati su fatti non corrispondenti alla verità, nella misura in cui questi non incitino alla violenza» (§ 35).

[10] È quanto stabilito fin dal caso *Handyside* v. *United Kingdom*, cit., § 49; Successivamente tale espressione è stata riprodotta, tra le altre, nelle sentenze *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, cit.; *Fressoz and Roire v. France* (1999); İ. A. *v. Turkey* (2005), §23; *Baka* v. *Hungary* (2016) § 159; *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy* v. *Finland* (2017) § 167.

[11] Vedi anche *Gündüz* v. *Turkey* (2003).

[12] «There could also be people among the audience who might be offended by her statements» (§51).

In secondo luogo, definendo Maometto un pedofilo, E. S. avrebbe interpretato arbitrariamente il comportamento del profeta. La patologia della pedofilia, infatti, in base alle teorie psicologiche attuali, consisterebbe nell'avere «un interesse sessuale primario verso il corpo dei bambini» [13]. Non vi sarebbe tuttavia prova storica che la decisione di Maometto di sposare Aisha fosse determinata proprio dalla sua giovane età. Per questo motivo, a giudizio della Corte, E. S. non avrebbe riportato legittimamente un fatto storico (Maometto che ha avuto un rapporto sessuale con una bambina), ma, chiamandolo «pedofilo», avrebbe espresso un giudizio di valore di natura denigratoria.

In terzo luogo – ciò che costituisce il fulcro della decisione – i modi (*the manners*) di E. S. sarebbero stati irrispettosi oltre ogni limite di giustificazione. Quest'ultima non avrebbe rispettato dunque quel «dovere di evitare, per quanto possibile» espressioni profane verso simboli di venerazione (§ 43). Dai modi irrispettosi essa trae la conclusione che l'intenzione di E. S. fosse quella di denigrare il profeta.

La Corte dunque, in considerazione delle circostanze, dell'arbitrarietà del giudizio di valore e dei modi, ha ritenuto il discorso di E. S. «potenzialmente» capace (§§ 50 e 56) di turbare la pace religiosa austriaca e quindi legittimo, in termine di bilanciamento, sarebbe stato il giudizio dei tribunali austriaci [14].

3.2 **L'inadeguatezza dei parametri di valutazione**

L'argomento ermeneutico adottato dai giudici per evidenziare l'arbitrarietà del giudizio E. S. appare ragionevole: l'utilizzazione di categorie moderne per descrivere un fatto storico rischia di sganciare il ragionamento dal suo contesto di riferimento. L'interpretazione storico-evolutiva scelta dalla Corte ha consentito poi a quest'ultima di qualificare la condotta dell'attrice come capace di generare una indignazione tra i fedeli musulmani e così di costituire una potenziale offesa. Allo stesso modo è assai ragionevole ritenere che E. S. avesse intenzioni provocatorie ed abbia, in concreto, offeso Maometto. Tutta-

[13] Oltre a ciò la Corte, per rafforzare il suo ragionamento in supporto ai rilievi operati dalle corti austriache, afferma che Maometto ha avuto molte altre mogli maggiorenni tra cui una (la prima) più anziana di lui. E che il fatto storico aveva avuto luogo più di mille anni fa in un contesto sociale assai diverso, dove tali condotte erano accettate per via dell'esistenza di differenti valori morali (§18).

[14] Nelle parole della Corte le affermazioni avrebbero avuto «potential effects» o avrebbero potuto «putting at risk» la pace religiosa. Per tale ragione, essa ha ritenuto «that in the instant case the domestic courts comprehensively assessed the wider context of the applicant's statements, and carefully balanced her right to freedom of expression with the rights of others to have their religious feelings protected, and to have religious peace preserved in Austrian» (§57)

via, non è possibile evitare di esaminare alcuni profili critici della sentenza che, a nostro parere, portano la Corte ad operare una tutela anticipata di beni pubblici considerati preminenti a scapito dell'espressione.

Innanzitutto, va osservato che l'oggetto di *E. S. c. Austria* è certamente riconducibile alla categoria dei reati di opinione [15]. Il vilipendio della figura di Maometto deriva dall'espressione contro il simbolo, che costituisce oggetto e fine dell'intenzione criminosa. I giudici, riconosciuta la natura offensiva del discorso, hanno però, a parere di chi scrive, bypassato un adeguato scrutinio in merito alla sua concreta effettività. La considerevole attenzione posta sulla prospettiva soggettiva di E. S. – alcune volte qualificata nella forma di «modi», altre nella forma di «intenzioni» – ha costituito di fatto il fondamento della sentenza di non accoglimento del ricorso. Come ricorda la Corte, richiamando le posizioni del Governo austriaco, l'art. 188 StGB «did not prohibit critical or offensive statements about a church or religious community *per se*, but merely regulated the manner in which such statements could be made» (§ 36). In questo modo, alla base della decisione, non viene posto il semplice «atteggiamento» della parte, ma addirittura il suo intrinseco punto di vista [16]. La Corte procede (legittimamente, ma, a parere di chi scrive, inopportunamente) a trarre da un elemento oggettivo (peraltro alquanto ambiguo quale era la condotta di E. S.), l'elemento soggettivo che avrebbe fondato l'accusa (il disegno mentale di E. S. di denigrare gratuitamente Maometto) [17].

In secondo luogo, è interessante notare il rilievo accordato al fattore «contesto». A discapito di quanto più volte affermato nella sentenza [18], la Corte sembra totalmente ignorare l'importanza della valutazione specifica della cornice nella

---

[15] Sull'identificazione delle caratteristiche dei reati di opinione, v. FRONZA (2016, 1016-1033).

[16] Vale la pena di riportare per intero il § 52, un passaggio strategico per la comprensione del ragionamento della Corte: «The Court notes that the domestic courts extensively explained why they considered that the applicant's statements had been capable of arousing justified indignation, namely that they had not been made in an objective manner aiming at contributing to a debate of public interest, but could only be understood as having been aimed at demonstrating that Muhammad was not a worthy subject of worship (see paragraph 22 above). The Court endorses this assessment».

[17] L'importanza data dalla Corte all'elemento soggettivo avvicina il processo di *reasoning* del giudice a quello previsto per la fattispecie di *hate crime*. La presenza di «pensieri cattivi» (Sull'uso di tale espressione, si v. PULITANÒ (1970, 191) è infatti anche ciò che contraddistingue la fattispecie comunemente conosciuta come *hate speech*. Anche in questo caso, la sanzionabilità della condotta è, come è stato giustamente sottolineato, «definita a partire dalla missione che ne sta alla base: la diffusione di idee di intolleranza e discriminazione attraverso l'ispirazione di sentimenti d'odio nei confronti sulla diversità»: STRADELLA (2008, 79).

Ciò che conta non sono più tanto le circostanze della condotta, ma la *mental agenda*, cioè l'intenzione ultima dell'autore. Ciò ovviamente liquida anche il problema della valutazione dell'intenzione immediata dell'autore, cioè delle dirette conseguenze che l'azione provoca.

[18] Come la Corte sottolinea molto spesso, l'interferenza impugnata deve essere considerata «not only in the light of the content of the statements at issue, but also of the context in which they were made» (see §§ 21, 45, 50, 53).

quale è stato tenuto il discorso in oggetto: non può non essere ricordato che le lezioni, pur astrattamente aperte al pubblico, erano tenute in un contesto e per un contesto ristretto ed ideologizzato, familiare con le idee politico-sociali di E. S.; che, inoltre, le dichiarazioni rese, parte di un più ampio ragionamento, erano suscettibili di essere dibattute in un clima di discussione civile. Inoltre, in nessuna considerazione sembra essere stato tenuto il fatto che l'impatto pratico delle affermazioni nella società austriaca fosse assolutamente nullo.

In terzo luogo, va rilevato che nella prassi la Corte, nelle cause riguardanti lo scontro tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso, non ha mancato di sottolineare l'importanza della presenza (o, a seconda delle circostanze, dell'assenza) della prova di un'offesa percepita dai fedeli della comunità religiosa interessata [19]. In E. S. v. Austria, invece, l'anticipazione della tutela è tale che la Corte si limita a riconoscere alla frase incriminata una *presunzione* di offensività [20]. Come giustificare il «pressing social need» e, in particolare, il grado di proporzionalità della misura in rapporto allo scopo perseguito quando la mancata reazione della comunità islamica ha addirittura portato all'esercizio d'ufficio della azione penale da parte della *Staatsanwaltschaft* viennese [21]? Se è vero che è difficile stabilire in modo sufficientemente oggettivo «quanto» sono sensibili i credenti, è sicuramente necessario in primo luogo accertare «se» essi concretamente sono stati offesi. Come è stato giustamente osservato, in linea generale «un sistema di protezione dei diritti umani, dunque, se rinunciasse alla centralità del principio di materialità ed offensività della condotta punibile, si avvierebbe verso una preoccupante 'mutazione genetica', assumendo su di sé la difesa di discutibili opzioni politico-criminali degli Stati, a discapito della tutela dei diritti degli individui [22]».

Dal momento che sia le corti austriache sia la Corte europea escludono che l'intenzione di E. S. fosse quella di «denigrare tutti i musulmani» [23], ma solo di

---

[19] *Ex multis*, si v. la recente sentenza *Sekmadienis* v. *Lithuania* (2018), dove la Corte dichiara: «it cannot be assumed that everyone who has indicated that he or she belongs to the Christian faith would necessarily consider the advertisements offensive, and the Government have not provided any evidence to the contrary» (§82). Per un approfondimento, si consenta un rinvio a Gatti (2018, 382).

[20] Il valore giuridico delle dichiarazioni contenute in *Handyside* v. *UK*, cit: «The freedom of expression […] is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that shock, offend or disturb the State or any sector of the population» rischia di restare lettera morta se, appunto, il settore interessato della popolazione ha mai manifestato apertamente il proprio disagio per le affermazioni in oggetto.

[21] Come sottolinea Stea (2013, 5) anche in campo europeo non è possibile prescindere dalla dimostrazione della realizzazione dell'offesa per determinare l'illegittimità di un comportamento.

[22] Cfr. Daniele (2017, 101).

[23] «[The Court] also found that it could not be established that the applicant had intended to decry all Muslims. She was not suggesting that all Muslims were paedophiles, but [she] was criticizing the unreflecting imitation of a role model» (§14).

criticare in maniera offensiva un oggetto di venerazione, esclusa la sussistenza di un crimine d'odio, il *reasoning* astratto della Corte ci porta a concludere che il fatto di reato contestato sia più vicino, per le sue caratteristiche intrinseche, all'accusa di blasfemia, che a quella di stretta offesa ai sentimenti religiosi, dove al contrario della prima, l'elemento personale (contestualizzata protezione della sensibilità religiosa del singolo) prevale di gran lunga su quello funzionale (tutela della religione quale interesse generale dello Stato) [24].

4. IL *CHERRY PICKING* DELLA CORTE: PIÙ SECOLARISMO = MENO LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

La (già sottile) distinzione tra standard oggettivi e standard soggettivi di giudizio ne esce, dopo questa decisione, ulteriormente fiaccata. Se è pur vero che il margine di apprezzamento dello Stato, data la sensibilità della materia, è ritenuto considerevolmente più ampio rispetto ad altri casi [25], è altrettanto importante sottolineare che tale sentenza conferma la difficoltà di raggiungere parametri decisori il più possibile omogenei (sfida questa che la Corte, anche in ragione della sua propria natura, difficilmente potrà mai trovare). Il fondamento di tale linea di ragionamento si trova nella «sentenza matrice» che ha inaugurato il rapporto di bilanciamento tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso, spostando. Nel caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (1994) [26] la Corte ha affermato per la prima volta la facoltà di uno Stato membro di ritenere prevalente la tutela del sentimento religioso rispetto alla libertà

[24] La definizione di blasfemia (e la sua condanna) è fornita in molti documenti di diritto internazionale o sovranazionale, alcuni dei quali anche richiamati, ma evidentemente non seguiti, dalla stessa Corte nella presente decisione. La Raccomandazione n. 1805 (2007) del Consiglio d'Europa «*Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion*»; La relazione della Commissione di Venezia *«Report on the relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: the issue of regulation and prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred»* (CDL-AD(2008)026, in particolare i §§ 89-92); si v. infine il *General Comment* n. 34 del 2011 «*on freedom of opinion and freedom of expression*» dello Human Rights Committee dell'ONU. Ognuno di tali documenti, nel descrivere la blasfemia come un insulto alla religione pur senza la presenza di un incitamento all'odio religioso, ne auspicava la abolizione come reato. In particolare, il menzionato Report della Commissione di Venezia afferma: «is neither necessary nor desirable to create an offence of religious insult (that is, insult to religious feelings) simpliciter, without the element of incitement to hatred as an essential component».

[25] Così come confermato dallo stesso report riassuntivo «*Freedom of expressiona and respect for religious beliefs*: *striking the right balance*» promosso dal Consiglio d'Europa nel settembre 2017, testo online su https://rm.coe.int/factsheet-on-freedom-of-expression-and-freedom-of-religion-15september/1680748443, 1.

[26] Il caso (n. 13470/87 del 20 settembre 1994) riguardava la visione del lungometraggio *«Il concilio d'amore»* all'interno dei locali dell'Istituto *Otto Preminger* in Tirolo. Nel film Gesù era descritto come donnaiolo, la Vergine come una donna dissoluta e Dio come una mente poco lucida ed impotente. I tribu-

di esprimersi, facendo leva sul giudizio di bilanciamento attribuito al legislatore nazionale. In tale sentenza i giudici hanno inoltre aperto alla possibilità per lo Stato di intervenire attivamente laddove i modi di manifestazione del proprio pensiero sono considerati offensivi [27].

Tuttavia, un'analisi più ad ampio raggio della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito al rapporto libertà espressione/religione ci mostra come in altri casi simili la Corte abbia utilizzato altri parametri di giudizio, attraverso i quali essa è poi arrivata a conclusioni parzialmente differenti, spesso superando il margine di apprezzamento della corti nazionali.

In *Klein v. Slovakia* (n. 72208/01 del 31 ottobre 2006), ad esempio, dove un arcivescovo era stato definito da un giornalista «un orco», un «collaborazionista del regime comunista» ed «un omosessuale», la Corte, pur avendo riconosciuto l'indignazione suscitata tra i fedeli dagli «oblique vulgar and sexual overtones» delle affermazioni, concluse – contrariamente alle Corti slovacche – per una loro mancanza di offensività.

In *i. A. v. Turkey* (n. 42571/98 del 13 settembre 2005), qui in seguito alle proteste suscitate nel Paese, la Corte ritenne esistente (quattro giudici a tre) il «pressing social need» e quindi confermò la condanna di uno scrittore che aveva manifestato opinioni offensive nei confronti di Maometto. Tuttavia, la decisione di confermare la condanna era stata motivata anche sulla base del riconoscimento della (allora) secolarizzazione da parte della società e della magistratura turca [28].

Aydın Tatlav v. Turkey (2006) ad un giornalista fu imposta un'ammenda dalle Corti turche per aver pubblicato un libro in cui si criticava fortemente l'islam. Dal momento che la norma prevedeva (astrattamente) la reclusione (così come in Austria) la Corte EDU ritenne che il rischio della custodia in carcere può avere l'effetto di disincentivare gli autori dal pubblicare le proprie opinioni su temi religiosi [29]. Il recente caso *Mariya Alekhina and others v. Russia* (2018) è invece significativo per sottolineare un certo tipo di approccio speculare della Corte: tre membri del gruppo punk Pussy Riot, furono condannate dalle Corti russe a due anni di reclusione per aver fatto irruzione nella cattedrale di Mosca ed aver cantato una canzone di protesta che invocava ironicamente la Vergine Maria e che derideva

nali austriaci decisero di condannare l'istituto basandosi sull'art. 188 StGB già richiamato, ritenendo che vi fosse stato un vilipendio alla religione cattolica e ai suoi dogmi religiosi.

[27] «The manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter *which may engage* the responsibility of the State» (§47 della summenzionata sentenza).

[28] In tale decisione la Corte afferma: «Notwithstanding the fact that there was a certain tolerance of criticism of religious doctrine within Turkish society, which was deeply attached to the principle of secularity […]».

[29] Sui due casi turchi, cfr. Torres Gutiérrez (2012, 359).

riti e simboli della Chiesa russa (in particolare il patriarca Kirill) colpevole di appoggiare la politica autoritaria di Vladimir Putin. La Corte, con l'eccezione di una opinione (parzialmente) dissenziente, escluse che le manifestanti avessero inteso deridere i sentimenti dei fedeli ortodossi [30]. Essa credette importante sottolineare l'importanza dell'espressione del pensiero (politico) e l'inaccettabilità della pesante condanna penale comminata e dichiarò il comportamento delle Pussy Riot perfettamente legittimo [31]. Tuttavia, come ricorda il giudice dissenziente, in tal modo essa ha finito per sacrificare del tutto la tutela dei sentimenti religiosi dei fedeli che, allora, avevano manifestato indignazione [32].

Cosa lega le diverse conclusioni raggiunte in questi casi essenzialmente simili? Quale coerenza è possibile enucleare dal *modus procedendi* della Corte nei casi che riguardano il vilipendio di figure o luoghi sacri di una comunità religiosa? Ci pare di poter rilevare che i giudici di Strasburgo, ancora più che ai modi rivelativi dell'intenzione (*the manner*) o alla condotta, concentrino la loro attenzione sul contesto sociale in cui versa la società: laddove essi riscontrino un ambiente più democratico ed una società più secolarizzata, allora hanno teso a privilegiare la tutela del sentimento religioso; laddove invece l'ordinamento o la società siano più orientate a proteggere l'*ethos* culturale nazionale, essa interviene con più durezza ad annulare le decisioni nazionali (*ex multis*, *Klein v. Slovakia*; *Paturel v. France* [33]; *Sekmadienis v. Lithuania*;

[30] Per la ricostruzione del caso, cfr. Rutland (2014, 575).

[31] È la stessa Corte ad aver dichiarato da decenni l'inopportunità di «distinguere […] tra discussione politica e discussione in altre materie di pubblico interesse», ampliando così il raggio di «politicità» della espressione (cfr. il caso *Thorgeison* v. *Islanda*, 1992, §192, riguardante una giornalista che aveva scritto pezzi di condanna su atteggiamenti brutali della polizia islandese) Tale esigenza si era presentata per contrastare i tentativi (portati avanti da soggetti politici) di escludere dall'area di protezione manifestazioni di interesse generale non strettamente politico.

[32] Il caso *Pussy riot* evidenzia un'ulteriore incoerenza argomentativa della Corte chiamata a giudicare E. S. c. Austria. Il discorso di E. S., pur deprecabile non solo costituiva espressione di una convinzione, ma era ragionevole sostenere che, in virtù dello specifico tema trattato, avesse potuto ragionevolmente contribuire – come sostenuto dalla difesa – al dibattito sul tema della pedofilia (si ricordi che i seminari erano tenuti da un centro culturale affiliato ad un partito politico!). I giudici, nella loro legittima interpretazione del caso, hanno ritenuto opportuno porre attenzione sulla gratuità dell'offesa (pur, come già detto, non provandone l'idoneità offensiva in concreto). Nel caso russo, le manifestanti a hanno fatto irruzione in un luogo di culti, ridicolizzato i riti e le simbologie della Chiesa Ortodossa e concretamente turbato ed offeso i sentimenti dei fedeli (nel processo buona parte dei testimoni dell'accusa erano avventori della cattedrale). Nel caso austriaco non è stata riconosciuta dignità politico-sociale all'opinione. Nel caso russo, sì. Dalle due diverse risultanze emerge che la difficoltà della Corte di Strasburgo di definire condizioni univoche per determinare i margini entro cui è riscontrabile una rilevanza penale della condotta di offesa al sentimento religioso. Per un approfondimento, si consenta un rinvio a Gatti (2019).

[33] L'ordinamento laicista francese è, come è noto, meno propenso a tutelare la libertà di religione rispetto a quella di espressione. Per la sua intrinseca essenza, esso va ricondotto, nell'ambito di nostro interesse, tra quegli ordinamenti «orientati» su richiamati.

Mariya Alekhina and others v. Russia) [34]. Questa forma di «politica del diritto» è coerente con il modo di procedere della Corte e, forse, anche con la sua funzione, tuttavia non si può nascondere il pericolo dell'adozione, nel concreto, di una prospettiva più *aut/aut* che *et/et*, che potrebbe portare ad imbracciare una visione etico-politica dei diritti fondamentali [35].

5. L'EUROPA COME DEMOCRAZIA MILITANTE?

L'affermazione dei diritti fondamentali ha come obiettivo primario e prevalente quello di tutela degli spazi individuali di libertà. Tuttavia, questi ultimi, ed in particolare la libertà di manifestazione del pensiero è «condizione [...] del modo di essere [...] del Paese», «pietra angolare dell'ordine democratico», «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» [36]. Questa seconda lettura della libertà di manifestazione del pensiero, cd. funzionalista, pur avendo l'innegabile vantaggio di ancorare l'esercizio delle libertà al concetto di democraticità (e dunque di rafforzarlo), rischia, d'altra parte, in una sua lettura radicale, di legare questa libertà non all'uomo in sé, ma alla sua qualità di membro di una comunità e a vantaggio della stessa e dei suoi valori. L'uso disinvolto di concetti astratti e programmatici volti alla protezione dell'ordine valoriale dell'ordinamento convenzionale, come il ricorso ai criteri dell'ordine pubblico – talvolta sotto forma dell'ancora più vaga denominazione di «pace religiosa» [37] – sembrano aprire ad un modello di società liberal-democratico di tipo protetto o militante [38]. La nozione di de-

[34] La Corte europea definisce la «democrazia», ai sensi della CEDU, in termini di «tolleranza» e di «pluralismo» (v. *Otto-Preminger-Institut* v. *Austria*). Il riconoscimento (o meno) dello specifico contributo dell'azione al dibattito pubblico è l'elemento determinante, nella prospettiva della Corte, per ampliare o restringere il campo coperto dall'art. 10. L'investitura di dignità politica all'azione compiuta o al discorso tenuto nei confronti di una religione, pone quest'ultimi in una dimensione privilegiata rispetto all'esercizio della libertà di espressione di altra natura (commerciale, artistica, scientifica, ecc).

[35] Lo sforzo della Corte di combattere quella che potrebbe definirsi, richiamando una celebre definizione, la tirannia di valori (Schmitt 1922/2004) potrebbe rischiare di ritorcersi contro se stesso dando luogo a un ordine che trascende gli spazi di libertà individuali a beneficio della tutela di quelle collettive.

[36] Cfr. Corte Cost., n. 125/1985.

[37] Della funzione dell'art. 9 CEDU di garantire la «peaceful coexistence of all religions […] by ensuring mutual tolerance» parlano i giudici in E. S. v. Austria (§ 53). Sulla funzione politica dei diritti, strumentale anche alla realizzazione di interessi pubblici, v. Bongiovanni (2000, 67).

[38] La nascita del sostrato teorico del moderno concetto di democrazia militante viene fatto risalire al pensiero di Carl Schmitt e di Karl Loewenstein. Anche se è al secondo che va attribuita l'ideazione terminologica (Loewenstein, 1937, 417-432), è al primo che va ricondotta l'elaborazione teorica del concetto (Schmitt, 1932). Alla base di questa formulazione vi sarebbe stato l'idea di predisporre strumenti e regole che permettano di inibire le azioni di coloro che, anche solo nelle intenzioni, mirino al sovvertimento dell'ordine costituzionale. Ciò che il Loewenstein chiamava il «paradosso della democrazia» imporrebbe infatti la rinuncia (temporanea e parziale) da parte delle liberal-democrazie dei loro metodi democratici e

mocrazia militante in tale contesto è giustificata dalla funzione che essa esercita quale problema centrale della teoria democratica: la possibilità che i metodi e gli spazi di libertà di un ordinamento democratico possano essere usati contro l'ordinamento stesso (abuso del diritto fondamentale), causando una conseguente reazione protettiva dell'ordinamento. Tale fenomeno, nell'ordinamento europeo, a differenza di altri, è stato preso esplicitamente in considerazione attraverso le cd. «previsioni di eccezione» costituite dai secondi commi degli articoli 9, 10, 11 (cfr. infra § 2).

Lungi dal suggerire l'idea che la Corte EDU voglia mettere in atto provvedimenti di sospensione cautelativa democratica, o ancor peggio che ci si trovi davanti ad uno stato etico sul modello di Singapore [39], la presente riflessione vuole semplicemente soffermarsi su una considerazione di natura sistemica: e cioè che in alcuni casi l'attività della Corte sembra orientata, per validare e rafforzare le proprie ragioni o il proprio messaggio, a sacrificare interamente alcuni valori (cfr. *i. A. v. Turkey* o *Mariya Alekhina and* others *v. Russia*) piuttosto che cercare, laddove sia necessario, un approccio più coerente con i propri precedenti, anche se forse meno efficace sul piano comunicativo.

Da quanto esposto, emerge indubbiamente che la recente giurisprudenza si rivela invero estremamente interessante più su un piano generale e sistematico che su quello legato all'estensione del mero diritto di espressione. Essa contribuisce non solo a definire formalmente i limiti del diritto in questione (per quanto possibile e al netto della propria interna incoerenza), ma cerca di delineare un vero e proprio dovere per lo Stato di intervenire a tutela di interessi pubblici primari e sostanzialmente astratti come la dignità di una confessione e – è questo il punto problematico – la «pace sociale e religiosa» di una nazione. Sotto questo profilo i giudici di Strasburgo sembrano spesso sposare

degli spazi di libertà da esse riconosciute al fine di contrastare la nascita e lo sviluppo di movimenti politici autoritari. Sull'atteggiamento militante della Corte EDU, v. anche Caruso (2017).

[39] A Singapore, città stato multiculturale e multi-religiosa, la Section 3 del *Sediction Act* (1985) e la Section 8 (1) del *Maintenance of Religious Harmony Act* - MRHA (1990) costruiscono un modello di stato attivo volto a proteggere la «religious harmony» del Paese. Queste leggi contemplano la possibilità di sottoporre a procedimento penale o emettere provvedimenti restrittivi chiunque causi sentimenti ostili verso o tra uno o più gruppi religiosi. La tolleranza apparente che mostra questo sistema è tuttavia da contemperare con la grande e reattiva capacità repressiva della libertà di espressione che non raramente le autorità esercitano proprio in nome della tolleranza stessa. Non è certo possibile affrontare qui le caratteristiche dello Stato di Singapore e del suo pluralismo religioso «ad ogni costo». Basti solo richiamare le parole di Kelsen (2010, 256): «Tolleranza, diritti di minoranza, libertà di parola e libertà di pensiero, così tipiche della democrazia, non hanno diritto di cittadinanza in un sistema politico basato sulla fede in valori assoluti».

le ragioni di una protezione attiva, e non meramente reattiva, dell'ordine convenzionale.

Se è vero che la protezione dei diritti religiosi (tra cui ovviamente si inserisce la tutela del sentimento religioso) viene accordata dalla giurisprudenza europea non solo al singolo individuo ma anche ai gruppi, «ai quali la Corte riconosce il fondamentale compito di vettori per la realizzazione della libertà religiosa individuale» [40], va precisato che ciò viene ricondotto in sostanza al tema del pluralismo e del pari trattamento giuridico delle confessioni. Quando si tratta del rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di religione, il discorso si sposta su un piano individuale e le «ragioni collettive» perdono necessariamente di intensità. Nella maggior parte dei casi richiamati e, in misura maggiore, in *E. S. v. Austria*, la presunzione di offensività delle dichiarazioni porta l'osservatore a chiedersi quale sia il bene giuridico protetto: se si tratta della sensibilità dei fedeli o piuttosto della dignità di una religione. In quest'ultimo caso, laddove quella alla religione non sia affiancata anche da un'offesa al sentimento individuale, il bene giuridico protetto sembra consistere più nell'identità e nell'integrità simbolica di un ordine istituzionale che nei diritti fondamentali violati.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Bogdandy (von), A. (2017), «The Idea of European Public Law Today - Introducing the Max Planck Handbooks on Public Law in Europe»*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper*, 4, 2017.

Bongiovanni, P. (2000), «Diritti inviolabili e libertà», in Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo,* Laterza, Roma-Bari, 67-92.

Caruso, C. (2017) «L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale», Quaderni Costituzionali, 4, 863-984.

Consiglio d'Europa (2017), «Freedom of expressiona and respect for religious beliefs: striking the right balance», Consiglio d'Europa, Strasburgo, disponibile su https://rm.coe.int/factsheet-on-freedom-of-expression-and-freedom-of-religion-15september/1680748443.

Daniele, L. (2017), «Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza *PerinCek c. Svizzera* alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano», *Diritto Penale Contemporaneo*, 10, 79-104.

Ferrajoli, L. (2012), «La democrazia costituzionale», *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n. 18, 2012, 69-122.

[40] Sul punto Marchetti (2011, 5).

Fronza, E. (2016), «Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2016, 1016-1033.

Gatti, A. (2018), «Dio in Jeans», *Medialaws*, 3, 380-386.

— (2019), «Bože, Zarja chrani! Political Protest and Incitement to Religious Hatred in Russia in the Light of the 'Pussy Riot' ECtHR Case», *Medialaws*, 2, 367 -381.

Kelsen, H. (1920), *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen.

— (1929/2010), *Assolutismo e relativismo nella politica*, in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna.

Loewenstein, K. (1937), «Militant Democracy and Fundamental Rights», *American Political Science Review*, 21, 3, 417-432.

Loprieno, D. (2009), *La libertà religiosa*, Giuffré, Milano.

Marchetti, B. (2011), *Libertà religiosa e CEDU. Jus Publicum*, disponibile su http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/02_09_2011_10_04_Marchetti_IT.pdf.

Pulitanò, D. (1970), «Libertà di pensiero e pensieri cattivi», *Quale giustizia*, n. 7, 191-207.

Rutland, P. (2014), «The Pussy Riot affair: gender and national identity in Putin's Russia», *The Journal of Nationalism and Ethnicity*, 42, 4, 575-582.

Schmitt, C. (1922/2004), *Politische Theologie*, Duncker und Humblot, Berlin.

— (1932), *Legalität und Legitimität*, Duncker und Humblot, Berlin.

Stea, G. (2013), «L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale», *Archivio Penale*, 3, 2013, 1-35.

Stradella, E. (2008), *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti,* Giappichelli, Torino.

Stancati, P. (2005), «Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi», *Politica del diritto*, 2, 189-206.

Stilz, A. (2009), *Liberal Loyalty. Freedom, Obligation and the State*, Princeton University Press*,* Princeton.

Torres Gutiérrez, A. (2012), «Freedom of Thought, Conscience and Religion (Art. 9 ECHR)», in Garcìa Roca, J.; Santolaya, P. (2012), *Europe of Rights: A compendium on the European Convention of Human Rights*, Brill, Leiden, 353-369.

UGUAGLIANZA *VERSUS* PERSONAL LAW: LA MULTIETNICITÀ E I SUOI RISCHI. SPUNTI A PARTIRE DA CORTE EDU, *MOLLA SALI C. GRECIA*

COSTANZA NARDOCCI*
Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. La vicenda di *Molla Sali* e le peculiarità del caso greco: tra applicazione della *Sharia* e *self-restraint* delle Corti nazionali. 3. Le doglianze lamentate davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. 4. Quale eguaglianza formale ai tempi della *personal law*? 5. La tutela dell'appartenente dissidente e il diritto di *exit*: spunti dal caso greco. 6. Dove stiamo andando? Riflessioni conclusive in attesa della pronuncia della Grande Camera. 7. Riferimenti Bibliografici.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale.

Nelle more della pubblicazione degli atti, si segnala il deposito della pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, in linea con quanto pronosticato nelle conclusioni al presente lavoro, ha condannato la Grecia e accertato la violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 1, Protocollo n. 1, alla Convenzione.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Coesistere entro il medesimo Stato ai tempi della multietnicità o, se si preferisce, del multiculturalismo, può significare tante cose [1]: ammettere che talune comunità si autogovernino, vedendosi riconosciute forme più o meno intense di autonomia territoriale dallo Stato centrale; prevedere che gruppi minoritari conservino proprie competenze in materie specifiche connesse alla salvaguardia della propria lingua, religione, etnia ovvero cultura, anche se dispersi sul territorio dello Stato [2]; riconoscere forme di rappresentanza politica nelle assemblee elettive nazionali e locali; oppure, ancora, non includere nessuno dei meccanismi citati, valorizzando, a contrario, una nozione unica di cittadinanza da sovrapporre ad una concezione altrettanto unitaria di nazionalità.

Nelle prime ipotesi, lo Stato ammette sul suo territorio la coesistenza di una pluralità di comunità ovvero di nazioni, *ethnoi*, e decide di darne rilevanza interna ed esterna; nell'ultima, viceversa, l'opzione è l'indifferenza nei confronti delle affiliazioni individuali, valorizzando la sola qualifica individuale del singolo come cittadino o cittadina dello Stato-nazione.

Il caso *Molla Sali c. Grecia* [3], attualmente pendente dinanzi alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo e di cui si attende la pronuncia nel dicembre di quest'anno, offre molteplici spunti, da un lato, sotto il profilo delle criticità che seguono una gestione della multietnicità, che passi dal riconoscimento alle minoranze di forme di autonomia territoriale e non territoriale, dall'altro, sul posto che la *Sharia* occupa e può occupare negli ordinamenti costituzionali occidentali di impronta liberale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo sarà, infatti, chiamata per la prima volta e dopo le suggestioni di *Refah Partisi e altri c. Turchia* [4], a confrontarsi con il tema delle modalità entro cui salvaguardare comunità minoritarie culturalmente eterogenee e autonome e i diritti individuali dei loro appartenenti anche contro queste ultime, passando attraverso un sindacato concreto sulla conformità ai principi convenzionali della *Sharia*.

Premessa una ricostruzione del contesto ordinamentale di riferimento, secondo una prospettiva che intreccia la dimensione costituzionale a uno sguardo al diritto comparato, e della vicenda di *Molla Sali*, il saggio intende

[1] In letteratura, sui meccanismi di autonomia territoriale e non-territoriale, si veda, tra i molti, Malloy, Palermo (2015).

[2] Il riferimento è ai meccanismi di autonomia non-territoriale (NTA) nell'ambito dei quali si inseriscono le strategie di accomodamento di gruppi minoritari che afferiscono alla c.d. autonomia culturale nazionale, su cui si rinvia a Nimni (2007, 345 ss.).

[3] ECtHR, *Molla Sali c. Grecia*, n. 20452/14, in attesa di giudizio da parte della Grande Camera.

[4] ECtHR, *Refah Partisi e altri c. Turchia*, [GC], 41340/98, 41342/98, 41343/98 et al., 13.2.2003.

offrire un quadro critico delle opportunità e dei rischi che accompagnano la multietnicità e la gestione delle c.d. *internal* o *double minorities*, a partire da un modello di integrazione che risponde alle sfide del multiculturalismo, facendo dell'appartenenza comunitaria il perno su cui innestare meccanismi di *personal law* e di tutela giurisdizionale parallela, religiosa e civile [5].

2. LA VICENDA DI *MOLLA SALI* E LE PECULIARITÀ DEL CASO GRECO: TRA APPLICAZIONE DELLA *SHARIA* E *SELF-RESTRAINT* DELLE CORTI NAZIONALI

La vicenda di *Molla Sali* si inserisce in un contesto ordinamentale peculiare [6], che affonda le proprie radici storico-giuridiche nel dissolto Impero Ottomano, noto come sistema *millets* [7], e nel Trattato di Losanna del 1923, con il quale vennero apposte modifiche al precedente Trattato di *Sevres,* ponendo fine alle ostilità tra Grecia e Turchia a conclusione del primo conflitto mondiale [8].

Con il trattato di Losanna, famoso per il c.d. «scambio obbligatorio di popolazioni» [9] tra Grecia e Turchia che coinvolse circa due milioni di persone, la minoranza musulmana insediata nella regione greca della Tracia occidentale si vide destinataria di un sistema di protezione ispirato ad un principio di *legal pluralism*, risultante nella facoltà di dare applicazione al diritto religioso in materie di diritto famiglia (c.d. MFLs, *Muslim Family Laws*) in ossequio ad un modello di *personal law* [10] imperniato sulla istituzionalizzazione di una parziale giurisdizione confessionale [11] da affiancare a quella statale.

---

[5] In tema, Sezgin (2018, 235 ss.).

[6] La Grecia è, infatti, l'unico ordinamento europeo che ammette l'applicazione della *Sharia* sul proprio territorio ed è l'unico Stato a livello mondiale che affida ai *mufti* una competenza giurisdizionale in materia di diritto di famiglia islamico. Accanto alle particolarità del caso Greco, occorre però ricordare che su scala globale sono 53 gli ordinamenti giuridici che danno ingresso al c.d. diritto di famiglia islamico entro il proprio ordinamento e che tra questi 18 sono Stati non a maggioranza musulmana. Tra questi 18 ordinamenti esistono alcune differenze quanto alla Corte competente a dare applicazione al diritto islamico. 5 Stati prevedono, infatti, che siano i Tribunali civili a dare applicazione al diritto islamico, come accade ad esempio in India; nei restanti 12, il diritto islamico è interpretato e applicato da tribunali confessionali. Rientrano in quest'ultima categoria, accanto alla Grecia, tra gli altri, Israele e lo Sri Lanka.

[7] Sulle peculiarità dell'Impero Ottomano quale esempio paradigmatico di sistema che ha accolto meccanismi di autonomia non-territoriale la letteratura è vastissima. Si rinvia, in questa sede, tra i molti, a Erk (2015, 119 ss.).

[8] In tema, Tsitselikis (2012).

[9] Per un approfondimento, si rinvia a Kontogiorgi (2006).

[10] Il riferimento, in particolare, è all'art. 45 del Trattato di Losanna ma, più in generale, agli artt. 37-45, rubricati *Protezione delle minoranze*.

[11] Il regime giuridico dei musulmani residenti nella Tracia occidentale risale, peraltro, alla Convenzione di Costantinopoli (1830-1881).

Lo *status* giuridico riservato alla minoranza greco-musulmana della Tracia orientale rievoca, quindi, i tratti essenziali del sistema di autonomia culturale nazionale accolta dal dissolto Impero Ottomano, tanto da aver indotto la dottrina a parlare di *neo-millettism* [12] con riferimento all'ordinamento greco nelle sue relazioni con la minoranza etnica musulmana.

La possibilità di rivolgersi ai *mufti*, ossia ai giudici ammessi all'interpretazione e all'applicazione del diritto islamico, fu formalizzata in verità già in epoca precedente al Trattato di Losanna con la legge n. 147 del 1914 [13], tuttora vigente, in forza della quale furono delineate le materie alle quali poteva e può trovare applicazione il diritto religioso, e con la legge n. 2345 del 1920, che dispose l'attribuzione ai *mufti* di poteri giurisdizionali in relazione a controversie che insorgano tra musulmani in questioni afferenti al diritto di famiglia alle quali avrebbe dovuto trovare applicazione il diritto islamico.

Tale ventaglio di materie è stato successivamente ampliato con la legge n. 1920 del 1991, che vi ha incluso anche questioni di diritto successorio, stabilendo altresì che le decisioni dei *mufti* debbano essere ratificate da una Corte nazionale di prima istanza per trovare esecuzione entro l'ordinamento giuridico dello Stato [14].

Con riferimento più specifico al sistema giurisdizionale confessionale [15], resta da sottolineare come non vi è attualmente la possibilità di rivolgersi ad una Corte di seconda istanza avverso le pronunce dei *mufti* ed, ancora, che sussistono criticità quanto alla sua effettiva conformità ai principi, convenzionali e costituzionali, in materia di giusto processo e di eguaglianza tra i sessi.

In analoga direzione, muove l'insussistenza in concreto di un diritto dell'appartenente alla comunità minoritaria di optare per la giurisdizione civile in luogo di quella confessionale. Su questo profilo, lo si anticipa incidentalmente, si innestano le doglianze della ricorrente che illuminano sul più ampio tema della salvaguardia dell'appartenente dissidente che voglia sottrarsi ai dettami del gruppo e, più in generale, del bilanciamento tra tutela dell'identità collettiva della comunità contro lo Stato e dell'individuo contro la comunità.

Gli accordi internazionali e la normativa vigente hanno concorso, quindi, entrambi a tratteggiare un sistema di protezione della minoranza etnica musulmana, che intreccia elementi caratterizzanti sia i meccanismi di autonomia territoriale sia quelli non-territoriali, ovvero che cumula i principi territoriale e personale. E, invero, la giurisdizione speciale opera limitatamente agli appar-

[12] In letteratura, si rinvia a Tsitselikis (2013, 287 ss.).
[13] Cfr. l'art. 4 della legge.
[14] Si veda, sul punto, l'art. 5, par. 3 della legge.
[15] Per un approfondimento, si rinvia a Rinella, Cavalcanti (2017, 69 ss.).

tenenti alla comunità musulmana, che però contestualmente risiedano nei territori ascrivibili alla Tracia occidentale.

Ne deriva che soggetti alla *Sharia* sono soltanto coloro che risultino in possesso di due caratteristiche: una prima soggettivo-personale, data dall'appartenenza alla minoranza musulmana, ed una seconda oggettivo-territoriale, ossia la residenza in quello specifico territorio.

Molla Sali, la ricorrente nel caso in esame, presenta entrambe queste caratteristiche, appartiene alla comunità musulmana e risiede nella Tracia occidentale, ma, allo stesso tempo, è una donna che ha tentato di sottrarsi all'applicazione nei suoi confronti della *Sharia* in occasione del decesso del proprio coniuge, che aveva formato testamento secondo le norme del codice civile greco, disponendo in suo favore la trasmissione di tutti i suoi beni.

La vicenda di *Molla Sali* prende avvio con la contestazione da parte delle sorelle del defunto della validità del testamento, lamentando l'applicabilità al caso di specie del diritto religioso, ossia della *Sharia*, in luogo della legge dello Stato.

In primo grado, il Tribunale di Rhodope [16] ha rigettato il ricorso introdotto dalle sorelle del defunto, in ragione della sua contrarietà ai principi di eguaglianza, di non discriminazione e di autodeterminazione, osservando come l'applicazione del diritto islamico nella fattispecie concreta avrebbe prodotto l'effetto di introdurre una discriminazione inammissibile tra cittadini su base religiosa.

In secondo grado, la Corte d'Appello della Tracia [17], seguendo l'impostazione avallata in primo grado, appuntava l'attenzione, da un lato, sul difetto di giurisdizione del *mufti* in relazione ad un testamento pubblico formato in conformità dell'art. 1724 del codice civile greco, e, dall'altro, sulla libertà di scelta di cui deve beneficiare anche l'appartenente alla comunità musulmana, escludendo pertanto l'obbligatorietà del ricorso alla *Sharia*. La soluzione opposta, quella che vorrebbe negare la titolarità del diritto di opzione tra diritto islamico e diritto dello Stato in capo all'appartenente al gruppo minoritario, si risolverebbe, infatti, ad avviso del giudice di seconda istanza, in una illegittima discriminazione a sfondo religioso ai danni della ricorrente.

Di segno contrario, viceversa, è stata, però, la decisione della Corte di Cassazione [18] che ha accolto l'istanza delle due sorelle, stabilendo l'applicabilità nel caso di specie del diritto islamico che, ad avviso della Corte, costituisce

[16] Tribunale di Rhodope, sentenza del 1° giugno 2010, n. 50.
[17] Corte d'Appello della Tracia, pronuncia del 28 settembre 2011.
[18] Corte di Cassazione, pronuncia del 7 ottobre 2003, n. 1862/2013.

parte integrante del diritto interno, si applica specificatamente alle controversie che insorgano tra appartenenti alla comunità musulmana in luogo della legge dello Stato, non viola i principi costituzionali e, in particolare quello di eguaglianza di cui all'art. 4 della Costituzione greca, con conseguente invalidità delle disposizioni testamentarie.

La pronuncia successiva della Corte d'Appello [19] ha, poi, definitivamente reso esecutivo il *decisum* della Corte di Cassazione, sancendo la perdita di efficacia dell'atto testamentario e la piena applicabilità della *Sharia.*

Sul punto, e da ultimo, meritano di essere precisati due aspetti che interessano, il primo, i rapporti tra diritto islamico e sindacato di costituzionalità, il secondo, gli effetti del diritto islamico sulla capacità di succedere di *Molla Sali*.

In relazione al primo, pare opportuno ricordare che l'ordinamento greco omette – o, almeno, sino alla recente riforma legislativa di cui si dirà – nella prassi qualsiasi controllo da parte degli organi giurisdizionali dello Stato sulla conformità a Costituzione delle pronunce rese dai *mufti* in applicazione della *Sharia*. Quanto al secondo, che l'applicazione del diritto islamico ha pregiudicato integralmente la capacità di succedere di *Molla Sali*, palesando il controverso coordinamento tra diritto religioso, libertà di religione e principio di eguaglianza di genere.

3. LE DOGLIANZE LAMENTATE DAVANTI ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

L'insuccesso dinanzi alle Corti nazionali ha così indotto nel 2014 *Molla Sali*, con un ricorso pilota, a rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo [20].

L'insieme delle doglianze investe il meccanismo di *accomodation* disposto in favore della minoranza etnica musulmana e l'obbligatorietà della *Sharia*, che non ammette l'esercizio di un diritto di opzione tra giurisdizione confessionale e civile per coloro che, in base ai principi personale e territoriale di cui si è detto, vi siano soggetti.

Più in particolare, la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 6, § 1, alla Convenzione sotto il profilo specifico del diniego di giustizia, da solo e in

[19] Corte d'Appello, pronuncia del 15 dicembre 2015, n. 183/2015.

[20] Sull'eccezionalità del ricorso nel quadro di una più ampia tendenza della minoranza ad astenersi dal rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per denunciare «disfunzioni» nel sistema di tutela minoritaria, si rinvia a Markoviti (2017).

combinato disposto con l'art. 14, in ragione dell'omesso scrutinio sul merito della questione da parte della Corte di Cassazione motivato dalla sola appartenenza religiosa della donna che, ad avviso della Corte, avrebbe imposto, come detto, il ricorso obbligatorio e non, invece, facoltativo alla *Sharia* e alla giurisdizione del *mufti*.

In secondo luogo, sempre ad avviso della ricorrente, l'operatività del c.d. *mufti system* si riverbera negativamente sul suo diritto di proprietà in violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1, CEDU, da solo e in combinato disposto con l'art. 14, in ragione dell'impossibilità di ereditare i beni del marito a motivo della propria confessione religiosa o, meglio, della sua ascrivibilità obbligatoria alla comunità musulmana che le ha impedito di optare e di vedere applicata in suo favore la legge dello Stato.

Interessante osservare, come il caso in esame si distanzi dagli altri casi decisi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sotto il profilo della discriminazione a sfondo religioso lamentata da appartenenti alle comunità musulmane europee, venendo qui in rilievo la dimensione negativa del diritto convenzionale. Nel caso in esame, la ricorrente non invoca il diritto di manifestare all'esterno la propria religione, in senso analogo alle rivendicazioni protagoniste delle vicende che interessano lo spazio dei simboli e delle pratiche culturali nello spazio pubblico, quanto piuttosto quello a non vedersi lesa, *rectius* discriminata, nei suoi diritti per effetto della sua affiliazione obbligatoria a una comunità etnico-religiosa.

La dedotta violazione del principio di non discriminazione in relazione ad entrambi i principi convenzionali sopra richiamati, ossia gli art. 6, § 1 e art. 1 Protocollo n. 1, viene argomentata però non soltanto con riferimento al fattore religioso.

La disparità di trattamento viene infatti argomentata anche in base al genere. Così, si argomenta, se la ricorrente non fosse di religione musulmana, la *Sharia* non avrebbe trovato applicazione nei suoi confronti e, ancora, se non fosse donna, le limitazioni alla sua capacità di succedere al marito sarebbero state fortemente ridotte.

Interessante, allora, accanto al tema della (in)convenzionalità della *Sharia* [21], su cui non ci si sofferma, quello della dimensione intersezionale [22] delle doglianze nella prospettiva dell'art. 14 CEDU e che si coglie dal concomitante operare dei due fattori di discriminazione sopra richiamati.

[21] Per un approfondimento, si veda l'*Introductory memorandum* del Rapporteur Meritxell (2016).
[22] Sulla nozione di intersezionalità, si veda Crenshaw (1991, 1241 ss.) e Crenshaw (1989, 57 ss.).

4. QUALE EGUAGLIANZA FORMALE AI TEMPI DELLA *PERSONAL LAW*?

Come emerge dalla sintetica ricostruzione in punto di diritto delle violazioni del dettato convenzionale avallate dalla ricorrente, un primo tema su cui il caso illumina il più ampio dibattito sulle tecniche di gestione della multietnicità entro il singolo contesto ordinamentale è rappresentato dalla tensione tra tutela dell'eguaglianza formale di tutti i cittadini davanti alla legge – pure sancita a norma dell'art. 4 della Costituzione greca, ma, più in generale, principio supremo dei sistemi costituzionali e del diritto internazionale – e salvaguardia di istanze minoritarie collettive.

Un binomio che appare a tutta prima inconciliabile per almeno due ordini di argomenti.

In primo luogo, l'introduzione di limitazioni all'eguaglianza formale di tutti i cittadini davanti alla legge per la salvaguardia di esigenze «collettive» rovescia l'impostazione teorica liberale di derivazione illuminista che colloca l'individuo, quale essere umano, prima non solo dello Stato, ma anche di qualsiasi corpo intermedio.

In seconda istanza, la garanzia di istanze comunitarie passa inevitabilmente attraverso un temperamento della forza precettiva dell'eguaglianza formale. Se è vero che l'eguaglianza formale conosce deroghe e correttivi nella prospettiva della realizzazione della dimensione sostanzialistica del principio, un problema diverso si pone quando il bilanciamento si realizza tra diritti ontologicamente diversi, individuali, da un lato, e collettivi o «di gruppo», dall'altro, e che rispondono, spesso, a sistemi valoriali tra di loro potenzialmente in conflitto ovvero di assai arduo raccordo.

La costruzione di un sistema di *personal law*, che presuppone la mutevole applicazione della legge o, meglio, come nel caso in esame, una differente legge applicabile in base allo *status* personale del singolo individuo a cui si affianca un altrettanto differente apparato di tutela giurisdizionale, è evidentemente lesivo del principio di eguaglianza formale, come argomentato dalla ricorrente in relazione al sistema convenzionale, nello specifico quanto ai diritti di accesso al giudice e di proprietà.

Tralasciando il controverso dilemma della determinazione dell'affiliazione individuale, cioè del chi decide e in base a quali requisiti chi è membro del gruppo e chi non lo è, dal punto di vista della *ratio*, la cedevolezza dell'eguaglianza formale per ragioni di salvaguardia di diritti «del gruppo» di impronta religiosa ovvero culturale è stata rifiutata, a voler guardare all'ordinamento costituzionale italiano, dalla giurisprudenza costituzionale così come da quella

penale maggioritaria, cha ha avuto occasione di sperimentare i portati della dottrina statunitense della *cultural defense* [23]. Si tratta, in relazione a quest'ultima, di un filone giurisprudenziale interessante, perché ha concorso a mettere a fuoco i limiti che ostacolano, agendo alla stregua di uno «sbarramento invalicabile» [24], al riconoscimento di diritti in capo a formazioni sociali che «schiaccino» (A. Barbera, 1975) 25, violandoli, i diritti individuali dei loro appartenenti [26].

Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, può invece essere interessante richiamare la famosa decisione sull'appartenenza obbligatoria alla comunità israelitica, decisione n. 239 del 1984 [27], in cui, accanto ai profili che si colgono in rapporto all'interpretazione dell'art. 18 Cost. in tema di libertà di associazione, il Giudice costituzionale si è espresso nel senso del palese contrasto della norma oggetto della questione di costituzionalità – che stabiliva l'appartenenza automatica dell'individuo alla comunità – con l'art. 3 Cost., a motivo del fatto che nella norma oggetto delle censure «assumono essenziale rilievo […] le caratteristiche religiose ed etniche, che confluiscono nella qualificazione di 'israelita'; si concreta così – proseguiva la Corte – una disparità di trattamento tra i cittadini, che tale qualità, d'ordine etnico-religioso, rivestano, e che, a cagione di essa, sono automaticamente ascritti alla Comunità israelitica, divenendo così obbligatoriamente destinatari degli effetti che da tale appartenenza discendono, anche nell'ordinamento statuale, e tutti gli altri cittadini, cui la norma stessa non si applica» (punto n. 7 del *Cons. in Dir.*).

Oltre il tema dell'appartenenza obbligatoria ad una comunità e della sua contrarietà, per gli effetti, obbligatori appunto, che ne discendono, al principio di eguaglianza formale, si inseriscono gli spunti offerti dalla letteratura costituzionalistica italiana che guarda con favore all'emersione di comunità intermedie

---

[23] La letteratura in materia è vastissima. Tra i molti, si ricordano, in questa sede, Fischer (1998, 664 ss.); Friedman Ramirez (Ed.), (2010); Goldstein (1994, 152 ss.); Renteln Dundes (2005).

[24] Così, Corte di Cassazione, sez. VI penale, n. 46300, 26 novembre 2008. Nella giurisprudenza nazionale, sono sorti alcuni casi in cui l'argomento culturale ha trovato spazio nel giudizio sebbene non sia stato, poi, accolto dal giudice. Tra questi, Corte di Cassazione penale, n. 12089, 30 marzo 2012, che interessava il caso di un cittadino di origini marocchine condannato per il delitto di maltrattamenti e lesioni aggravate in danno della figlia dodicenne, percossa quotidianamente quando non era in grado di ripetere perfettamente a memoria versi del Corano; il caso Saleem, Tribunale di Brescia, Corte d'Appello di Brescia e Corte di Cassazione, sez. I penale, n. 6587 del 2010 e il caso Sanaa, Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 2011: in entrambi i casi, si trattava di omicidi d'onore commessi dal padre ai danni delle figlie che rifiutavano di sottostare agli imperativi imposti dalla religione di appartenenza e che frequentavano ragazzi italiani non di fede musulmana. Per un'analisi approfondita del tema nella prospettiva nazionale, si veda Basile (2010).

[25] Barbera (1975, 50 ss.). Sulle comunità intermedie nella dottrina costituzionalistica italiana, si vedano, anche, Rescigno, (1966); Lombardi, (1970).

[26] In tema, D'amico (2015, 1 ss.) e, della stessa A. (2016).

[27] Così, Corte cost. sent. n. 239 del 1984, in *Giur. cost*., 1984, 1727 ss.

alla sola condizione che, però, queste ultime «assicur[i]no meglio la libertà dell'individuo, accrescendone la possibilità di azione, […e] gli consent[a]no di partecipare più consapevolmente alla vita dello Stato in virtù dell'esperienza che l'individuo acquista in queste società che rappresentano e difendono i vari interessi sociali, nei quali interviene poi lo Stato» (C. Mortati, 1971).

Nello stesso senso, si sostiene che «le formazioni sociali sono valorizzate come (e in quanto) luogo di una relazionalità interna, che dia voce ai propri membri e li renda partecipi, ed esterna, che apra cioè a una partecipazione sociale e politica più larga e consapevole» (F. Pizzolato, 2005, 139), ammettendosi, viceversa, l'intervento del potere pubblico a tutela dell'appartenente, in presenza di gravi violazioni dei diritti fondamentali del secondo.

La non funzionalizzazione della comunità, come può essere quella etnico-religiosa, al benessere dell'individuo [28], ossia, detto altrimenti, la conseguente violazione di diritti individuali dell'appartenente a motivo della sua affiliazione collettiva, non risulterebbe quindi conforme ai principi costituzionali, secondo la chiave di lettura «interna» qui proposta, così come non appare convenzionalmente giustificata nel caso pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'abbandono del dogma egualitario quale effetto dell'adesione ad un sistema che affianca all'individuo il gruppo, valorizzando lo *status* personale del primo più quale appartenente alla comunità che non quale individuo ai fini dell'individuazione della legge applicabile, produce, poi, un pressoché ovvio effetto «a cascata» ricadendo su una vasta cerchia di posizioni giuridiche soggettive.

Nella vicenda di *Molla Sali*, questo meccanismo è reso evidente anche dal solo impianto del ricorso che aggancia – oltre che per le note ragioni della non autonomia dell'art. 14 CEDU nel sistema convenzionale – la violazione del principio di non discriminazione agli effetti che questa produce in punto di accesso al giudice, civile in luogo di quello (obbligatorio) confessionale, e di capacità ereditaria e, quindi, in relazione al diritto di proprietà.

Da ultimo, accanto alle criticità che l'avallo di un sistema di *personal law* determina sul piano della tenuta del principio di eguaglianza e di non discriminazione, *Molla Sali c. Grecia* è caso che interessa anche il profilo più specifico della condizione, deteriore, in cui versano le donne musulmane all'interno di tali comunità e, più in generale, quello dello *status* delle minoranze doppie o interne [29].

---

[28] Sul tema e per una preliminare indagine dei rapporti intra-comunitari e sul ruolo del potere pubblico in relazione a questi, si consenta il rinvio a Nardocci (2016).

[29] In tema, Green (1995). Per un approfondimento della critica femminista alla posizione dei comunitaristi, si rinva a Brems (2003, 101 ss.); i contributi raccolti nel volume a cura di Moller Okin (1999);

La prospettiva di genere diviene così un ulteriore angolo dal quale guardare alla vicenda che, in definitiva, non denuncia soltanto e in termini generali il difficile equilibrio, di cui si è detto, tra eguaglianza formale e regimi di tutela differenziale delle minoranze nelle relazioni Stato-comunità minoritarie, ma anche la discriminazione, doppia, sofferta dalle donne, spesso, come in questo caso, destinatarie di leggi personali, che riposano su una costruzione diseguale dei rapporti uomo-donna nella famiglia e nella società.

Non resta allora che attendere la pronuncia della Corte europea che, per la prima volta in modo così esplicito, sarà chiamata a esprimersi sul triplice piano delle relazioni che operano all'interno del gruppo, tra l'appartenente e il gruppo, ed al suo esterno nei rapporti tra appartenente e non appartenente e tra gruppo minoritario e Stato.

5. LA TUTELA DELL'APPARTENENTE DISSIDENTE E IL DIRITTO DI *EXIT*: SPUNTI DAL CASO GRECO

Secondo tema cruciale che emerge da *Molla Sali c. Grecia*, e che induce a ragionare sulle opzioni appannaggio degli ordinamenti chiamati, per ragioni storiche e geopolitiche, a confrontarsi con la diversità etnico-culturale, riguarda le tutele offerte alle minoranze c.d. interne o *double minorities*, ovvero anche agli appartenenti dissidenti, che non intendono conformarsi alle regole che governano la comunità di cui siano membri.

Accanto alle ipotesi in cui analoghe problematiche vengono a realizzarsi in via di prassi (si pensi alle enclavi «di fatto» [30]), la questione si pone in modo pressante soprattutto in quelle ipotesi in cui la comunità minoritaria beneficia, come nel caso della Grecia, di forme di autonomia istituzionalizzate e riconosciute dallo Stato centrale, attraverso il riconoscimento formale dell'applicazione del diritto islamico e della competenza di apparati giurisdizionali confessionali.

Da un punto di vista teorico, il problema della conciliazione tra istanze individuali e comunitarie è stato affrontato da certa letteratura [31] che, al fine di evitare che forme di tutela della minoranza si riverberino negativamente sulla salvaguardia dei diritti umani degli appartenenti, ha appuntato l'attenzione sulla necessità che concorrano tre elementi: la reciprocità di diritti tra membri

---

Olivito (2006).

[30] Il riferimento è alla attuazione in via di fatto di pratiche di derivazione religiosa o culturale indipendentemente dalle opzioni accolte dall'ordinamento giuridico nazionale.

[31] Si veda Kymlicka (1999); Benhabib (2002).

della comunità ed esponenti della maggioranza in attuazione del principio di eguaglianza formale, nel senso che i diritti di cui godono il non appartenente e l'appartenente devono equivalersi (la c.d. condizione di reciprocità o *reciprocity*); l'ascrizione volontaria e non obbligatoria dell'individuo al gruppo [32] (c.d. *self-ascription*); la libertà dell'individuo di fare parte, ma, allo stesso tempo, anche di uscire dal gruppo (il c.d. diritto di *exit*).

Di questi tre elementi, del primo si è detto qualcosa nel paragrafo che precede, ravvisando come il caso in esame palesi un evidente difetto quanto alla condizione della c.d. reciprocità di diritti tra appartenenti e non appartenenti, dal momento che solo i secondi ma non i primi possono vedersi applicata la legge dello Stato e beneficiare del connesso sistema di tutela giurisdizionale nel rispetto dei principi costituzionali e convenzionali.

Quanto al secondo e al terzo, essi appaiono intimamente connessi demandando entrambi ad una libera scelta individuale sia l'ingresso *nella* sia l'uscita *dalla* minoranza.

Nel caso di *Molla Sali*, e senza voler qui indugiare sull'intricato tema dell'ascrizione individuale della ricorrente alla minoranza musulmana, si pone un problema di uscita dal gruppo che si concretizza, da un lato, nella volontà di non vedersi applicato nei propri confronti il diritto islamico e, dall'altro, nella viceversa obbligatoria giurisdizione del *mufti*, che riposa sull'insussistenza di un effettivo diritto di opzione, ossia di scelta, tra giurisdizione civile e confessionale. L'uscita dal gruppo, nel caso in esame, potrebbe infatti assumere la forma di un temporaneo non assoggettamento ai dettami comunitari attraverso, per esempio, la facoltà di optare per la legge civile in luogo di quella religiosa. In questo modo, il sistema di parallela tutela giurisdizionale conoscerebbe delle interferenze reciproche date dal passaggio, ammesso, dall'una all'altra giurisdizione, agito su base volontaria e rimesso all'autodeterminazione dell'appartenente. Viceversa, l'obbligatoria giurisdizione del *mufti*, ribadita dalla Corte di Cassazione greca, incide su entrambi gli elementi o condizioni sopra richiamati: alla ricorrente non è consentito optare per il giudice civile e, quindi, uscire dal gruppo; allo stesso tempo, la ricorrente non può non essere considerata appartenente alla comunità, a motivo delle sue ineliminabili caratteristiche identitarie.

[32] Nello stesso senso si muove il diritto internazionale dei diritti umani. Si veda, anzitutto, l'art. 3 della Convenzione Quadro per la protezione delle minoranze nazionali che prevede che «[o]gni persona appartenente ad una minoranza nazionale ha il diritto di scegliere liberamente di essere trattata o di non essere trattata come tale e nessun svantaggio deve risultare da questa scelta o dall'esercizio dei diritti che ad essa sono legati». Interessante ricordare, viceversa, come obbligatoria fosse l'ascrizione del singolo individuo alla minoranza ebrea ai tempi del regime fascista; era, in altri termini, lo Stato a stabilire chi fosse o meno ebreo e, quindi, appartenente al gruppo. Si veda, in questo senso, l'art. 8 del R. D. L. n. 1728 del 1938, *Provvedimenti in difesa della razza.*

Ne deriva un regime di tutela minoritaria che frustra la posizione giuridica soggettiva della ricorrente e che esclude un qualsiasi intervento del potere pubblico a tutela dell'appartenente alla comunità che, però, voglia sottrarsi alla lesione di diritti pure costituzionalmente garantiti dall'ordinamento di cui è cittadina. Le decisioni dei *mufti*, infatti, oltre a non poter essere sottoposte a riesame, sono inoltre sottratte al sindacato di costituzionalità, che si arresta al cospetto della comunità per effetto dell'autonomia che lo Stato centrale ha riconosciuto alla minoranza musulmana. Il tema dei limiti, come nel caso in esame, cui soggiace il controllo di costituzionalità è, infatti, un ulteriore angolo prospettico dal quale indagare le problematiche che circondano l'autonomia quale sistema di tutela minoritaria.

L'insieme delle criticità di cui si è sinteticamente dato conto [33] è stato, tuttavia, preso in considerazione di recente dal legislatore greco che, all'indomani dell'udienza pubblica dinanzi alla Grande Camera del dicembre del 2017, ha approvato un testo di legge di riforma del sistema dei *mufti*, che si propone di intervenire proprio sul diritto di opzione e sulle relazioni tra i due sistemi di tutela giurisdizionale.

Anzitutto, la disciplina di recente introduzione – legge n. 411 del 2018 – ha aggiunto una disposizione (par. 5) all'art. 4 della legge n. 1920 del 1991, a norma della quale è stato stabilito il requisito della previa e concorrente volontà di entrambe le parti per radicare la giurisdizione confessionale. Alla obbligatorietà della *Sharia* e della giurisdizione confessionale quale conseguenza della qualità o *status* personale dell'individuo/appartenente si sostituisce, quindi, un meccanismo volontario, che fa dell'accordo tra le parti, che per le loro caratteristiche identitarie potrebbero vedersi applicato il diritto islamico, il presupposto a fondamento della competenza giurisdizionale del *mufti*. La modifica legislativa ha, inoltre, stabilito che in materia successoria si applica la legge dello Stato, fatta salva l'ipotesi in cui il *de cuius* disponga con testamento, redatto conformemente alle norme civilistiche, di assoggettare i propri bene alla *Sharia*.

In termini più generali, pertanto, può dirsi che con la nuova normativa, la Grecia ha previsto un meccanismo funzionale ad assicurare l'esercizio del diritto di opzione tra la giurisdizione civile e quella confessionale per coloro che appartengano alla minoranza musulmana insediata nella Tracia occidentale, rimettendo ad un accordo tra le parti la scelta del primo ovvero del secondo sistema giurisdizionale.

[33] In letteratura, si è occupato in modo specifico dell'ordinamento greco e di quello israeliano che condivide con il primo un sistema di tutela giurisdizionale parallela, religiosa e civile, SHACHAR (2001).

La legge, infine, ha demandato ad un apposito decreto – la cui bozza è stata presentata nel settembre di quest'anno – la riforma di alcuni aspetti procedurali del *mufti system*, allo scopo di renderne conforme il procedimento ai principi convenzionali in materia di giusto processo.

Il decreto prevede, in particolare, che entrambe le parti debbano essere rappresentate e difese da un avvocato (art. 5); che le decisioni del *mufti* siano rese in forma scritta e che ne sia data pubblicità (art. 6); che il procedimento, infine, si svolga in lingua greca (art. 10).

Di maggiore interesse nella prospettiva del bilanciamento tra tutela minoritaria e salvaguardia dei diritti individuali è, poi, la previsione di un controllo di convenzionalità e di costituzionalità da svolgersi *ex ante*, demandato ad un tribunale civile di prima istanza chiamato a rendere esecutivo il provvedimento del *mufti* a condizione della sua conformità ai principi costituzionali e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 13).

Il progetto di riforma, descritto nei suoi tratti essenziali, sembra così ovviare alle criticità alla base del ricorso introdotto da *Molla Sali*, contribuendo a distanziare la Grecia dalle soluzioni invalse nell'ambito di altri ordinamenti giuridici a maggioranza non musulmana, che analogamente prevedono sistemi di parallela tutela giurisdizionale [34], accrescendo, almeno in teoria [35], la libertà di scelta dei cittadini di religione musulmana.

Il riferimento è, anzitutto, ad Israele [36], dove il diritto di opzione tra la giurisdizione civile e quella confessionale opera limitatamente ad alcune materie, ma non, invece, con riguardo ad istituti quali il matrimonio e il divorzio; all'India, dove la scelta in favore della celebrazione del matrimonio religioso preclude l'assoggettamento del divorzio alla legge dello Stato.

---

[34] Per un approfondimento in prospettiva comparata dei tre ordinamenti si rinvia a Sezgin (2013).

[35] Sul punto, sono interessanti le riflessioni di Sezgin Y. sull'effettivo successo della riforma avviata, che così osserva: «[i]f ex ante constitutional review can be conducted properly and effectively, for this to happen, […]: the Court of Cassation […] must change its essentialist and discriminatory attitude towards Thracian Muslims and the mufti system; judges from the minority should be represented in the civil judiciary; civil judges in Thrace should be trained in Islamic law; procedural and substantive Islamic laws should be codified (or «ascertained»); and mufti decisions should be fully translated into Greek, including case details, evidence, rules, etc. Alternatively, as mentioned earlier, a special court of appeal can be set up to review mufti decisions, rather than asking civil judges and courts to do that.). If Muslim Thracians can effectively utilize the concurrent system […] the following conditions must be satisfied: the government must recruit judges from the minority to civil courts; work with civil society to set up legal aid clinics that will help women and other underserved groups lodge cases in civil courts; increase awareness of civil option among communities in the region; and provide pro bono translation services; If every individual appearing before mufti is represented by a lawyer and those who cannot afford it are appointed pro bono legal counsel».

[36] Scolnicov (2006, 732 ss.); Sezgin (2010, 631 ss.).

In definitiva, la riforma incide sulle modalità di accomodamento della minoranza musulmana, sperimentando un tentativo di composizione del conflitto intra-comunitario, che passa dal riconoscimento di un diritto di «uscita» dal gruppo da fare agire tramite l'esercizio della facoltà di opzione tra la giurisdizione civile e quella religiosa. Non meno importante, in questo senso, in ipotesi di scelta operata in favore della giurisdizione confessionale, è inoltre la già menzionata previsione di un controllo di costituzionalità preventivo, strumentale, almeno nelle intenzioni degli estensori della riforma, a garantire l'armonica composizione di conflitti tra diritto di famiglia islamico e principi costituzionali (e convenzionali).

6. DOVE STIAMO ANDANDO? RIFLESSIONI CONCLUSIVE IN ATTESA DELLA PRONUNCIA DELLA GRANDE CAMERA

Che cosa attendersi allora dalla Grande Camera?

Non si ritiene che *Molla Sali c. Grecia* avrà altro epilogo se non quello dell'accertamento delle violazioni lamentate dalla ricorrente, né pare sussistano profili in punto di inammissibilità, che possano sospingere il Giudice europeo ad arrestare il suo scrutinio prima del merito della vicenda. Entrambe le condizioni poste dall'art. 35 CEDU, la qualità di vittima e il previo esaurimento delle vie di ricorso interno, paiono sussistere nel caso di specie così come le denunciate lesioni del diritto di accesso al giudice e del diritto di proprietà, da soli e in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione.

Certo, non può escludersi a priori che la Grande Camera valorizzi la dimensione geopolitica e le ragioni storiche che hanno concorso a delineare la conformazione e regolamentazione attuale dei rapporti tra la minoranza musulmana e lo Stato facendo retroagire le proprie censure in favore di un utilizzo più o meno massiccio del margine di apprezzamento, ma le modifiche legislative già introdotte dallo Stato greco potrebbero indurla a pronunciarsi nel senso dell'accertamento delle doglianze senza troppi timori di eccessiva ingerenza. L'intervento del legislatore nazionale nelle more del procedimento non si ritiene decisivo ai fini dello scrutinio del Giudice europeo, qualora questo si risolva nell'accertamento delle violazioni dedotte, in considerazione della tendenza della Corte di Strasburgo a circoscrivere il proprio sindacato al tempo di introduzione del ricorso [37].

[37] Si pensi, quali esempi di simile impostazione, ECtHR, [Prima Sezione], *Orlandi e altri c. Italia*, n. 26431/12 et al., 14.12.2017, ma anche ECtHR, [GC], *S. H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, 3.11.2011.

Di maggiore interesse sarà, in caso di sindacato sul merito, invece verificare se e come la Grande Camera valorizzerà la dimensione discriminatoria su cui si innestano tutte le doglianze e che si pone al fondo dell'intero impianto del ricorso [38]. Ancora, in un approccio sensibile alla prospettiva di genere, se emergerà il profilo della intersezionalità ovvero se, come forse più probabile, la valutazione della Corte si fermerà prima dell'accertamento della discriminazione a sfondo religioso, lasciando sullo sfondo il tema della specificità del caso in esame sotto il profilo della discriminatorietà della *Sharia*, magari dichiarando assorbite le censure nei confronti dell'art. 14, almeno quanto alle regole in materia successoria e quindi in relazione all'art. 1, Protocollo n. 1, CEDU.

Con riferimento poi ai diritti delle minoranze, sarà interessante osservare se la Corte di Strasburgo integrerà il proprio scrutinio avvalendosi della Convenzione Quadro per la protezione delle minoranze nazionali, che costituisce uno dei più importanti Trattati sui diritti delle minoranze nel sistema del Consiglio d'Europa e che potrebbe ampliare il ragionamento della Corte affrontando i profili che più direttamente investono gli equilibri intra-statuali, tra Stato e minoranza, e intra-comunitari, tra minoranza e individuo. In questo senso, il caso pone le basi per nuove suggestioni sull'opportunità di un'evoluzione e di un ripensamento delle strategie di tutela minoritaria che muovano da un *focus* sul gruppo, quale entità primigenia e unica di salvaguardia, e caratterizzanti le forme di tutela minoritaria sviluppatesi e sperimentate a partire dal primo secondo dopoguerra, per definire nuove modalità di protezione che integrino i meccanismi tradizionali, prendendo in considerazione la posizione giuridica soggettiva dei singoli appartenenti e le esigenze delle c.d. minoranze interne o doppie, troppo spesso dimenticate ovvero ingiustamente assimilate alla condizione di colui che vuole uscire, magari definitivamente dal gruppo.

Da ultimo, l'auspicio è che la Corte, oltre l'accertamento delle violazioni, sappia affrontare il tema, complesso, che le viene sottoposto secondo un approccio, che tenga separato il piano relativo alla confessione religiosa, da un lato, e quello afferente al modello istituzionale e normativo realizzato in attuazione del diritto islamico, che è altra cosa, senza che ciò comporti necessariamente l'identificazione del primo con i secondi. Una sovrapposizione non soltanto errata, ma che, in tempi in cui gli sforzi dovrebbero spingere nella direzione del confronto, rischia di sbarrare la strada ad un già difficile dialogo tra due mondi che l'oggi, piaccia o meno, chiama a parlarsi sempre di più.

[38] La Grecia, peraltro, non ha ratificato il Protocollo n. 12 alla Convenzione, come si evince anche dall'omessa indicazione dell'art. 1 nel ricorso; diversamente ancora più forte sarebbe stata la costruzione della doglianza e inevitabile, forse, per la Corte di Strasburgo affrontare in modo autonomo il tema della diseguaglianza.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Basile, F. (2010), *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano.

Benhabib, S. (2002), *The claims of culture: equality and diversity in the global era*, Princeton University Press, Princeton.

Brems, E. (2003), «Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voicec in Human Rights Discourse», in Lockwood, B. B. (a cura di) *Women's Rights: a «Human Rights Quarterly» Reader*, Johns Hopkins University Press, Baltimora, 101 ss.

Crenshaw, K. (1991), «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color», *Stanford Law Review*, 1241 ss.

— (1989), «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Form*, 57 ss.

D'Amico, M. (2015), «Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali», *Rivista AIC*, 1 ss.

— (2016), *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano.

Erk, J. (2015), «Non-territorial Millets and Autonomy in the Ottoman Empire», in Palermo, F.; Malloy, T. H. (a cura di), *Minority Accommodation through Territorial and Non-Territorial Autonomy*, Oxford University Press, Oxford, 119 ss.

De Sousa Santos, B. (1987), «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», *Journal of Law and Society*, 279 ss.

Facchi, A. (2005), «Prospettive attuali del pluralismo normativo», *Jura Gentium*, *www.juragentium.org/topics/rights/it/facchi.htm.*

Fischer, M. (1998), «The Human Rights Implications of a 'Cultural Defense'», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 664 ss.

Friedman Ramirez, L. (a cura di) (2010), *Cultural Issues in Criminal Defense*, Juris Publishing, Hungtinton.

Goldstein, T. F. (1994), «Cultural Conflicts: Should the American Criminal Justice System formally Recognise a «Cultural Defense»?», *Dickinson Law Review*, 152 ss.

Green, L. (1995) «Internal Minorities and their Rights», in AA. VV., *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press.

Kontogiorgi, E. (2006), *Population Exchange in Greek Macedonia*, Oxford University Press, Oxford.

Kymlicka, W. (1999), *Cittadinanza Multiculturale*, Il Mulino, Bologna.

Malloy, T. H.; Palermo, F. (a cura di) (2015), *Minority Accommodation through Territorial and Non-Territorial Autonomy*, Oxford University Press, Oxford.

MARKOVITI, M. (2017), *The ECtHR as a Venue for Greco-Turkish Relations: The Treaty of Lausanne and the Muslim Minority in Western Thrace*, Working Paper no. 3, Mobilise GrassRoots.

MERITXELL, M., «Compatibility of Sharia law with the European Convention on Human Rights: can States Parties to the Convention be signatories of the 'Cairo Declaration'?», *Introductory memorandum*.

MOLLER, OKIN S. (1999), *Is Multiculturalism Bad for Women*, Princeton University Press, Princeton.

MORTATI, C. (1971), *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Eri, Torino.

NARDOCCI, C. (2016), *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Edizioni Scientifiche, Napoli.

NIMNI, E. (2007), «National – Cultural Autonomy as an Alternative to Minority Territorial Nationalism», *Ethnopolitics*, 345 ss.

OLIVITO, E. (2006), *Minoranze culturali e identità multiple. I diritti dei soggetti vulnerabili*, Aracne, Roma.

PIZZOLATO, F., «Formazioni e... deformazioni sociali», *Quaderni costituzionali*, 2005, 137 ss.

RENTELN DUNDES, A. (2005), *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Oxford.

RINELLA, A., CAVALCANTI, M. F. (2017), «I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 69 ss.

RINELLA, A., (2019), «Pluralismo giuridico e giurisdizioni religiose alternative», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1005 ss.

SCOLNICOV, A. (2006), «Religious law, religious courts and human rights within Israeli constitutional structure», *International Journal of Constitutional* Law, 732 ss.

SEZGIN, Y. (2010), «The Israeli Millet System: Examining Legal Pluralism through Lenses of Nation-Building and Human Rights», *Israel Law Review*, 631 ss.

— (2013), *Human Rights under State-Enforced Religious Family Laws in Israel, Egypt and India*, Cambridge University Press, Cambridge.

— (2018), «Muslim Family Laws in Israel and Greece: Can Non- Muslim Courts Bring about Legal Change in Shari'a?», *Islamic law and society*, 235 ss.

SHACHAR, A. (2001), *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights (Contemporary Political Theory)*, Cambridge University Press, Cambridge.

TSITSELIKIS, K. (2012), *Old and new Islam in Greece: from historical minorities to immigrant newcomers*, Martinus, Nijhoff.

— (2013), «A surviving Treaty: The Lausanne Minority protection in Greece and Turkey», in Henrard, K. (a cura di), *The Interrelation between the Right to Identity of Minorities and their Socio-economic Participation*, Martinus Nijhoff, 287 e ss.

IL DIRITTO DI LIBERTÀ RELIGIOSA NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO TRA CARTE E CORTI

ANGELA VALLETTA*
Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'art. 19 della Costituzione italiana quale norma di riconoscimento delle modalità di esercizio della libertà di religione. 3. Il rapporto tra Convenzione e Corti nel sistema delle fonti. 4. I diritti tutelati dall'art. 9 CEDU. 5. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

La tutela internazionale della libertà di coscienza e di religione trova oggi fondamento in Europa nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tutela che ha assunto importanti e nuovi significati soprattutto in seguito al fenomeno migratorio. Il periodo storico contraddistinto da avvenimenti drammatici che ha anticipato l'entrata in vigore della Convenzione, stipulata a Roma nel 1950, ha fatto maturare l'idea che i confini in cui deve operare il principio di sovranità statale devono essere abbattuti per creare nuovi spazi dove far agire la responsabilità dei soggetti di diritto internazionale.

* Dottore di ricerca in «Ordine Internazionale e tutela dei diritti individuali, settore libertà religiosa». Professore di Diritto Ecclesiastico presso la SSPL della Università degli Studi della Campania «L. Vanvitelli».

Tali soggetti, almeno nei casi di violazioni più gravi, possono essere chiamati a risponderne fuori dai confini giuridici dell'ordinamento interno. Ciò consente un controllo maggiore e continuo per tutti i tipi di inadempimenti e non solo per quelli più gravi compiuti da parte degli Stati aderenti, abbandonando via via una prassi che di certo non garantiva un rispetto dei diritti fondamentali. La loro tutela effettiva è rappresentata non solo dalla nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite ma soprattutto dal Trattato di Londra, firmato nel 1949 da dieci Paesi europei (Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Norvegia, Svezia, Regno Unito) che istituisce il Consiglio d'Europa con lo scopo di attuare una sinergia sempre più forte tra i suoi membri anche mediante la tutela e la promozione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Con specifico riguardo al diritto ecclesiastico si può tranquillamente affermare che ormai è diventato, nell'attuale panorama socio – politico – culturale, una materia chiamata sempre di più a disciplinare normativamente i rapporti tra lo Stato e le diverse Confessioni religiose che oggi si pongono prepotenti all'attenzione dei singoli Governi nazionali. Ciò è assolutamente amplificato dalla consapevolezza che la giurisprudenza della Corte Europea riveste un ruolo sempre più incisivo in relazione sia alla tutela delle libertà che alla garanzia del pluralismo, con riferimento particolare all'art. 9 della Convenzione che tutela le libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

2. L'ART. 19 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA QUALE NORMA DI RICONOSCIMENTO DELLE MODALITÀ DI ESERCIZIO DELLA LIBERTÀ DI RELIGIONE

Nell'art. 19 della Costituzione si riconosce la natura della libertà religiosa quale diritto fondamentale dell'uomo e, quindi, in alcun modo limitabile se non nei riti contrari al buon costume, concetto legato al tempo in cui si vive e perciò condizionato da fattori antropologici piuttosto che politici. L'ampia formulazione della norma è indice dell'importanza che da sempre il diritto di libertà religiosa riveste nelle dinamiche costituzionali [1].

Una lettura combinata dell'art. 19 Cost. con l'art. 8 comma 1 della Carta dà la misura del progresso istituzionale raggiunto dalla presenza del plurali-

[1] Per un approfondimento si veda Fuccillo (2005); Fuccillo (2017); Ferrari (2011); Nussbaum (2000); Honneth (2011).

smo religioso nel territorio della Repubblica italiana che riconosce a tutte le confessioni religiose eguali spazi di libertà [2].

Occorre affermare che il vasto campo della libertà religiosa non si esaurisce in un diritto compiuto perché equivarrebbe a limitarla. Essa infatti è più ampia e ricomprende comportamenti e ritualità che non sempre sono di stretta pertinenza del diritto [3].

L'art. 19 della Costituzione riconosce quindi ad ogni individuo il diritto di professare la propria fede religiosa, compiere atti di culto ed esercitare i propri riti. É una libertà dei singoli, piena e non comprimibile in stereotipi già preconfezionati o conformati al costume sociale della maggioranza.

Il secondo valore di base a cui la norma in esame fa riferimento, ossia in qualsiasi forma individuale o associata, si collega direttamente al riconoscimento della libertà di coscienza, intesa come il diritto ad essere se stessi [4]. La Costituzione prevede quindi non solo il diritto di pensare ma anche il diritto di condotta, esercitando scelte che si ripercuotono nell'alveo giuridico, economico e sociale. Le obiezioni di coscienza si collocano proprio in tale ambito, garantendo ai fedeli il diritto di disobbedienza civile in ossequio alla possibilità di credere e osservare [5].

La norma in esame garantisce anche il cosiddetto diritto al proselitismo religioso che consiste nel diritto dei fedeli di convincere gli altri ad unirsi al loro gruppo e quindi anche a cambiare fede religiosa. Diritto che oggi non viene più percepito come disvalore sociale ma rientra a pieno titolo nelle forme di esercizio della libertà religiosa.

Nell'ultima parte, invece, la norma costituzionale vuole proteggere la ritualità religiosa, riconoscendo il diritto di esercitarla sia in privato che in pubblico. Il solo limite imposto del buon costume, riferito ai riti che in qualche misura ledano la sensibilità della popolazione nel momento storico in cui si verificano, testimonia l'idea di svincolare da qualsiasi limitazione di ordine pubblico.

La formulazione dell'art. 19 Cost. si atteggia, dunque, quale norma di riconoscimento non della libertà di religione, che è insita in ogni essere umano, ma delle modalità di esercizio di essa che appaiono ampie, ma che certamente vanno commisurate anche alle altre libertà inserite nella grande Carta dei diritti. Di qui il paradosso delle società moderne, ove da un lato si garantisce il diritto di libertà religiosa mentre dall'altro ne è impedito l'esercizio pie-

[2] Per un approfondimento si veda Colaianni (2006).
[3] Per un approfondimento si veda fuccillo (2018).
[4] Per un approfondimento si veda Nussbaum (2009).
[5] Per un approfondimento si veda Fuccillo (2018).

no che deve rapportarsi con la laicità del diritto e delle istituzioni, le quali devono essere in grado di distinguere ciò che costituisce una forma istituzionalizzata della religione da ciò che riguarda, invece, il patrimonio storico della società [6]. Non appaiono così sempre ben definite le forme di esercizio della libertà religiosa sia dei gruppi che dei singoli. Credere vuole spesso significare appartenere e quindi obbedire a imperativi normativi di genesi fideistica, identificabili con termini spesso mutuati anche dal diritto statale, al quale però non tutti riconoscono eguali significati. Il conflitto può sorgere quindi tra contenuti della norma di produzione civile e il senso che all'istituto regolamentato viene attribuito dai soggetti che devono eseguirlo.

L'appartenenza religiosa spinge, ad esempio, il fedele anche a rivolgersi per le proprie necessità alle corti religiose e ad accettare come vincolanti i loro pronunciati, contribuendo così alla produzione del diritto vivente. Ciò consentirebbe una potenziale eguale utilizzazione degli strumenti giuridici e quindi di reali pari opportunità che non discriminerebbero alcuno sulla base delle sue credenze ed appartenenze religiose.

Le dichiarazioni di riconoscimento della libertà religiosa contenute nelle Carte dei diritti andrebbero rese effettive garantendo a chiunque le stesse opportunità, partendo dai bisogni quotidiani della vita di ciascuno. Così operando si porrebbero argini alla deriva che tali fondamentali diritti hanno negli attuali tempi di crisi, trasformando la libertà religiosa da libertà spaventata a libertà effettiva per tutti [7].

3. IL RAPPORTO TRA CONVENZIONE E CORTI NEL SISTEMA DELLE FONTI

L'incidenza della Convenzione negli ordinamenti degli Stati membri dipende sia dalla sua rilevanza nel sistema delle fonti sia dagli effetti della giurisprudenza di Strasburgo.

Ogni qualvolta si tratti di applicare una o più disposizioni della Convenzione viene ad aprirsi la problematica inerente la sua efficacia nell'ordinamento interno [8], aspetto che può essere analizzato da diversi punti di vista. É possibile infatti fare riferimento all'applicazione della Convenzione da parte del giudice nazionale al fine di garantire con gli strumenti propri dell'ordinamento

[6] Per un approfondimento si veda Maclure, Taylor (2013).

[7] Per un approfondimento si veda Dal Canto, Consorti, Panizza (2016).

[8] Per un approfondimento si veda Monaco (1989); Zanon (2006); Cassetti (2012); De Salvia, Zagrebelsky (2006).

interno la tutela dei diritti e delle libertà convenzionali [9]. Quando si tratta di applicabilità diretta della Convenzione [10] si è soliti riferirsi ad un altro e diverso aspetto dei rapporti tra fonti interne e internazionali che coinvolge il ruolo dell'interprete chiamato a risolvere il contrasto tra normativa statale e disposto convenzionale in relazione alla collocazione sistematica di quest'ultimo all'interno del sistema delle fonti, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo che pertanto vede prodursi i propri effetti negli ordinamenti degli Stati membri [11]. Passi avanti si sono certamente fatti dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione [12] e in particolare dopo la modifica dell'art. 117 che, nella formulazione attuale (1° c.), subordina l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali [13]. Con l'introduzione di questo limite generale [14], potrebbe dirsi superato almeno uno degli aspetti del problema, vale a dire la questione teorica concernente il rango della Cedu nell'ordinamento interno [15], poiché sotto questo profilo la citata riforma costituzionale si muove nel solco già tracciato dall'orientamento della Consulta che aveva riconosciuto la natura di legge atipica rinforzata alla legge di esecuzione della Convenzione, 4 agosto 1955 n. 848 [16]. Affrontando invece la questione pratica che si pone all'interprete quando rilevi un'antinomia (non componibile in via ermeneutica) tra normativa interna e Convenzione, i problemi si pongono qualora la disposizione incrimi-

[9] In particolare in relazione al principio di sussidiarietà e all'art. 13 Conv. o alla opportunità, evidenziata dalle conferenze di Interlaken e İzmir, che gli Stati membri si dotino di strumenti giurisdizionali specifici e agili per consentire a chi alleghi di essere stato vittima di una violazione di far valere le proprie pretese davanti alle autorità nazionali.

[10] Per un approfondimento si veda Celotto, Pistorio (2010), Ruggeri (2010).

[11] Per un approfondimento si veda Ruggeri (2011); Conti (2011); Falzea, Spadaro, Ventura (2003).

[12] Si tratta dell'intervento operato con L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, «Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione», pubbl. in GU n. 248 del 24 ottobre 2001. Alla riforma del 2001 è stato dato seguito con la legge di adeguamento 5 giugno 2003, n. 131, «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3», pubbl. in GU n. 132 del 10 giugno 2003 (c.d. legge La Loggia).

[13] Ad attuazione del rinnovato art. 117 Cost. il legislatore ha poi previsto, all'art. 1 c. 1 della citata legge La Loggia, che «costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali». Sulla formulazione precedente dell'art. 117, che elencava le materie di competenza legislativa regionale e definiva quindi la competenza statale in via generale e residuale, ricorrendo a un modello opposto e reciproco rispetto a quello che ispira l'attuale art. 117.

[14] Per un approfondimento si veda Caretti (2003).

[15] Per un approfondimento si veda Cartabia (2007).

[16] Per un approfondimento si veda Guazzarotti (2003).

nata abbia rango di fonte ordinaria e sia stata emanata dopo l'entrata in vigore della citata legge di esecuzione della Cedu [17]. In simili casi o al giudice è consentito disapplicare la norma interna, oppure questi è tenuto a sollevare giudizio di costituzionalità utilizzando quale referente costituzionale l'art. 117 c. 1 e quale parametro di legittimità sostanziale il disposto della Cedu che, in virtù della riforma del 2001, contribuisce ad integrare il rinvio. Qualora infatti la normativa in presunto contrasto con la Convenzione sia anche incostituzionale, il giudice si vedrà senz'altro impedita la semplice disapplicazione della stessa, perché altrimenti sarebbe sufficiente allegare un contrasto con la Cedu per aggirare il sindacato accentrato di legittimità costituzionale, e non avrà altra strada se non ricorrere alla Consulta invocando eventualmente quale parametro di legittimità (in aggiunta alle altre disposizioni della Carta rilevanti nel caso di specie) anche l'art. 117 c. 1. L'alternativa tra disapplicazione della norma interna incompatibile con la Cedu e rimessione della questione di costituzionalità *ex* art. 117 al Giudice delle leggi si pone, allora, solo quando nel caso di specie la sfera di tutela riconducibile alla Cedu non sia completamente compresa in quella già garantita dalla Costituzione ma si estenda al di là di essa. Si tratta di un'ipotesi non frequentissima, poiché da un lato la Cedu si propone di garantire in tutti gli Stati membri l'esistenza di uno standard comune e pertanto appresta una tutela minimale, generalmente meno ampia di quella riconducibile alle moderne costituzioni democratiche; dall'altro, tutti i diritti assistiti dalla protezione convenzionale, in quanto diritti fondamentali, trovano tutela anche per mezzo della clausola aperta di cui all'art. 2 Cost., anche se non espressamente menzionati nel corpo della Carta del 1948. Di fronte a questa alternativa la giurisprudenza italiana della Corte di Cassazione, dando seguito ad un orientamento già emerso in alcune pronunce di merito, si è inizialmente espressa nel senso che il giudice comune abbia il potere di disapplicare la norma interna non compatibile con la Cedu, ricorrendo a un meccanismo non dissimile da quello operante per il diritto dell'Unione dotato di efficacia diretta che come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale al termine di un lungo dissidio con la Corte di Lussemburgo [18] prevale sul diritto interno incompatibile imponendone la disapplicazione. Di opinione diversa è stata però la Corte Costituzionale che ha applicato il tradizionale schema dualistico e ha affermato l'obbligo per il giudice comune di sollevare questione di

[17] Per un approfondimento si veda Conforti (2008).

[18] La composizione si è avuta dopo alterne vicende con la sentenza Granital: Corte cost., sent. 5-8 giugno 1984, n. 170, pubbl. in GU n. 169 del 20 giugno 1984, e in Giur. cost., 1984, pp. 1098 ss.

legittimità costituzionale avendo a parametro l'art. 117 c. 1 Cost. come integrato dalle disposizioni convenzionali rilevanti nel caso di specie.

Nelle ormai notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007 [19] la Corte ha portato chiarezza in un quadro giurisprudenziale non sempre limpido e ormai inadatto a confrontarsi con i mutati referenti costituzionali, esprimendosi sulla portata dell'art. 117 c. 1 Cost. nella parte in cui menziona i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. La Corte ha cercato di risolvere la questione facendo specifico riferimento alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo vincolando l'attività dell'interprete. Infatti quest'ultimo sarà tenuto, qualora rilevi un contrasto insanabile tra normativa interna e Convenzione Europea, o anche qualora abbia un dubbio sull'esistenza del contrasto, a sollevare questione incidentale di costituzionalità in riferimento all'art. 117 c. 1 poiché, in forza del rinvio ivi disposto ai vincoli di diritto internazionale, le disposizioni della Convenzione assumono rango sub-costituzionale e integrano il parametro di costituzionalità fungendo da norme interposte. A queste precisazioni di carattere generale la Corte ha poi aggiunto alcuni importanti corollari. Da una parte, ha fatto ricorso alla costruzione teorica dei cosiddetti controlimiti [20] per affermare che le disposizioni della Cedu sono in grado di fungere da norme interposte solo a condizione che esse non siano a loro volta in contrasto con la Costituzione; dall'altra, ha specificato che il diritto convenzionale rileva (e quindi opera) così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che pertanto, anche sotto questo profilo, vede precisati una volta di più i confini di rilevanza della propria attività ermeneutica.

Da una lettura combinata delle succitate sentenze emergevano però alcune imprecisazioni che hanno dato luogo ad equivoci riguardo l'individuazione della materia costituzionale che può fungere da controlimite alla rilevanza interna della disciplina convenzionale. Se nella sentenza n. 349 la Corte è sembrata applicare di diritto la tutela garantita in relazione al singolo diritto che fruisca di doppia garanzia (costituzionale e convenzionale), nella sentenza n. 348 è parsa invece immaginare un bilanciamento tra elementi eterogenei: da una parte il diritto tutelato dalla Cedu, dall'altra, tutti gli interessi costituzionalmente protetti. Il risultato è che le sole disposizioni costituzionali fungerebbero da controlimiti all'applicabilità interna della Cedu.

---

[19] Corte cost., sentt. 22-24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, entrambe pubbl. in GU 1.ª s.s. n. 42 del 31 ottobre 2007. Le due sentenze muovevano da giudizi a quibus diversi per materia: l'uno riguardante i criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, l'altro la valutazione del danno a fini risarcitori nella c.d. occupazione acquisitiva. Per un approfondimento si veda Salazar, Spadaro (2009).

[20] Per un approfondimento si veda Conforti (2008); Branca (2014).

Queste apparenti contraddizioni interne, che per alcuni aspetti hanno certamente contribuito a complicare ulteriormente il quadro, sembrano avere avuto delle ricadute anche in seguito, poiché da una parte si è registrato un atteggiamento dei giudici comuni non pienamente rispettoso della ricostruzione operata nel 2007 dalla Corte [21]. Un esempio fra tutti è la sentenza n. 80 del 2011 [22] nella quale la Corte Costituzionale si è autoproclamata a protagonista nel processo di tutela, implementazione e consolidamento nell'ordinamento italiano dei diritti garantiti dalla Cedu, affermando così non solo il proprio primato sui giudici comuni che sono stati in questo modo privati di strumenti di disapplicazione della norma interna contrastante con la Convenzione, potenzialmente utilizzabili per aggirare il sindacato ordinario di legittimità costituzionale, ma al contempo ha voluto ricondurre alla propria competenza, mediante la teoria dei controlimiti, anche il potere di ampliare o restringere l'apertura dell'ordinamento costituzionale nei confronti del diritto di origine convenzionale, onde evitare che il primo corra il rischio di essere permeato da contenuti giuridici elaborati esternamente all'ordinamento interno [23]. Per dovere di completezza, quantomeno al fine di evidenziare le problematiche di maggior rilievo, è necessario rivolgere lo sguardo anche all'ordinamento dell'Unione Europea, poiché in materia di diritti fondamentali è di tutta evidenza la formazione di una rete a livello sovra – e inter-nazionale, che presenta una configurazione specifica e particolarmente complessa nel contesto europeo, anche in virtù della progressiva parziale sovrapposizione dei sistemi giuridici e delle giurisprudenze che fanno capo all'Unione e alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [24]. Questo processo ha interessato, tra gli altri, anche il diritto di libertà religiosa, attirando da tempo anche l'attenzione della dottrina ecclesiasticistica [25].

Se infatti l'Unione Europea non nasce con attribuzioni specifiche in materia di tutela dei diritti fondamentali, è tuttavia osservabile come gli organi comunitari, il primo riferimento è alla Corte di giustizia, abbiano progressivamente sviluppato una maggiore sensibilità verso la tutela dei diritti in esame. Con particolare riferimento alla tutela del diritto di libertà religiosa vi sono stati atti normativi europei che hanno preso in considerazione anche l'elemento religioso in modo specifico, rendendosi così necessario l'intervento della Corte di Lus-

[21] Per un approfondimento si veda Ruggeri (2011).
[22] Corte cost., sent. 7-11 marzo 2011, n. 80, pubbl. in GU 1.ª s.s. n. 12 del 16 marzo 2011.
[23] Per un approfondimento si veda Ruggeri (2011).
[24] Per un approfondimento si veda Bilancia (2008); Butturini (2009).
[25] Per un approfondimento si veda Durisotto (2016).

semburgo [26]. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [27], sotto questo profilo, ha introdotto ulteriori elementi di complessità in un panorama che era andato formandosi lasciando non pochi angoli bui, e che tuttora non può dirsi compiutamente definito: a mo' di esempio, rimanendo nei confini propri dell'oggetto specifico di questa ricerca, si può rilevare come, con riguardo alla tutela della libertà religiosa nella sua dimensione organizzata, tematica che si intreccia inevitabilmente con quella concernente i rapporti tra Stati e formazioni religiose, l'interprete sia ora costretto a confrontarsi con proposizioni normative che paiono contrastare apertamente con l'atteggiamento degli organi dell'Unione. Così, ai sensi dell'art. 17 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che ripropone con qualche modifica il contenuto della Dichiarazione n. 11 allegata all'Atto finale del Trattato di Amsterdam, l'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale.

Tuttavia, ciò non ha precluso al Parlamento europeo di affermare, per esempio, che la separazione tra Chiesa e Stato sia la sola forma accettabile di governo in una società democratica e di invitare gli Stati membri a mantenersi neutrali rispetto alle varie religioni, a preservare il proprio carattere laico, garantendo il principio della netta separazione tra chiesa e Stato [28]. Riallargando nuovamente il panorama e osservandolo dal punto di vista strettamente positivo, o dell'intersezione tra fonti, è stato possibile registrare un processo di vicendevole accostamento tra Unione Europea e sistema Cedu.

In una prima direzione, ai sensi dell'attuale art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) [29], l'ordinamento comunitario si volge alla giurisprudenza della Corte Edu, anche nella prospettiva di una futura adesione alla Convenzione

[26] Per un approfondimento si veda Gambino (2009).

[27] Il Trattato, che ha apportato significative modifiche al diritto comunitario convenzionale, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. L'Italia lo ha ratificato con L. 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), pubbl. in Suppl. ord. GU n. 188 dell'8 agosto 2008.

[28] Per un approfondimento si veda Fiorita, Loprieno (2009).

[29] L'art. 6, nella versione consolidata, stabilisce che «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

europea, e formalizza il rango della Carta di Nizza, che assume finalmente valore vincolante alla pari dei Trattati istitutivi. Dal canto suo, il Consiglio d'Europa va incontro all'Unione preparandosi alla prospettiva di una sua adesione formale alla Convenzione [30]: l'art. 59.2 Conv., nella formulazione vigente in seguito alle modifiche introdotte dal Protocollo n. 14, stabilisce infatti che l'Unione europea può aderire alla presente Convenzione [31]. Tali elementi di transizione, che ancora attendono una compiuta definizione quanto alla loro esatta portata (tanto più alla luce dell'adesione sospesa dell'Unione alla Cedu), hanno però posto immediatamente una questione concernente i loro effetti sull'operato del giudice che si trovi ad applicare il diritto dell'Unione e quello della Convenzione di Roma. In altre parole, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'avallo fornito dal Protocollo n. 14 hanno messo in discussione la tenuta della ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Difatti si ipotizzerebbe un riconoscimento diretto dell'efficacia delle norme della Convenzione nell'ordinamento interno facendo perno sull'art. 11 Cost. e non già sull'art. 117 c. 1 ricorrendo al meccanismo ormai consolidato dell'applicazione immediata del diritto dell'Unione da parte del giudice comune, con correlata disapplicazione della norma interna contrastante, senza necessità di adire preventivamente la Corte Costituzionale [32]. Quest'ultima ha espresso la propria posizione sul tema dei rapporti tra le Carte e tra le Corti con la sentenza n. 80 del 2011, per poi mantenere inalterato tale orientamento e limitarsi a ribadirlo in successive pronunce [33]. Nella sentenza n. 80 le Corte, eliminando ogni forma di dubbio, dopo aver esaminato alla luce della propria giurisprudenza il regime vigente fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, facendo esplicito e puntuale riferimento alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, ha affermato che l'art. 6 TUE è stato modificato in una inequivoca prospettiva di rafforzamento dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali mediante una cooperazione e un affiancamento dei livelli

[30] Già al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si era consapevoli che un'eventuale adesione non sarebbe stata immediata, dovendo essa seguire la procedura prevista e disciplinata dagli artt. 216 ss. TFUE.

[31] Per un approfondimento si veda Bartole, Conforti, Raimondi (2001).

[32] Cons. Stato, Sez. IV, sent. 2 marzo 2010 n. 1220, che al § 5 afferma incidentalmente (e tra parentesi), con riferimento agli artt. 6 e 13 della Convenzione di Roma, che tali norme siano divenute «direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009». Conformi, TAR Lombardia, Sez. II, sent. 20 maggio 2010 n. 2070; TAR Liguria, Sez. I., sent. 18 novembre 2010 n. 10405; TAR Sicilia, Sez. II, sent. 1 febbraio 2011 n. 175; TAR Veneto, Sez. I, sent. 10 marzo 2011 n. 400; TAR Lazio, Sez. II-bis, sent. 18 maggio 2010 n. 11984.

[33] Corte Cost., sentt. 9-11 novembre 2011, n. 303 e 14 maggio-5 giugno 2015, n. 96.

e delle fonti di tutela [34]. In questa prospettiva, in mancanza dell'adesione dell'Unione alla Convenzione, gli interrogativi non risolti sono ancora tanti e non poche sono le questioni aperte. Per la loro possibile soluzione sicuramente saranno chiamati a pronunciarsi anche i giudici al fine di individuare le modalità di assestamento di un sistema che, allo stato, è ancora troppo in divenire per essere compiutamente descritto e previsto con certezza nei suoi futuri sviluppi che risentiranno inevitabilmente delle influenze soprattutto politiche ed economiche. Resta da aggiungere che, con specifico riguardo al ruolo che il diritto convenzionale si è visto riconoscere, è innegabile l'influenza che sta avendo la Corte di Strasburgo diventata ormai un'autorità capace di irradiare i suoi effetti capillarmente in tutto il continente. L'Europa dei nuovi diritti sta dunque spostando il suo epicentro verso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonostante la formale adesione dell'Unione alla Convenzione non sia imminente. L'auspicio primario è che la giurisprudenza della Corte sia all'altezza del compito e che un responsabile e continuo dialogo tra le Corti riesca a impedire che a farne le spese sia il livello di tutela dei diritti fondamentali.

4. I DIRITTI TUTELATI DALL'ART. 9 CEDU

Tra i diversi diritti fondamentali tutelati quello che ha attirato maggiormente l'attenzione degli ecclesiasticisti è sicuramente il diritto di libertà religiosa. L'art. 9.1 della Convenzione sembra rappresentare una formazione progressiva delle libertà garantite. La libertà di coscienza da una parte presuppone un pensiero libero e dall'altra si pone come precondizione necessaria per l'esercizio di un'effettiva libertà di religione: in altri termini, la libertà di coscienza procede da quella di pensiero e precede (o per lo meno comprende) quella di religione [35].

Sullo Stato dunque incombe non solo l'obbligo di astenersi da ogni forma di condizionamento diretto delle scelte individuali, ma anche il dovere di vigilare affinché forme di costrizione o di annullamento dell'autodeterminazione non siano poste in essere da privati, proprio perché libertà di pensiero significa assenza di indirizzamenti coatti della riflessione individuale.

Lo Stato, quindi, è chiamato a vigilare sia nel momento dell'instaurazione del rapporto tra singolo e gruppo ma anche nella fase embrionale della sua costituzione al fine di garantire che la scelta di appartenenza non sia frutto di

[34] Corte cost., sent. 7-11 marzo 2011, n. 80.
[35] Per un approfondimento si veda Toscano (2018).

una volontà coartata. La libertà di coscienza tutelata dall'art. 9 sembra precedere e comprendere la libertà di determinarsi in materia religiosa, ponendosi pertanto quale libertà più ampia e assorbente la stessa libertà religiosa che a sua volta comprende anche le opzioni a-religiose o anti-religiose, in modo non dissimile da quanto affermato dalla nostra Corte Costituzionale in relazione all'art. 19 Cost.

Dopo aver posto la regola generale, l'art. 9 ne specifica i contenuti mediante un'elencazione dei diritti tutelati: sono menzionate la libertà di cambiare religione o credo e la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza di riti. La disposizione richiama quindi in modo esplicito sia la libertà di appartenenza religiosa nel suo momento dinamico, sia quella di manifestazione. Difatti occorre sottolineare che l'utilizzo dell'endiadi religione o credo legittima una lettura ad ampio spettro dell'art. 9, anche al di fuori dell'area del religioso. Quanto poi alla possibilità di cambiare religione o credo, affinché la garanzia apprestata dalla Convenzione possa tutelare i soggetti a trecentosessanta gradi, è necessario che la scelta individuale di abbandonare la confessione possa trovare piena e non discriminatoria realizzazione giuridica, tanto più se si considera che non sempre l'ingresso è riconducibile all'atto volontario di un soggetto capace (potendo conseguire, per esempio, alla semplice nascita o al battesimo in tenera età), elemento che rende ancor più necessario garantire la libertà di uscita. Per quanto concerne l'elencazione di diritti contenuta nell'art. 9, riconducibili alla manifestazione, si tratta di stabilire se si tratti di catalogo tassativo o meramente esemplificativo, ivi inserito dai redattori della Convenzione per evitare che almeno le modalità fondamentali di estrinsecazione della libertà religiosa potessero essere estromesse dalla garanzia dell'art. 9 nella sua applicazione pratica. Se il tenore letterale della disposizione sembra non offrire argomenti risolutivi nell'una o nell'altra direzione, è la logica del sistema a imporre di ritenere che quelle espressamente contemplate dall'art. 9 siano mere specificazioni del diritto di libertà appena affermato, integranti altrettante sue modalità di attuazione sul piano pratico, inidonee quindi a esaurirlo. Il secondo comma della norma in esame stabilisce in modo tassativo le caratteristiche la cui compresenza può solo rendere legittime restrizioni al solo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e del credo religioso, restrizioni che devono essere previste dalla legge e che devono risultare necessarie in base ai parametri propri di una società democratica. In particolare, a proposito delle cosiddette misure necessarie la CEDU ha elaborato il principio del margine di discrezionalità in base al quale la stessa Corte, pur ammettendo che è necessario rico-

noscere a ciascuno Stato una capacità decisionale in merito alla necessità e intensità di misure restrittive alle libertà riconosciute, si attribuisce un ruolo di supervisione di tali misure, interpretate alla luce dello spirito della CEDU [36]. I principali orientamenti della CEDU nell'interpretazione dell'art. 9 della Convenzione devono essere esaminati per settori applicativi dal momento che la Corte ha usualmente evitato di elaborare principi di portata generale, limitandosi per lo più a motivare le decisioni con argomentazioni strettamente legate alle fattispecie esaminate. Ad esempio il tema dell'aspetto negativo della libertà religiosa è stato affrontato per la prima volta nel 1994 [37] quando è stata rilevata una violazione del combinato disposto degli artt. 11 (libertà di associazione) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione a danno di un'associazione di atei alla quale era stato negato l'accesso alla legislazione di favore applicabile alle associazioni di culto. Quanto alla nozione di necessarietà, la Corte ha operato già in tempi lontani un'attenta lettura sistematica delle norme della Cedu che definiscono i requisiti di legittimità delle restrizioni applicate dagli Stati, distinguendo opportunamente la misura necessaria sia da quella indispensabile sia, di converso, da quella ragionevole, utile, ammissibile, ordinaria o desiderabile [38]. Sotto questo profilo la misura può dirsi necessaria solo se, date le circostanze, la sua adozione fosse richiesta da una esigenza sociale imperiosa [39] e non vi fosse altra via per garantire soddisfazione all'interesse fatto valere dallo Stato convenuto.

---

[36] Per un approfondimento si veda Carobene (2006).

[37] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Unione degli atei c. Francia, rapp. 6 maggio 1994.

[38] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Handyside c. Regno Unito, rapp. 7 dicembre 1976. Per un approfondimento si veda Lugli, Pasquali Cerioli, Pistolesi (2012).

[39] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sent. Fernández Martínez c. Spagna, 12 giugno 2014. Con la presente sentenza, la Grand Chamber della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, confermando una decisione della III Sezione, ha ritenuto che la Spagna non abbia violato l'art. 8 CEDU nel negare il rinnovo del contratto annuale di insegnamento della religione cattolica in una scuola statale, affidato ad un sacerdote che, perso lo stato clericale e dispensato dal celibato, aveva contratto matrimonio civile ed avuto cinque figli e che aveva pubblicamente aderito e sostenuto il Movimento Pro-Celibato Opcional. Nel giudizio di bilanciamento tra il rispetto della vita privata e familiare del ricorrente di cui all'art. 8 CEDU e la tutela della libertà religiosa della Chiesa cattolica, ex art. 9 CEDU, la Corte ha ritenuto legittima la limitazione della prima, a favore della seconda, avendo verificato il ricorrere dei tre presupposti che consentono tale limitazione: la previsione di legge, la necessità di essa in una società democratica e la proporzionalità. In particolare, con riferimento alla previsione di legge, ha rilevato come la disciplina dell'insegnamento della religione cattolica sia regolato dal Concordato ed il mancato rinnovo del contratto di insegnamento fosse ben prevedibile dal ricorrente quale conseguenza della sua condotta. Quanto, invece, alla limitazione della vita privata e familiare del ricorrente come necessaria in una società democratica, i Giudici di Strasburgo hanno tra l'altro affermato che, «per rimanere credibile, una religione deve essere insegnata da una persona la cui condotta di vita e le cui dichiarazioni pubbliche non siano apertamente in contrasto con la religione in questione, specialmente quando si suppone che la religione regoli la vita privata e le credenze personali dei suoi seguaci». Hanno, dunque, ritenuto che la protezione da parte dello Stato dell'autonomia della confessione religiosa importi anche la tutela di tale dovere di fedeltà.

Il sistema di protezione della libertà religiosa in ambito comunitario non è comunque circoscritto alla garanzia disposta dal richiamato art. 9 della CEDU. Esso si è sviluppato di pari passo con l'integrazione europea che ha acquisito maggiore importanza a partire dagli anni '90 quando sono stati approvati in ordine di tempo il Trattato di Maastricht (1992), quello di Amsterdam (1997), la Carta di Nizza (2001) e il Trattato di Lisbona (2007).

Ciascuno di essi ha rappresentato un passo in avanti nel processo di integrazione comunitaria, ivi compresa la definizione di tutela dei diritti nello spazio europeo. Si pensi al Diritto europeo della non discriminazione al quale appartiene la proposta di Direttiva 2008/0140 recante Applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale [40]. Essa mira a stabilire un livello minimo uniforme di tutela all'interno dell'Unione Europea per le persone vittime di discriminazione.

Dal quadro delineato emerge con chiarezza la fondamentale tutela giuridica che le Corti e le Istituzioni internazionali sono chiamate ad offrire proprio perché costituiscono un baluardo contro la violenza di diritti ancorati alla cultura e all'identità di ogni individuo. La rilevanza del fattore religioso a livello internazionale e comunitario non si esaurisce comunque con la tutela dei soli profili individuali della libertà religiosa, poiché essa coinvolge anche una dimensione di tipo istituzionale. Attualmente esistono più di cinquanta uffici di rappresentanza stabile di organizzazioni religiose e confessionali a Bruxelles. Ciò sta a significare che le religioni sono tornate ad abitare gli spazi del vivere. Di conseguenza il diritto deve tornare a fungere da fattore di dialogo e di sintesi. Solo così si può garantire a ciascun individuo di essere se stesso anche all'interno dello spazio europeo.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Bilancia, P. (2008), «Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti», in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Cedam, Padova.

Butturini, D. (2009), *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, ESI, Napoli.

Per ciò che concerne, infine, la proporzionalità della sanzione, la Corte ha preliminarmente rilevato come il ricorrente si era posto volontariamente in una situazione incompatibile col magistero della Chiesa, ed ha ritenuto che nel caso di specie non vi potesse essere una misura meno restrittiva del mancato rinnovo dell'insegnamento che potesse avere la stessa efficacia nel preservare la credibilità della Chiesa.

[40] Per un approfondimento si veda Fuccillo (2018); Ricca (2012).

Branca, M. (2014), «Il punto sui 'controlimiti'», *Giurisprudenza Cosituzionale*.
Caretti, P. (Ed.) (2003), *Stato, Regioni, Enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Torino.
Carobene, G. (2006), «La libertà di religione, di manifestazione del credo religioso e il rispetto dell'ordine pubblico. Riflessioni in margine all'affaire Leyla Sahin davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo», *Diritto e Religioni*.
Casuscelli, G. (1996), «Pluralismo confessionale, separazione degli ordini e disciplina pattizia dei rapporti: dall'equilibrio del «microsistema» (art. 8 Cost.) alle incognite di una revisione per trascinamento», *Politica del diritto*, 1, 85.
Celotto, A.; Pistorio, G. (2010), «Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi», *Giurisprudenza italiana*, p. 1978.
Colaianni, N. (2006), *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna.
Conforti, B. (2008), «La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione», *Giurisprudenza italiana*, 3, 569.
Consorti, P. (2016), «La paura della libertà religiosa», in Dal Canto, F.; Consorti, P., & Panizza, S. (Eds), *Le libertà spaventate. Contributo al dibattito sulle libertà in tempi di crisi*, Pisa University Press, Pisa.
Conti, R. (2011), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma.
De Salvia, M.; Zagrebelsky, V. (2006), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Giuffrè, Milano.
Durisotto, D. (2016), *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, ESI, Napoli.
Ferrari, A. (2011, luglio), «Libertà religiosa e nuove presenze confessionali (ortodossi e islamici): tra cieca deregulation e super – specialità, ovvero del difficile spazio per la differenza religiosa, Stato», *Chiese e pluralismo confessionale*.
Fuccillo, A. (2005), *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli.
— (2017), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità: modelli di disciplina giuridica*, Napoli, Jovene.
— (2018), *Diritto, Religioni, Culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 32.
Gambino, S. (2009), *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano.
Guazzarotti, A. (2003), «I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione», *Quaderni di diritto costituzionale*, 1, 25.
Glenn, P. (2011), *Tradizioni giuridiche nel mondo, La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna.
Honneth, A. (2011), *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica*, Codice Edizioni, Torino.

Iovane, M. (2001), «Sub Art. 59, Firma e ratifica», in Bartole, S.; Conforti, B., & Raimondi, G. (Eds.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova.

Lugli, M.; Pasquali Cerioli, J.; Pistolesi, I. (2012), *Elementi di diritto ecclesiastico europeo: principi, modelli, giurisprudenza*, Giappichelli, Torino.

Maclure, J.; Taylor, C. (2013), *La scommessa del laico*, Cacucci, Bari.

Monaco, R. (1989), «Sub Interpretazione. II) Interpretazione delle norme internazionali», *Enciclopedia giuridica (vol. XXVII, p 1)*, Treccani, Roma.

Nussbaum, M. C. (2000), *Women and human development. The capabilities approach*, Cambridge University Press, Cambridge.

Parisi, M. (2009), «Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della Convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo», in Fiorita, N., & Loprieno, D., *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze University Press, Firenze, 2009, 247.

Randazzo, B. (2006), «Le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano», in Zanon, N. (Ed.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, ESI, Napoli.

— (2003), «Giudici comuni e Corte europea dei diritti», in Falzea, P., Spadaro, A., & Ventura, L., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino.

Ricca, M. (2012), *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del vento, Palermo.

Ruggeri, A. (2010), «Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive», *Rivista A. I. C.*

— (2011, febbraio), «Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un «modello» internamente composito)», *Forum Quaderni Costituzionali*.

Salazar, C.; Spadaro, A. (2009), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano.

Tega, D. (2007), «La Cedu e l'ordinamento italiano», in Cartabia M. (Ed.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna.

Toscano, M. (2018), *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Itinerari giurisprudenziali*, Edizioni ETS, Pisa.

Vezzani, S. (2012), «L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiedono l'adozione di misure a portata generale», in Cassetti, L. (Ed.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo, Jovene*, Napoli.

EL PASTELERO PHILLIPS NO VENDE TARTAS PARA BODAS GAY. ¿LE AMPARA LA PRIMERA ENMIENDA?

VÍCTOR J. VÁZQUEZ
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Introducción. La libertad religiosa y las guerras culturales. 2. ¿Existe en derecho norteamericano un derecho constitucional al cumplimiento de nuestras obligaciones legales por motivos de conciencia? 3. Un conflicto entre valores jurídicos clásicos y modernos. Libertad religiosa y *gay rights*. 4. Libertad religiosa y hostilidad del legislador: el problema de la neutralidad. 5. ¿Ha cambiado algo tras *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*? 6. Bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LAS GUERRAS CULTURALES

El litigio ante la *Supreme Court* del pastelero Jack Phillips es ya uno de los casos emblemáticos del derecho constitucional norteamericano [1]. Jack Phillips, un devoto cristiano que regenta el negocio *Masterpiece Cakeshop* en Colorado, rechazó el encargo de Charlie Craig y David Mullins para que les hiciera el pastel de su boda. La razón de esta negativa no era otra que sus creencias religiosas, contrarias a la idea de que la unión matrimonial pudiera estar compuesta por

[1] *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U. S. ___ (2018).

personas del mismo sexo. Ante dicho agravio, los contrayentes decidieron poner lo sucedido en conocimiento de la *Colorado Civil Rights Commission* [2], al entender que, por su orientación sexual, habían sido objeto de un tratamiento discriminatorio en el mercado; algo contrario al mandato a favor de la igualdad que, en este ámbito de las relaciones privadas, impone la *Colorado Anti-Discrimination Act*. La comisión mencionada llegó a la conclusión de que, efectivamente, el señor Phillips había incumplido la normativa antidiscriminatoria estatal y falló a favor de la pareja demandante, sancionando al pastelero. Una decisión que posteriormente fue ratificada en las sucesivas instancias judiciales del Estado de Colorado, y finalmente recurrida, con éxito, ante la Suprema Corte.

En términos constitucionales este litigio planteaba un problema arquetípico sobre el alcance de la libertad religiosa, que es el de si esta libertad integra el derecho a eximirnos del cumplimiento de obligaciones legales cuando éstas impliquen actuar de una forma contraria a aquello que imponen nuestras creencias religiosas. Trasladado al ordenamiento norteamericano, lo que la Corte Suprema tenía que dirimir era si se había vulnerado la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda por parte de la Comisión del Estado de Oregón, al haber sancionado al pastelero Jack Phillips por el mero hecho de haber actuado conforme a lo que él entendía que le exigían sus profundas y sinceras creencias religiosas. La Corte, como veremos, entendió que sí, pero lo hizo sin cerrar la cuestión jurídica principal que plantea este litigio en relación al significado constitucional del secularismo americano. Y lo cierto es que, tras *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission,* subyace una guerra o enfrentamiento cultural de gran calado, que en el ámbito estrictamente jurídico, puede provocar una verdadera crisis de identidad en el secularismo norteamericano, tal y como éste ha sido interpretado por la Corte Suprema, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. Una guerra que, tras esta sentencia, permanece abierta, en sus aspectos jurídicos primordiales.

Desde luego, en la cultura política norteamericana siempre han existido fricciones importantes en torno al alcance normativo de las dos clausulas religiosas que consagra la Primera Enmienda. La constitucionalidad del rezo en las escuelas públicas; la posibilidad de financiar indirectamente, mediante *vouchers* familiares, los centros educativos religiosos; la legitimidad constitucional del reconocimiento institucional de ciertas tradiciones religiosas o de la enseñanza del creacionismo en las escuelas…, todas estas han sido apasionadas querellas democráticas que, en último término, se han saldado con pronunciamientos de la Corte Suprema, en la mayoría de los casos a favor de una interpretación estricta

[2] En adelante: la comisión.

del mandato de neutralidad religiosa impuesto por la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda [3]. Este entendimiento estricto del mandato de neutralidad o separación ha sido, qué duda cabe, uno de los elementos que definen la identidad del secularismo norteamericano. Pero, del mismo modo, este secularismo tampoco es reconocible sin tomar en consideración la especial deferencia hacia la protección del derecho a la libertad religiosa que ha caracterizado la acción judicial en este ámbito (Rubio López, 2006). A este respecto, si bien es cierto, como se acaba de señalar, que no han sido extrañas las disputas relativas al alcance de la *Establishment Clause*, la realidad es que, en lo referido a esta interpretación maximalista del ámbito protegido por la cláusula de libre ejercicio de la libertad religiosa, lejos de haber existido un conflicto cultural, bien puede decirse que tanto los sectores más liberales, como los más conservadores o tradicionalistas, han sido aliados en la defensa del valor de la libertad de religión. Es decir, que si bien la discusión sobre cuál ha de ser el alcance del «muro de separación» entre la Iglesia y el Estado ha sido históricamente, y especialmente durante el siglo XX, una discusión polarizada, siempre ha existido también un importante consenso respecto a la inequívoca protección que ofrece la Constitución norteamericana a la libertad de religiosa. Un acuerdo sedimentado en la idea de que, de una u otra forma, desde la América temprana, y al contrario de la experiencia europea, ha existido siempre en los USA una conciencia de que todas las confesiones religiosas son una suerte de minorías religiosas.

A este respecto, y también en evidente confrontación con la experiencia europea, nunca en los Estados Unidos, como observara Tocqueville, el secularismo ha sido sinónimo de anticlericalismo, y esto es así, en buena medida, porque tampoco la religión ha jugado allí un roll, digamos, contrarrevolucionario. Más bien al contrario. La religión, y concretamente el protestantismo, fue en los Estados Unidos un elemento indispensable para la consolidación de un próspero e inédito capitalismo, basado en la confianza recíproca, y también para la construcción de una idea republicana de ciudadanía, dentro de la cual la religiosidad del ciudadano se erigía en uno de los paradigmas de la virtud (Tocqueville, 2012: 424). Del mismo modo, en las dos grandes «revoluciones» o «momentos constitucionales» de vocación igualitaria que se producen en los Estados Unidos, el anti-esclavismo, y la lucha por los derechos civiles, la religión sirvió para articular un discurso benefactor del cambio social. En definitiva, en los Estados Unidos, la palabra evangélica, desde Lincoln hasta Martin Luther King, ha estado siempre presente en los principales relatos políticos a favor de la igualdad.

[3] Sobre esto me ocupé, en extenso, en (VÁZQUEZ, 2012).

Ahora bien, esta connivencia de lo religioso con lo emancipador no solo desaparece sino que torna en hostilidad con respecto a alguna de las últimas revoluciones culturales que en el ámbito de la sexualidad ha experimentado la sociedad norteamericana[4], y en concreto, con aquella que se refiere a los derechos de los homosexuales, cuya principal plasmación jurídica se ha traducido en el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo[5]. Es, por lo tanto, en este contexto de enfrentamiento, en el que ha de ser leído el litigio de *Masterpiece Cakeshop.* Es decir, en un escenario donde el derecho a la libertad religiosa se invoca para desamortizar los efectos, ya sea en un modesto espacio comercial como el de una pastelería, del estatuto jurídico igualitario conquistado por la comunidad gay. La libertad religiosa se convierte desde esa perspectiva en un título jurídico que legitima el derecho a no asumir, en el ámbito del intercambio privado de bienes y servicios, la plena igualdad de trato que consagra el ordenamiento en relación a las parejas del mismo sexo. Bien puede decirse, por ello, que por lo que respecta a las revoluciones sexuales que surgen en la década de los 60 y que, en buena medida, se consolidan ya en el nuevo milenio, el derecho a la libertad religiosa puede jugar un roll contrarrevolucionario (Laycock, 2014). En definitiva, un roll hasta ahora atípico en la historia constitucional norteamericana.

2. ¿EXISTE EN DERECHO NORTEAMERICANO UN DERECHO CONSTITUCIONAL AL CUMPLIMIENTO DE NUESTRAS OBLIGACIONES LEGALES POR MOTIVOS DE CONCIENCIA?

La respuesta a esta pregunta es no. Un «no», como veremos, inequívoco en términos constitucionales. Ahora bien, el trasfondo de la cuestión y las implicaciones de esta doctrina constitucional son lo suficientemente comple-

[4] Vale la pena extractar este párrafo de Douglas Laycock, el autor que probablemente ha detectado antes la virulencia de este conflicto cultural de fondo en las discusiones sobre el alcance de las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda:

«The Sexual Revolution that began in earnest in the 1960s continues to make important gains, most dramatically with respect to same-sex relationships. And conservative churches in this country have persistently been on the losing side of this Revolution. They have opposed not just the Sexual Revolution's excesses; they have opposed its core. Each of the remaining sexual issues —abortion, same-sex marriage, contraception, sterilization, emergency contraception— has the same fundamental structure: what one side views as a grave evil, the other side views as a fundamental human right. For tens of millions of Americans, conservative churches have made themselves the enemy of liberty». (Laycock, 2014: 866).

[5] Vid. *United States v. Windsor*, 570 U. S. 744 (2013)*; Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. ___ (2015) Sobre esta sentencia, y sobre la comprensión histórica del matrimonio en USA, es obligada la lectura de (Clavero, 2017).

jas como para prestar atención, aunque sea de forma resumida, a los antecedentes de esta interpretación de la *Free Exercise Clause* de la Constitución norteamericana. Una interpretación cuyo origen, relativamente reciente, se remonta a la emblemática sentencia *Smith v. Employment Division* [6], en la cual, la mayoría del Tribunal niega que tal derecho, el de la exención religiosa al cumplimiento de obligaciones legales, sea directamente deducible de la Constitución, dejando, eso sí, en manos del legislador la posibilidad de establecer las excepciones religiosas que éste considere a la eficacia de un determinado mandato jurídico.

Como es conocido, la doctrina *Smith* derogaba uno de los principios básicos sobre los que se había construido la interpretación constitucional de la cláusula de libre ejercicio de la religión en los Estados Unidos, el del denominado derecho a la *acomodación religiosa*. Esta jurisprudencia, que tiene su origen en dos precedentes emblemáticos como fueron *Sherbert v. Verner* [7] y *Wisconsin v. Yoder* [8], se concretaba en un mandato al poder judicial para in-aplicar cualquier norma que impidiera el libre ejercicio de la religión, salvo que pueda demostrarse un interés estatal apremiante en el establecimiento de dicho límite, y, al mismo tiempo, la inexistencia de una medida menos restrictiva para la libertad religiosa que garantice la satisfacción de la finalidad perseguida por el legislador. De igual modo, la carga de la prueba en estos supuestos recaía sobre el Estado y no sobre el ciudadano, quien únicamente tendría que poner de manifiesto la veracidad de sus creencias religiosas. Para reputados estudiosos de la Primera Enmienda, como los profesores McConnel o Hamburguer este derecho a la *acomodación religiosa* se encontraría en el ADN de la *Free Exercise Clause* de tal forma que, en *Smith*, con la derogación de su propia doctrina, la Suprema Corte habría modificado nada menos que el entendimiento originario o fundacional de la libertad religiosa en América [9]. Pero, y esto no deja de ser relevante, la reacción frente a *Smith* no fue sólo académica sino también política, y, al poco tiempo del fallo del Tribunal entraba en vigor una ley federal, la *Religious Freedom Restauration Act*, a través de la cual, y con un apoyo casi unánime en ambas cámaras, se restablecía el precedente judicial derogado en *Smith*. El destino de esta ley es bien conocido: en la primera oportunidad que tuvo, la Corte Suprema reivindicó, frente al Con-

[6] *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990).
[7] *Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398 (1963).
[8] *Wisconsin v. Yorder*, 406 U. S. 205 (1972).
[9] (McConnel, 1990), (Hamburguer, 1992).

greso [10], su monopolio para interpretar la Constitución en caso de conflicto, y anuló los efectos de esta ley, reduciendo su eficacia únicamente a nivel federal [11]. Paradójicamente, la lucha por restablecer este derecho a verse eximido del cumplimiento de las obligaciones legales cuando éstas son contrarias a nuestras creencias religiosas, se convirtió en el punto de encuentro de tradicionalistas y liberales. Una alianza cultural hoy muy resquebrajada, pero que sirvió como impulso para que, a nivel estatal, se aprobaran diferentes RFRA que, con distinto alcance, daban valor legal al derecho a eximirse del cumplimiento de obligaciones jurídicas consagradas por el ordenamiento estatal, cuando estas pudieran demostrarse contrarias a la libertad de religión.

En cualquier caso, el culto a la doctrina de la *acomodación religiosa* no puede considerarse ya una pasión compartida, y esto es así porque, como decíamos, la misma ahora se invoca en un nuevo contexto en el que lo que se pretende es la exención de obligaciones legales que, a su vez, son presupuesto para la eficacia de ciertas conquistas sociales en el ámbito jurídico de las relaciones entre particulares. Algo similar a lo que ha ocurrido con un espacio concreto de las conquistas feministas como es el del control de la natalidad a través del acceso a diferentes medios anticonceptivos. A este respecto, el Tribunal Supremo ha reconocido, en otra sentencia reciente a la que se hará alusión más adelante [12], que tiene base legal la objeción de conciencia de los empresarios que regentan compañías con un inequívoco ideario religioso, para no correr con los gastos de la cobertura sanitaria de sus trabajadoras en edad reproductiva, siempre con respecto a aquella cantidad destinada a cubrir el coste de determinados tratamientos anticonceptivos [13].

Como podremos ver, en cualquier caso, en *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* la Corte no rehabilita la doctrina anterior a *Smith*, sino que encuentra un hilo argumental compatible con la misma para concluir que se ha vulnerado al derecho a la libertad religiosa. Se trata, como veremos, de uno de esos excelentes exponentes de cómo un Tribunal puede tomar una decisión sin decidir [14].

---

[10] *City of Boerne v. Flores*, 521 U. S. 507 (1997).

[11] Véase, en nuestra doctrina: (Ahumada Ruiz, 2001).

[12] *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U. S. ___ (2014).

[13] Al estudio de este precedente y sus implicaciones he dedicado un extenso trabajo (Vázquez, 2018).

[14] Se juega aquí con la idea desarrollada por Cass Sunstein: (Sunstein, 1996).

3. UN CONFLICTO ENTRE VALORES JURÍDICOS CLÁSICOS Y MODERNOS. LIBERTAD RELIGIOSA Y *GAY RIGHTS*

Para aproximarse a *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* es importante ponerse antes las gafas del realismo, y es que, tras este litigio, subyacen valores que son extremadamente sensibles para la sociedad norteamericana. Uno de ellos, por supuesto, es un valor clásico y fundacional, el de la libertad religiosa. Como hemos visto, a pesar de la derogación de su propia jurisprudencia, la idea de acomodación religiosa nunca ha desaparecido, ya sea como ideal normativo, de la cultura política norteamericana. En cualquier caso, en esta ocasión, el derecho a la libertad religiosa se proyecta, como insistía el pastelero en sus alegaciones, sobre la propia libertad de expresión, o, para ser más precisos, sobre ese principio constitutivo de esta libertad que es el de que:

> «…no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion. [15]»

La libertad de expresión nos ampara, por decirlo de otra forma, para no ponernos obligatoriamente de parte de algo en lo que no creemos. De esta forma, se entendería que para el pastelero Phillips, prestar sus conocimientos reposteros a una causa como la celebración de una boda que entiende contraria a sus creencias religiosas, no sólo vulneraría estas creencias sino también la propia libertad para expresarse a través del que es su oficio.

Como vemos, aunque de una forma instrumental o tangencial, más allá de la cuestión relacionada con el alcance de la libertad religiosa en las relaciones comerciales, en este litigio se plantea un problema constitucional que tiene que ver con la protección de la actividad creativa dentro del ámbito mercantil, y, en concreto, con el hipotético derecho de los hacedores de ciertos oficios para usar criterios puramente discriminatorios a la hora de negarse a ofrecer sus productos a determinadas personas. Es decir, se plantea la cuestión de hasta qué punto, en aquellas actividades profesionales, donde, de alguna forma, la subjetividad del creador hace que se sublime un trabajo meramente artesanal, el derecho a la libertad de expresión artística puede ser un título que ampare comportamientos mercantiles en principio vedados con carácter general.

Desde luego, esta vía argumentativa era inteligente, y es que, si bien con respecto a la libertad religiosa el precedente establecido en *Smith* afirmaba de forma inequívoca que no existe un derecho constitucional a no cumplir la ley

[15] *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 642 (1943).

por motivos de conciencia religiosa, la cuestión de si es posible imponer condicionamientos a quienes ejercen determinadas profesiones donde hay un elemento creativo vinculado a la libertad de expresión es, por el contrario, una cuestión más abierta dentro del derecho constitucional norteamericano. De hecho, en un litigio reciente, *Elane Photography v. Willock* [16], en el que los recurrentes, propietarios de un estudio de fotografía, cuestionaban la sanción impuesta por la comisión anti-discriminatoria del Estado de Nuevo México, el Tribunal Supremo federal denegó el *certiorari*, dejando con ello abierta una cuestión, la de la actividad creativa en el mercado y sus límites, que está implicada también en el litigio del pastelero Phillips. En cualquier caso, como es obvio, esta implicación no es similar en intensidad a otros supuestos imaginables, como, por ejemplo, si se hubiera solicitado a un pintor un cuadro, o a un escritor un discurso (Note, 2013: 1486-1492). Es por ello que, como veremos, la libertad de expresión no va a ser determinante para la mayoría del Tribunal a la hora de decidir la inconstitucionalidad de la sanción impuesta por el Estado de Colorado.

Pero estos valores clásicos, la libertad religiosa o la libertad de expresión, no son, como decíamos, los únicos que aquí estaban en juego, sino que unos valores, en este caso no originario de la cultura política o jurídica norteamericana, sino mucho más reciente, como son los derechos de las personas homosexuales, su propia dignidad y la plena equiparación de su estatus jurídico en la sociedad, se ve afectado de lleno en este litigio. A este respecto, es innegable que las conquistas igualitarias de este colectivo, sancionadas en algún caso por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema [17], se exponen a una cierta dinámica de relativización cuando, en un ámbito tan determinante para el estatuto jurídico del ciudadano como es el del mercado, se abre la posibilidad de que ciertas discriminaciones que, en principio, han sido vedadas por la ley, puedan llevarse a cabo bajo el amparo de las cláusulas religiosas de la Constitución. En este sentido, no puede dejar de considerarse la propia relevancia histórica, y por su puesto moral, que tuvo la lucha contra otra discriminación, en este caso, la racial, en el ámbito de las relaciones entre particulares, donde también, como es sabido, se apeló a la propia libertad religiosa como título legítimo para derogar parcialmente las exigencias de trato igualitario que impuso la revolucionaria legislación en materia de derechos civiles, durante la década de los 60 y los 70 (Ackerman, 2014). La igualdad de trato en el ámbito mercantil posee, en este sentido, un significado ético fundamental en la historia reciente

[16] *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N. M. 2013).
[17] *United States v. Windsor*, 570 U. S. 744 (2013); *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. ___ (2015)

de los Estados Unidos, y la desamortización de esta conquista, ya sea en un contexto donde no es la igualdad racial, sino la de la comunidad homosexual la que se vería afectada, podría afectar a equilibrios culturales, sin duda delicados, en la comprensión de los derechos. Desde luego, el propio Tribunal es consciente de ello, y por ese motivo, introduce una serie de afirmaciones, como esta que aquí se transcribe, que delimitan el propio alcance de este precedente:

> «Nevertheless, while those religious and philosophical objections are protected, it is a general rule that such objections do not allow business owners and other actors in the economy and in society to deny protected persons equal access to goods and services under a neutral and generally applicable public accommodations law. [18]»

En cualquier caso, la defensa de la plena eficacia del mandato legal de prohibición de la discriminación aprobado en términos inequívocos por el legislador de Colorado no tenía como principal argumento esta «regla general» del libre e igual acceso a los bienes y servicios en el mercado, sino el propio hecho de que, como se ha visto, la Corte Suprema americana había puesto fin a aquella jurisprudencia que, sobre la base de la Primera Enmienda, imponía la acomodación de la libertad religiosa del ciudadano, es decir, la excepción al cumplimiento de una obligación legal, cuando la misma sea un obstáculo para el ejercicio de esta libertad. Ahora bien, el alcance del precedente establecido en *Smith* no puede entenderse sin prestar atención a qué tipo de leyes son aquellas frente a las cuales no cabe objeción religiosa alguna a su cumplimiento. Se trata de leyes de aplicación general, y neutrales respecto a la religión. Vale la pena detenerse, por lo tanto, en el significado que adquiere aquí la noción de neutralidad, porque en él está, en buena medida, la clave para entender la fundamentación jurídica sobre la que el Tribunal ha hecho descansar su fallo en *Masterpiece Cakeshop*.

4. LIBERTAD RELIGIOSA Y HOSTILIDAD DEL LEGISLADOR: EL PROBLEMA DE LA NEUTRALIDAD

El concepto de neutralidad es sin duda un concepto polisémico, y no siempre es fácil, en este sentido, deslindar el debate filosófico-político acerca de la neutralidad del constitucionalismo, o de ciertas instituciones democráticas, del estrictamente jurídico, es decir, de aquel que hace alusión a la idea de

[18] *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U. S. ___ (2018).

neutralidad del Estado como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes. A este respecto, lo cierto es que la interpretación constitucional de las dos cláusulas religiosas de la Primera Enmienda ha estado siempre vinculada, de alguna forma, a esta idea de neutralidad. Con respecto a la *Establishment Clause*, el denominado *Lemon Test* que, como es conocido, constituye el parámetro de constitucionalidad hegemónico en la aplicación de la misma, impone al Estado una neutralidad religiosa tanto en los propósitos como en los efectos de la legislación [19]. Es decir, que cualquier ley que tenga como propósito o como principal efecto beneficiar o promocionar la religión será considerada contraria a las exigencias de la Primera Enmienda. En cualquier caso, esta idea de neutralidad ha servido también a la Corte para censurar, desde su primera jurisprudencia, aquellas normas hostiles hacia la religión, como, por ejemplo, las que excluyan a los ciudadanos o instituciones religiosas del ámbito de beneficiarios de ciertos servicios públicos por el mero hecho de su religión. El secularismo americano no es compatible, en este sentido, con políticas públicas beligerantes frente a lo religioso [20].

Por lo que respecta a la cláusula de libre ejercicio de la religión, la idea de neutralidad es también un elemento fundamental para interpretar el alcance de la doctrina *Smith* y sus consecuencias. En esta sentencia, lo que la Corte determina es que la mera neutralidad formal de una norma, con respecto a la religión, es suficiente para que el cumplimiento de la misma no ceda frente a las demandas de excepción religiosa. Antes de *Smith*, cualquier norma, además de ser neutral con respecto a la religión en un sentido meramente formal -es decir, aprobada en abstracto sin ninguna intención de impedir el ejercicio de la religión-, lo tenía que ser también en un sentido sustantivo, de tal forma que era requerida su inaplicación cuando el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma impusieran, en la práctica, una barrera para el ejercicio de la libertad religiosa a determinados ciudadanos [21]. Después de *Smith*, por el contrario, esta neutralidad material o sustantiva deja de ser una exigencia derivada de la Primera Enmienda. Ahora bien, en cualquier caso, sigue vigente el requerimiento de neutralidad formal. Esto se traduce en que cuando sea demostrable la hostilidad del legislador hacia la religión, es decir, que el propósito de una norma es perjudicar, no incidentalmente, sino de forma directa y

[19] *Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602 (1971).

[20] Para la Corte, la *Establishment Clause* requería «que el Estado fuera neutral en su relación con los colectivos de creyentes y no creyentes; y no que el Estado fuera su adversario», *Everson v. Board of Education*, 330 U. S. 1, 18 (1947).

[21] Sobre esta distinción, véase, por todos: (Laycock, 1993).

específica, el ejercicio de la libertad religiosa, los jueces sí deberán in-aplicar dicha norma por ser contraria a la Primera Enmienda.

El precedente paradigmático, a este respecto, es la sentencia *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, en la cual la Corte Suprema entendió por unanimidad que la disposición adoptada por el municipio de Hialeah, del Estado de Florida, a través de la cual se prohibía el «sacrificio de animales a través de cualquier tipo de ritual, independientemente de que la sangre o la carne del animal este destinada o no al consumo», era contraria a la Primera Enmienda de la Constitución. La razón de ello residía en que, tomando en consideración los antecedentes de su aprobación, podía constatarse que, lejos de ser una ley neutral y generalmente aplicable, la única finalidad de dicha disposición era impedir a los integrantes de la Iglesia de la Santería celebrar sus rituales religiosos, ya que, como es conocido, esta comunidad practica de forma ritual el sacrificio de animales. En definitiva, la neutralidad de la disposición aprobada era una neutralidad solo aparente. Tras la misma, lo que existía no era la búsqueda de la satisfacción de un interés general, sino la voluntad de censurar una concreta manifestación, minoritaria, en este caso, de la libertad religiosa. En definitiva, era la hostilidad religiosa de la normativa.

El precedente de *Church of the Lukumi Babalu* va a jugar un papel determinante en el razonamiento de la Corte en *Masterpiece Cakeshop v. Colorado*. Para la mayoría de los jueces del Tribunal, la sanción impuesta al pastelero Phillips había vulnerado su derecho a la libertad religiosa, al ser manifiesta la hostilidad hacia sus creencias por parte de la comisión que había conocido de los hechos y aplicado la legislación antidiscriminatoria del Estado. Para Corte Suprema, la prueba de dicha hostilidad se hacía evidente a la luz de dos circunstancias. La primera de ellas es que hasta en tres ocasiones la misma comisión que juzgaba el comportamiento del pastero Phillips había considerado que no habían incurrido en ninguna ilegalidad tres compañeros del gremio repostero que, en este caso, se habían negado a elaborar tartas incorporando expresiones abiertamente homofóbicas, tal y como habían sugerido sus clientes. Para el Tribunal, de esta falta de equidistancia en el trato podría deducirse una suerte de animadversión o prejuicio hacia las creencias del recurrente.

Dicha animadversión, en cualquier caso, vendría confirmada por la segunda de las circunstancias a las que hacíamos referencia, y que tiene que ver con los propios argumentos esgrimidos en el seno de la comisión a la hora de valorar la renuencia del pastelero Phillips a ofrecer sus servicios para la celebración de un matrimonio homosexual. En concreto, son especialmente significativas, para el Tribunal, estas palabras con las que, durante una de las audiencias, un miembro de la comisión alertaba de cómo el uso de la religión

como excusa para la discriminación había tenido ya trágicos ejemplos en la historia. Concretamente, afirmaba:

> «I would also like to reiterate what we said in the hearing or the last meeting. Freedom of religion and religion has been used to justify all kinds of discrimination throughout history, whether it be slavery, whether it be the holocaust, whether it be –I mean, we– we can list hundreds of situations where freedom of religion has been used to justify discrimination. And to me it is one of the most despicable pieces of rhetoric that people can use to-to use their religion to hurt others.»

Pues bien, esta serie de analogías y, en concreto, esa suerte de *reductio ad holocastum* por la que se desliza el argumentario de la comisión, resultan determinantes para que la mayoría del Tribunal considere que el organismo que impone la sanción no ha cumplido con la exigencia de equidistancia e imparcialidad con respecto a la religión que impone la *Free Exercise Clause*. Para la mayoría de los jueces fue, en definitiva, una decisión contaminada por la previa hostilidad hacia unas creencias religiosas, la del pastelero Phillips, cuya sinceridad e intensidad habían sido demostradas de forma patente.

Como podemos observar, el concepto de hostilidad, construido por la Corte en *Lukumi*, como paradigma de la falta de neutralidad por parte del Estado, reaparece y es determinante en un litigio que, por otro lado, presenta algunas singularidades con respecto aquél, que no pueden pasar inadvertidas. La más relevante, sin duda, es que, en este caso, no se está cuestionando la adecuación constitucional de una disposición normativa, sino su aplicación. De hecho, lo cierto es que, sobre la base de la doctrina consagrada en *Smith* -no derogada por esta sentencia- habría que concluir que, en ningún caso, pueden considerarse contrarias a la Primera Enmienda de la Constitución aquellas disposiciones antidiscriminatorias aprobadas por los parlamentos estatales, en las que se prohíba expresamente denegar la prestación de ciertos servicios ofrecidos en el mercado, en razón de determinadas condiciones de los clientes, entre ellas, la de su orientación sexual. Dichas disposiciones tendrían plena eficacia aun cuando su cumplimiento pudiera generar un conflicto religioso a quienes prestan determinados servicios mercantiles; y es que, es evidente que la finalidad de las mismas no es impedir el libre ejercicio de la religión, sino garantizar la igualdad de trato en el tráfico mercantil. Es decir, se trata de leyes formalmente neutrales con respecto a la religión, de general aplicación, y que además, como subraya el Tribunal, persiguen un fin que es especialmente valioso desde el punto de vista constitucional, como es la plena igualdad de los ciudadanos a la hora de adquirir bienes y servicios en el mercado. A este respecto, lo que uno puede concluir de la argumentación usada por el Tribunal, es que

sólo los argumentos utilizados por dos miembros de la comisión, y en concreto sus excesos dramáticos, es lo que en este caso priva de eficacia al mandato antidiscriminatorio previsto por la ley.

5. ¿HA CAMBIADO ALGO TRAS *MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION?*

Dentro de esta guerra cultural en torno al alcance de la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda, la Corte Suprema ha dictado no una sino dos sentencias trascendentales que, si atendemos al contenido del fallo, inclinarían, en principio, la balanza a favor de esa lectura de la libertad religiosa como título legitimo para eximirse del cumplimiento de determinadas normas en las que de alguna forma cristalizan largas luchas sociales. La primera de estas decisiones es *Burwell v. Hobby Lobby*, en la cual, la mayoría del Tribunal ampara la demanda de una empresa editorial cristiana para verse dispensada de cubrir los gastos del seguro sanitario de sus trabajadoras en edad reproductiva, en lo referido a aquellos tratamientos anticonceptivos que, con carácter general, la legislación federal introducida por la célebre reforma sanitaria de Obama, habían establecido dentro de la cobertura mínima requerida. La segunda es, como acabamos de ver, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission,* donde la mayoría del Tribunal ha considerado que la sanción impuesta a un pastelero que no vendió una tarta de boda a una pareja gay, era contraria a la libertad religiosa amparada por la Primera Enmienda.

A este respecto, tomando en consideración qué parte procesal ha visto satisfecha su demanda, parece que la respuesta a la pregunta que planteamos al comienzo de este epígrafe es: sí. Es decir, que en el derecho norteamericano se atisba una tendencia favorable a lo que podríamos denominar como una suerte de objeción de conciencia contrarrevolucionaria. Ahora bien, si tomamos en consideración la fundamentación de ambas sentencias, lo cierto es que la doctrina constitucional sobre el pretendido derecho a la acomodación religiosa permanece incólume. Es decir, que esa tendencia, no deja de ser, hasta el momento, una tendencia superficial.

A este respecto, lo cierto es que *Burwell v. Hobby Lobby* no es realmente un caso sobre la *Free Exercise Clause*, sino sobre el alcance de una ley Federal, la *Religious Freedom Restauration Act*, que consagra el derecho a la acomodación religiosa, frente aquellas normas federales que impongan a determinados ciudadanos una barrera para el ejercicio de su religión y que, a su vez, no sirvan a un interés público apremiante, no susceptible de ser satisfecho a

través de una medida menos gravosa para la libertad de religión. La gran novedad de esta sentencia tiene que ver con el hecho de que, a partir de la misma, ha de interpretarse que esta ley federal no sólo ampara a las personas físicas para eximirse de ciertas obligaciones legales, sino también a las personas jurídicas y, en concreto, a las corporaciones mercantiles. Ahora bien, esto no significa que la Corte Suprema haya extendido la titularidad del derecho a la libertad religiosa que consagra la Primera Enmienda, y en concreto, un pretendido derecho a eximirse por motivos religiosos de ciertas obligaciones legales, a las empresas o corporaciones mercantiles.

Con respecto a *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, lo cierto es que a partir de los argumentos esbozados por el Tribunal, puede afirmarse de una forma inequívoca que el precedente establecido en *Smith* no ha sido derogado, o dicho de otra forma, que no se ha rehabilitado la doctrina de la *Free Exercise Clause* que estuvo vigente durante casi cuatro décadas, y que exigía a los jueces ponderar en el caso concreto si era exigible o no el cumplimiento de una ley que imponía barreras al ejercicio de la religión. La verdadera novedad introducida por la Corte se encuentra, como hemos visto, en la relevancia que, sobre la base del precedente establecido en *Lukumi*, a la idea hostilidad frente a la religión, como elemento determinante para valorar si ha existido o no una vulneración del derecho a la libertad religiosa.

A este respecto, parece evidente que, a partir de ahora, y con respecto a la constatación de la «hostilidad», no ya sólo en la voluntad del legislador, sino, como en este caso, en quien aplica la ley, pueden darse en el derecho norteamericano apreciaciones muy dispares de una determinada decisión es neutral hacia la religión o está contaminada por el desprecio hacia lo religioso. Desde luego, si atendemos a *Masterpiece Cakeshop v. Colorado,* puede decirse que el umbral impuesto por la Corte Suprema no es demasiado alto. Tal y como se señala Ginsburg no deja de ser llamativo, a este respecto, que los hiperbólicos comentarios de dos miembros de una comisión sean razón suficiente como para anular la eficacia de un mandato legal expresado en términos bastante inequívocos, ante unos hechos que pueden subsumirse con facilidad bajo el mismo.

Por otro lado, vale la pena también detenerse en el argumento *obiter dicta,* usado en la sentencia como indicio de la hostilidad de la comisión con respecto a la religión del pastelero Phillips, y que apunta al distinto tratamiento que recibieron por parte del mismo órgano aquellos pasteleros que se negaron a realizar pasteles incorporando mensajes homofóbicos, y que también fueron denunciado, sin éxito en este caso, por los insatisfechos clientes. A este

respecto, como se señala en el voto particular de Ginsburg, pero también el voto concurrente que comparten los jueces Kagan y Greyer, la analogía trazada por el Tribunal es ciertamente impropia. Y es que, en el caso del pastelero Phillips, a éste no se le solicita que incorpore ningún tipo de lema o diseño explícitamente reivindicativo de la homosexualidad, o del derecho de los integrantes de este colectivo a contraer matrimonio en igualdad, sino que simplemente se le demanda que preste un servicio, hacer una tarta de boda, de la misma forma que él lo hubiera hecho cuando ésta fuera demandada por cualquier pareja heterosexual que celebre su boda. En definitiva, como insiste Ginsburg, no se trataba en puridad de hacer algo tanto como de vender algo. Así, el derecho a la libertad de expresión invocado por el pastelero Phillips tiene en este supuesto una relevancia cualitativamente menor que en esos tres supuestos a los que hemos hecho referencia, donde los demandantes sí pretendían que el dueño del establecimiento «dijera algo que no quiere decir», incorporando a su trabajo expresiones ofensivas contra un colectivo especialmente protegido por la legislación antidiscriminatoria.

En todo caso, conviene también, para no exagerar las posibles implicaciones de este precedente, tomar en consideración que no se trataba de una objeción general a atender a homosexuales en su pastelería, sino únicamente a vender tartas nupciales para celebrar enlaces entre personas del mismo sexo. Tengo la impresión, en este sentido, de que tomando en consideración no sólo los precedentes ya señalados, respecto a la discriminación racial en los establecimientos mercantiles, sino las propias razones esgrimidas en la opinión mayoritaria, una hipotética sanción impuesta a quien no atiende, de forma general, a determinadas personas por su orientación sexual, difícilmente hubiera sido corregida por este Tribunal. Del mismo modo, es probable que el hecho de que en ese momento el matrimonio homosexual no fuera legal en el Estado de Colorado –lo sería poco después– haya podido influir en la opinión del Tribunal.

La Corte Suprema, en definitiva, no ha resucitado *Smith* pero tampoco ha cerrado el debate en torno a la posibilidad de apelar a nuestras creencias religiosas para eximirnos de normas legales, y, en concreto, de aquellas que imponen la igualdad de trato en el intercambio privado de bienes y servicios. Como en otros ámbitos, la Corte Roberts ha actuado de una forma que podemos considerar ya característica, y que es, dando una de cal y otra de arena, en aquellos litigios especialmente controvertidos desde un punto de vista político o moral. Se trata de una decisión que tiene ingredientes teóricos suficientes para enfadar un poco a todo el mundo. Ha conservado la estructura interpretativa de la *Free Exercise Clause*, refractaria a la eficacia constitucional de la

exención al cumplimiento de obligaciones religiosas, al mismo tiempo que ha abierto una grieta en la misma, a través de la cual no es descartable que nazca una suerte «lotería de la apreciación judicial» a la hora de valorar o no la hostilidad más o menos explícita de ciertas normativas.

Para concluir, por lo que respecta a la «guerra cultural» sobre el alcance la libertad religiosa y la objeción de conciencia, es importante no obviar que el escenario judicial no es el único donde ésta se libra, sino que también lo hace en el escenario democrático genuino que es el de las legislaturas estatales y federal. A este respecto, no hay que olvidar que no hay ningún impedimento constitucional para que las mayorías democráticas habiliten objeciones de conciencia, aun cuando estas puedan tener indirectamente efectos discriminatorios. Hasta ahora, y en relación con la comunidad homosexual, lo cierto es que dicha batalla ha sido librada exitosamente a favor de la vigencia plena de la igualdad en las relaciones mercantiles, habiéndose frustrado las principales iniciativas destinadas a legitimar, sobre la base de la protección de la libertad religiosa, tratamientos discriminatorios en este ámbito. Un buen exponente todo ello, de algo a menudo obviado por los juristas, y que es la importancia capital de los movimientos sociales en la consolidación de una determinada cultura de los derechos.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Ahumada Ruiz, M. Á. (2001), «City of Boerne v. Flores: La importancia del candor judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 62, pp. 327-328.

Ackerman, B. (2013), *We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution*, Harvad University Press.

Bartolomé Clavero, S. (2017), «Matrimonio sin signo de género y con carga de historia: (a propósito de Obergefell v. Hodges y de Marriage Equality)», *Q*uaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 46, n. 1.

De Tocqueville, A. (2002), *La democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid.

Hamburger, P. (1992), «A constitutional right of religious exception: An historical perspective», 68 *George Washington Law Review*.

Laycock, D. (1990), «Formal, Substantive and Disaggregated Neutrality Toward Religion», 39 *DePaul Law Review*.

McConnell, M. (1985), «Accommodation of religion», *The Supreme Court Review*.

Rubio López, J. I. (2006), *La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE. UU durante la Corte Rehnquist (1986-2005), una libertad en tensión*, EUNSA, Pamplona.

SUNSTEIN, C. R. (1996), «Foreword: Leaving Things Undecided», 110 *Harvard Law Review*, n.º 4.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (2018), «Objeción de conciencia empresarial y «guerra de religión» en los Estados Unidos. Reflexiones a partir de Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 9, n. 1, pp. 84-130.

— (2012), *Laicidad y Constitución*, CEPC, Madrid.

Europa, en realidad el mundo entero, vive un momento complejo. En particular los ritmos de la globalización económica, los avances tecnológicos, los profundos cambios sociales y las convulsiones político-institucionales por las que están pasando las democracias occidentales hacen más que necesario que nos preguntemos por las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo. Por ello, aprovechando las efemérides del 70º aniversario de la Constitución italiana y del 40º de la Constitución española, esta obra publicada en cinco volúmenes recoge los trabajos de constitucionalistas europeos de distintas generaciones que abordan los desafíos que se presentan para nuestras sociedades democráticas.

El volumen I se dedica al balance y perspectivas en la Europa constitucional, con trabajos sobre la reforma de los ordenamientos constitucionales y sobre Europa en su dimensión constitucional. El volumen II se ocupa de estudiar cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y su tutela. El volumen III revisa el estado de las instituciones políticas democráticas, en particular de los sistemas parlamentarios europeos, la participación y representación políticas, y los sistemas electorales y de partidos. El volumen IV afronta el tema de las fuentes del Derecho, los cambios en la Justicia constitucional y los desafíos para la organización territorial. Por último, el volumen V, dedicado a los retos del constitucionalismo en el siglo XXI, desarrolla cuestiones de frontera para el Derecho constitucional de gran actualidad como son las relaciones con la economía y el Estado social, la revolución tecnológica y el cambio climático, la seguridad y la legalidad sancionadora, y el fenómeno religioso. Una visión completa de los grandes temas que antes como ahora preocupan y dan sentido a la investigación de los constitucionalistas en un espacio compartido como es Europa.

Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union

italospagnolo
SEMINARIO

FUNDACIÓN CAJAMURCIA