

La Collana Ius Constitutionale Europaeum

Curatori

MARILISA D'AMICO

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale; Prorettrice a Legalità, Trasparenza e Parità di Diritti; Titolare della Cattedra Jean Monnet *European Fundamental Rights and Women's Rights*, Università degli Studi di Milano

BENEDETTA LIBERALI

Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano; già Assistente di studio presso la Corte costituzionale italiana

ANTONIO PÉREZ MIRAS

Profesor Ayudante Doctor de Derecho constitucional, Universidad de Granada

EDOARDO C. RAFFIOTTA

Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca; *Fellow*, Public Law and Policy Program, Università di Berkeley, California

SILVIA ROMBOLI

Profesora de Derecho constitucional, Universidad Ramon Llull, ESADE, Barcelona

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Profesor de Derecho constitucional, Universidad de Murcia; Codirector de la Catedra buen gobierno e integridad pública (UMU)

EUROPA, SOCIETÀ APERTA

VOLUME I

**PROBLEMI ATTUALI
E PROSPETTIVE FUTURE**

a cura di

Marilisa D'Amico, Benedetta Liberali, Antonio Pérez Miras
Edoardo C. Raffiotta, Silvia Romboli
Germán M. Teruel Lozano

Editoriale Scientifica

The Constitutional Bases of Europe: “Towards the Citizens of Europe” EUCONS
(621157-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT)

euc^{ons}

With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Proprietà letteraria riservata

Il sostegno della Commissione europea alla produzione di questa pubblicazione non costituisce un'approvazione del contenuto, che riflette esclusivamente il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per l'uso che può essere fatto delle informazioni ivi contenute.

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica s.r.l.

via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-000-0

INDICE

<i>Prologo</i>	IX
<i>Nota dei curatori</i>	XIII

SEZIONE PRIMA

L'EUROPA, LA COSTITUZIONE E LE SFIDE DELL' INTEGRAZIONE

<i>Lezione introduttiva. Europa, società aperta</i>	3
Lorenza Violini	
<i>Europa como sociedad abierta en el contexto global</i>	11
Francisco Balaguer Callejón	
<i>Il cittadino e la persona al centro del processo di integrazione europea</i>	33
Chiara Amalfitano	
<i>Outside&inside the European Union. Politica di allargamento, condizionalità e crisi dello Stato di diritto dentro l'Unione europea</i>	51
Maria Pia Iadicicco	
<i>Principio de Solidaridad, Estado Constitucional y Unión Europea</i>	67
Javier Tajadura Tejada	
<i>La fiducia nella Costituzione</i>	87
Tommaso E. Frosini	
<i>La responsabilidad del Gobierno y de sus miembros: cómo y con qué consecuencias se les puede exigir responsabilidad</i>	95
Germán M. Teruel Lozano	
<i>Presidente del Consiglio e ruolo del Parlamento: il mosaico dell'indirizzo politico (europeo)</i>	131
Andrea Contieri	

<i>Verso una nozione di indirizzo politico “integrato”: effetti dell’anticipazione dei meccanismi decisionali dal livello nazionale a quello europeo</i>	153
Ylenia Maria Citino	
<i>Le frontiere esterne dell’Unione europea e il rispetto dei diritti fondamentali. Osservazioni a partire dai casi di Italia e Spagna</i>	171
Cecilia Siccardi	
<i>Qué hacer cuando el enemigo está en casa: la polarización del discurso político en Hungría y Polonia y el condicionamiento de fondos de la UE al Estado de Derecho</i>	193
Juan Francisco Barroso Márquez	
<i>Unione europea e difesa della rule of law: considerazioni a partire dalle recenti vicende di Ungheria, Polonia e Romania</i>	219
Ignazio Spadaro	

SEZIONE SECONDA L’EUROPA E LA CITTADINANZA

<i>Los derechos de ciudadanía vistos desde el Parlamento europeo: una reflexión a propósito de la Conferencia sobre el Futuro de la UE</i>	249
Juan F. López Aguilar	
<i>Derechos fundamentales en la Unión Europea: una ciudadanía diversa</i>	265
Yolanda Gómez Sánchez	
<i>La trasformazione della cittadinanza: dalla cittadinanza democratica sociale alla cittadinanza materiale europea</i>	291
Emanuela Costanzo	
<i>Cittadinanza e identità digitale: spunti per la ricerca di un modello europeo</i>	315
Claudio Di Maio	
<i>La iniciativa ciudadana europea y la legitimidad democrática de la Unión</i>	331
Ángel Fernández Silva	

<i>Indice</i>	VII
<i>Società, trasparenza e cittadinanza attiva: Il whistleblowing come etica della giusta amministrazione</i>	355
Maria Di Maggio	
<i>Libertades económicas y dimensión social europea: una revisión crítica para el avance de la ciudadanía de la Unión</i>	371
Daniel Peres Díaz	
<i>La exceptio como arché del derecho y la ciudadanía inmunitaria</i>	395
Daniel J. García López	

SEZIONE TERZA L'EUROPA E LE INNOVAZIONI DIGITALI

<i>Innovación digital, ciudadanía e integración europea</i>	423
Juan Francisco Sánchez Barrilao	
<i>The dark side of the moon? Distopie e speranze della digital revolution nello Stato costituzionale</i>	445
Massimiliano Baroni	
<i>Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche nello spazio europeo: dal nichilismo giuridico alle digital authorities?</i>	463
Giacomo Giorgini Pignatiello	
<i>La ciberesfera y su implicación en los derechos humanos: la desinformación en la sociedad de la información</i>	487
Nieves Alonso García	
<i>La formazione delle black box: garanzie della privacy e tutela antidiscriminatoria</i>	507
Elena Falletti	
<i>La protección de los derechos del individuo frente a las decisiones automatizadas en la Unión Europea</i>	529
Ana Gascón Marcén	

<i>La conservazione dei dati associati alle comunicazioni elettroniche: regolamentazione normativa frenetica e protezione fondamentale</i>	551
Juan Ocón García	
<i>Tra esigenze di trasparenza e tutela dei dati dei contribuenti: quale bilanciamento in ambito nazionale ed europeo?</i>	565
Alessia Tomo	
<i>La libertà di informazione ai tempi del GDPR</i>	589
Alessandro Lauro	
<i>Vigilancia masiva y uso de datos para la investigación criminal</i>	
Pablo Espinosa Pico	611
<i>La responsabilidad de los prestadores de servicios en los mercados electrónicos</i>	633
Elena Cristina Tudor	

Prólogo

Son de sobra conocidas las relaciones de todo tipo que ligan a España e Italia, así como las influencias recíprocas que han alimentado esas relaciones. Es labor de un embajador de España en Italia identificarlas y, por ende, fomentar su desarrollo.

El mundo jurídico no ha permanecido ajeno a esa estrecha interacción, abonada, además, por la común condición de democracias europeas avanzadas que deben hacer frente a desafíos similares. De hecho, uno de los primeros actos en los que tuve el honor de participar a mi llegada a Italia en el otoño de 2018 fue precisamente la celebración conjunta del 70 aniversario de la Constitución italiana y el 40 de la española, doble efeméride que también fue objeto de un Seminario y posterior publicación precursora de esta que me honro en prologar.

Dos años después, apoyado en mi condición de jurista diletante, de jurista a la violeta que diría Cadalso, acepté con gusto inaugurar un nuevo ejercicio común de constitucionalistas italianos y españoles para reflexionar sobre la evolución de sus respectivos ordenes constitucionales, en el marco de una Europa concebida como sociedad abierta, cuyo resultado es la obra objeto de este prólogo.

El Covid impidió que la celebración de ese seminario hispano italiano pudiera celebrarse presencialmente en Milán, como estaba inicialmente previsto, por lo que hubo de celebrarse de manera virtual, a través de una de esas plataformas digitales que se han multiplicado a raíz de la pandemia y han albergado nuestra actividad laboral y relacional en estos tiempos de Covid.

Esta eclosión del mundo digital ha tenido consecuencias de todo orden, incluido el jurídico, como se aborda en esta obra. A primera vista se ha producido una restricción de nuestros movimientos, una limitación de nuestros intercambios, pero, paradójicamente, el desarrollo de los contactos digitales, por insatisfactorio que pueda considerarse, nos ha acabado acercando y ha posibilitado una multiplicación de encuentros impensables en un mundo de relaciones primordialmente físicas. Una muestra de la

capacidad del ser humano para convertir las crisis en oportunidades. A mi juicio, el formato híbrido de relación ha venido para quedarse y formará parte de nuestra manera futura de relacionarnos, creando interrogantes, sobre todo en el mundo de los datos personales, que el derecho estará llamado a aclarar.

Por otro lado, la crisis sanitaria, económica y social derivada de la pandemia ha forzado a los poderes públicos a dar respuestas a una situación inédita a todos los niveles, europeo, estatal, subestatal en esta gobernanza multinivel en la que nos encontramos inevitablemente sumidos. En el camino se han planteado dudas e interrogantes que los juristas tienen la responsabilidad de aclarar y a ello pretende contribuir esta obra en dos países que comparten su condición de europeos y que han sido afectados de manera rotunda por la pandemia.

A escala europea, es natural traer a colación la conocida frase de Jean Monnet según la cual Europa se hará en las crisis y será la suma de las soluciones aportadas a esas crisis. Ya había ocurrido anteriormente, pero esta crisis podría llevar a la Unión Europea a dar un salto cualitativo importante en sus competencias, mediante la creación de una Unión europea de la salud y la aceptación con carácter permanente de instrumentos de endeudamiento colectivo que prefiguren una política fiscal común. No es un camino fácil, sin embargo, y viene acompañado de riesgos no desdeñables para la libre circulación de sus ciudadanos y la no discriminación, derivados de la tentación del repliegue nacional ante lo desconocido.

A escala estatal, la pandemia ha puesto a prueba la gobernabilidad de democracias complejas como España e Italia. La relación entre el Estado y las regiones ha ido adaptándose al desarrollo de la pandemia, evolucionando de una gobernanza centralizada a una más descentralizada, a veces conocida como cogobernanza, caracterizada por algunos como el desgobierno del sálvese quien pueda.

Pero no solo las relaciones entre los poderes del Estado han sido puestas a prueba. También lo está siendo la relación entre el Estado y el ciudadano. El aumento del papel del Estado en la economía y las restricciones a las libertades fundamentales están desembocando en una conflictualidad en la que las instancias judiciales, incluidas las europeas, están llamadas a jugar un papel clave como corresponde en todo Estado de Derecho.

En fin, el ciudadano está redescubriendo que la vida en sociedad en tiempos de crisis conlleva la aceptación de unos deberes de ciudadanía, a menudo oscurecidos en las democracias por el énfasis en los derechos, y que,

más allá de su obligatoriedad jurídica, tales deberes son imprescindibles para preservar la vida en común en una sociedad democrática.

Nuevos modos de relacionarnos y sus riesgos para nuestro derecho a la intimidad, nuevos poderes para las instituciones europeas, el Estado o las regiones, nuevos remedios para el ciudadano en su lucha por preservar su libertad y sus derechos, pero también nuevos deberes para ordenar la vida en común en el respeto a los demás. De todo esto tratan juristas españoles e italianos en el esfuerzo conjunto de reflexión que se refleja en esta obra y que espero continúe en el futuro, ya sea de manera presencial, virtual o, presumiblemente, híbrida.

Alfonso Dastis
Embajador de España en Italia

Nota dei curatori

Il 2020 passerà alla storia come un anno estremamente difficile: segnato dalla crisi pandemica globale. Le numerose difficoltà e il contesto di particolare criticità non hanno però impedito di celebrare il V Seminario Italo-spagnolo dal titolo “Europa, società aperta”, i cui frutti sono raccolti in questi volumi.

L'impossibilità di incontrarsi di persona avrebbe potuto spingere a un semplice rinvio del Seminario, ma grazie alla buona volontà e all'entusiasmo della grande comunità degli amici e colleghi italo-spagnoli, si è deciso di celebrarlo ugualmente, seppur da remoto, grazie alla disponibilità del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano. Il Seminario si è svolto con le medesime modalità di sempre, a partire da una *call for papers* alla quale hanno aderito numerosi giovani studiosi da tutte le principali Università, che, come da tradizione del Seminario, hanno discusso e si sono interfacciati con autorevoli Maestri e Colleghi italiani e spagnoli. Come novità, in questa edizione sono stati premiati *ex aequo* cinque relazioni secondo il parere dei *discussants* dei cinque atelier e con l'accordo unanime di tutti i direttori del Congresso. In ordine alfabetico, sono stati premiati: Massimiliano Baroni, Belén Burgos Garrido, Nannerel Fiano, Giacomo Palombino e Francesca Polacchini. Oltre ai loro contributi, questi volumi raccolgono i lavori di tutti i partecipanti al V Seminario Italo-spagnolo di Milano, sviluppando uno dei temi cardine della ricerca sostenuta dal Progetto Jean Monnet Eucons *The Constitutional Bases of Europe: “towards the Citizens of Europe”*, intendendo così contribuire al dibattito sulla costruzione di una vera e propria comune cultura costituzionale europea, che ponga al centro il cittadino. Una riflessione che ha trovato non poche conferme nei successivi sviluppi del processo di integrazione, anche in risposta alla crisi pandemica, contenute nel programma di interventi del Next Generation EU.

I presenti volumi del Seminario di Milano – come ogni edizione – rappresentano la continuazione ed evoluzione del percorso intrapreso con il primo incontro scientifico rivolto ai giovani studiosi di Diritto costituzionale tenutosi nel 2012 presso il Reale Collegio di Spagna in Bologna, in collabora-

zione con il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna. Insieme al Seminario di Madrid del 2014, di Catania del 2016 e di Murcia del 2018, il convegno milanese rappresenta la naturale, ma non scontata, evoluzione del percorso di crescita e affermazione del nostro progetto.

Oggi il gruppo di ricercatori che anima e alimenta con infaticabile entusiasmo il Seminario può vantare ulteriori importanti riconoscimenti come i due Progetti Jean Monnet del Programma Erasmus+ Eucons: quello in corso, presso l'Università di Granada (*The Constitutional Bases of Europe: "towards the Citizens of Europe"*) e il precedente presso l'Università di Murcia (*The Constitutional Bases of Europe: Building a "Common European Constitutional Culture"*). Si tratta di progetti che hanno sostenuto le nostre attività e consentito di consolidare una, ormai, Istituzione riconosciuta e affermata nel panorama Accademico europeo. Un progetto iniziato tra Università italiane e spagnole, ma che continua a crescere di anno in anno, rappresentando oggi un luogo di incontro privilegiato per studiosi di tutta Europa.

Incoraggiati da tali successi e riconoscimenti, il passo successivo è stato quello di dare vita a un nuovo progetto editoriale, dando vita alla Collana *Ius Constitutionale Europaeum*, curata dalla casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

Questi volumi, dunque, presentano un ulteriore merito, ossia quello di rappresentare le prime opere della Collana, la quale però – nello spirito originario del Seminario – sarà, anzitutto, un luogo di pubblicazione e diffusione di opere monografiche di giovani studiosi europei. Giovani che saranno selezionati e individuati anche attraverso appositi premi e bandi. Dunque, un nuovo ambizioso progetto nasce; o meglio, questo progetto editoriale sembra rappresentare il naturale frutto del Seminario Italospagnolo di Diritto costituzionale.

Infine, vogliamo ringraziare tutti quanti hanno contribuito all'arricchimento della qualità di queste opere tramite la selezione e le revisioni dei lavori e alle Istituzioni che ci hanno dato il loro patrocinio. In particolare, ringraziamo l'Ambasciatore di Spagna in Italia, Alfonso Dastis, per il prologo a queste opere, che ora appartengono agli studiosi europei del Diritto costituzionale.

I curatori

SEZIONE PRIMA

**L'EUROPA, LA COSTITUZIONE
E LE SFIDE DELL'INTEGRAZIONE**

LEZIONE INTRODUTTIVA. EUROPA, SOCIETÀ APERTA?

LORENZA VIOLINI

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Il cammino dell'Europa sulla strada della democrazia. – 3. La lezione dei Padri fondatori: qualche suggestione per guardare al futuro. – 4. L'Unione europea e la percezione dell'incompiuto. – 5. Nota conclusiva: ancora sulla democrazia europea.

1. Note introduttive

La domanda posta in capo alla presente relazione riprende, con una non irrilevante modifica, il titolo del Convegno internazionale che viene in questo modo introdotto. Quale modifica? Le due relazioni – la presente e quella del prof. Balaguer, illustre collega – vengono infatti intitolate con una forma interrogativa, che si differisce per questo solo modo dal titolo generale del Convegno, che ha forma assertiva. La scelta degli organizzatori non può essere stata compiuta a caso; l'Europa, che certamente è – in senso ontologico – una società “aperta”, presenta oggi molte questioni, altrettanto “aperte” che necessitano di essere prese in serie e approfondita considerazione, come la prima Relazione ha ampiamente fatto. E, invero, il progresso tecnologico, le vicende non sempre piane dell'inveramento della *rule of law* in alcuni Stati membri, le crisi che gravitano intorno al tema della sostenibilità ambientale, economica e sociale – secondo la visione integrata di questo tema così come presente nei *Sustainable Development Goals* proposti dall'ONU nel 2015 –, ma anche i temi della sicurezza, del terrorismo sempre incombente, della potenziale disgregazione innescata da abbandoni quali la Brexit, stanno tutti lì a ricordarci che non bisogna mai abbassare la guardia rispetto all'ideale dell'*apertura* di fronte alle grandi sfide che il vivere comune sempre ci pone davanti.

E, pertanto, cogliendo la sfida e agganciandomi a quanto già esposto dalla prima delle relazioni introduttive, il presente intervento si concentrerà su qualcun'altra delle questioni che gravitano intorno al tema, questioni che la pandemia in atto ha reso più brucianti ma che, a ben vedere, sono da sempre presenti nel dibattito sulla natura dell'Europa, che è da sempre un cantiere

aperto, una fabbrica intorno alla quale si affaccendano numerosi operai, ciascuno apportando all'opera comune la propria competenza e i propri valori.

Su queste basi, che sentiamo inevitabilmente comuni, il presente simposio si colloca come un'iniziativa preziosa: parlare di Europa, in un momento storico come questo, dominato dal comune problema della pandemia e dalla ricerca di strumenti idonei al suo contenimento, rappresenta un'occasione indefettibile per ribadire quanto notevole sia stato il percorso realizzato insieme e quanto indispensabile sia la prosecuzione del cammino intrapreso. E se è vero che la pandemia ci ha restituito il senso dello Stato, essa ci sta anche restituendo il senso dell'Europa, quasi che il semplice richiamo che è stato autorevolmente fatto, quel *non ci si salva da soli*, che spesso sentiamo riecheggiare in noi e fuori di noi, abbia reso imprescindibile stringere i legami tra i diversi livelli di governo e progettare insieme la strada verso il futuro.

In questo senso, il fatto che il simposio sia stato realizzato in gran parte da giovani studiosi, è di capitale importanza, ciò mi ha fatto propendere per elaborare l'intervento pensando soprattutto alle giovani generazioni perché – con evidente riferimento alle tematiche della prima relazione – noi abbiamo bisogno oggi di anticorpi ed il primo anticorpo che dobbiamo attivare è proprio la valorizzazione piena della gioventù. Purtroppo, lo sappiamo, tra le molte crisi che attanagliano i nostri Paesi, vi è anche la crisi demografica, con tutti i suoi addentellati. Reagire ad essa è soprattutto il compito delle giovani generazioni: a loro soprattutto spetta agire perché l'avvenire non sia dominato dall'attuale disgregazione di valori, da un individualismo esasperato, dalla ricerca dei soli beni economici a discapito dei valori sociali, umani e di coesione.

2. Il cammino dell'Europa sulla strada della democrazia

La relazione di Paco Balaguer ci ha restituito un quadro dettagliato del presente e delle sue molteplici lacerazioni: interveniamo subito, quindi, con determinazione e vigore giovanile. In questo cammino – sembra un paradosso – un valido ausilio può pervenirci dal passato. Lo sguardo a ciò che è stato, secondo l'insegnamento di Tucidide, offre infatti, validi spunti per conoscere il presente e per progettarne il miglioramento.

Nel costruire l'Europa di domani non possiamo non rimarcare quanto l'idea di Unione – seppur embrionale – fosse già viva ancor prima che l'istituzione si realizzasse, nella mente e negli scritti dei più avveduti pensato-

ri. Costoro riflettevano e agivano al fine di realizzare un'unione di popoli in un'epoca in cui il "sovranoismo" era certamente più pregnante di quello attuale, non solo in Paesi – come la Spagna e l'Italia dominati da logiche autoritarie – ma anche nelle storiche democrazie liberali, ove l'*amor di patria* ottocentesco aveva ceduto il passo alla realizzazione di uno Stato nazionale competitivo ed escludente. Il loro esempio, quindi, deve costituire una guida che cooperi al superamento delle sfide del presente, ben più agevoli rispetto a quelle che i nostri predecessori si trovarono a fronteggiare.

Ugualmente rilevante ai fini della nuova auspicata palingenesi dovrà essere l'esperienza fino a qui realizzata in favore di un'unione sovranazionale – lo si sottolinei ancora una volta – unica nel suo genere, in cui popoli liberi e sovrani si sono uniti per compiere un cammino comune, un'*unità nella diversità*, secondo il noto adagio.

Nel seguire questo percorso, spunti di interesse possono essere reperiti in un articolo di Klaus Hänsch apparso sulla stampa tedesca, avente ad oggetto il tema della democrazia¹. Secondo l'ex Presidente del Parlamento europeo, i cittadini degli Stati europei necessitano oggi di una rieducazione alla democrazia, un concetto che non può più essere considerato un patrimonio unicamente nazionale, ma deve estendersi all'intero continente europeo. Nello spazio di cui parliamo, invero, tale passo è già stato compiuto: la Comunità europea prima e l'Unione, in seguito, costituiscono il luogo in cui la democrazia nazionale ha provato a trasformarsi in una forma inedita allo scenario politico e giuridico, la democrazia transnazionale. Questo è un successo che va enfatizzato per contrastare la tendenza dominante ad uno scetticismo di ritorno verso il senso dello Stato costituzionale e verso le istituzioni sovranazionali, le quali pure soffrono del ben noto *deficit* democratico specie riguardo a talune decisioni di vertice: con grande energia – a suo tempo – la dottrina più avveduta ha sottolineato il problema dell'economicismo dell'Europa e condannato le sentenze della Corte di giustizia in cui il problema sociale era relegato ad un ruolo secondario. Vi è stata, in altre parole, una energica levata di scudi quando l'Europa ha aiutato gli Stati ad uscire dalla grande crisi economica, ma ha imposto tagli allo stato sociale, con grande insensibilità per le situazioni di bisogno dei cittadini.

Oggi la riflessione intorno alla democrazia europea è tornata di attualità anche nel pensiero tedesco: l'Europa è di nuovo concepita come un grande

¹ KLAUS HÄNSCH, *Europas transnationale Demokratie* in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, consultabile on line all'indirizzo: <https://www.faz.net/aktuell/politik/die-eu-nationale-demokratien-aushoehlen-oder-erweitern-16954761-p6.html>.

spazio di discussione ulteriore rispetto al livello nazionale e quello internazionale. L'articolo di Hänsch lascia trasparire la consapevolezza che il percorso europeo è stato costellato di elementi democratici profondamente rilevanti, quale è stato soprattutto il momento in cui il Parlamento europeo è stato eletto direttamente dai cittadini europei. Ma vi è di più: il Parlamento europeo, dotato di scarsi poteri, ha interpretato in modo forte il suo ruolo non accontentandosi di essere un simbolo. Già Altieri Spinelli – una delle grandi personalità d'Europa che non andrebbero mai dimenticate – lo aveva prefigurato: il Parlamento doveva costituire un fattore di dinamismo per l'Europa e non limitarsi ad esercitare le (poche) funzioni riservategli dai Trattati. Proprio seguendo il suo insegnamento, l'Assemblea europea si era spinta persino a realizzare un progetto di Costituzione che avrebbe dato un assetto più evoluto e federalista al cammino comune.

Non si vuole in questa sede negare che il processo di integrazione sia stato costellato da ombre, ma si vuole rimarcare come in esso vi siano state anche da luci e non di poco momento. È indispensabile che di ciò se ne abbia memoria e si comprenda quanto tali luci siano state edificanti per la nostra comune esistenza. I cittadini europei devono prendere coscienza del loro passato per poter affrontare il presente e progettare il futuro.

3. La lezione dei Padri fondatori: qualche suggestione per guardare al futuro

Se il cammino verso una più compiuta democrazia è stato una delle linee di tendenza del processo di integrazione, si può forse dire che tale dinamismo ha avuto origine grazie alla consapevolezza dei padri fondatori dell'Europa e dei nostri costituenti della forte interdipendenza tra le Nazioni e della necessità di progettare una società aperta, contro i nazionalismi dell'era precedente. Le critiche severe che sin dagli anni Trenta e Quaranta sono state mosse contro la Società delle Nazioni furono proprio dirette a denunciare quanto fondamentale fosse per gli Stati la realizzazione di solidi legami culturali e giuridici in vista della pace e della prosperità delle genti. Non si intendeva realizzare solo un'interdipendenza ideale, una pace "neutra" che respingesse le Nazioni nell'ambito dei propri confini. Al contrario, si lavorò affinché gli Stati realizzassero forme di cooperazione e di intesa, tali da scongiurare definitivamente il pericolo di un nuovo conflitto. Al momento della costruzione europea, il tema della pace divenne quindi tutt'uno con il

tema dell'interdipendenza. L'Europa nacque con la consapevolezza che solo uno stretto legame tra i popoli avrebbe consentito di spezzare definitivamente le logiche dei nazionalismi, basati su una concezione radicalmente opposta della sovranità.

Proprio grazie al legame con concetti costituzionali fondamentali quali la pace e la sovranità si è sviluppato in seguito un processo politico prima ed istituzionale poi, che ha portato – pur con tutte le luci e le ombre di cui si è detto – all'affermazione di una visione nuova della democrazia e del senso della convivenza europea.

Il superamento della sovranità assoluta degli Stati in favore dell'interdipendenza di essi è ben visibile negli scritti di don Luigi Sturzo. Egli scriveva, infatti: *“anche gli Stati democratici deviano e diventano violatori del diritto sia in politica interna che in politica estera. Ed è la mancanza di una concezione morale nella vita politica che altera sempre i rapporti di giustizia (...) La doppia moralità: una privata e l'altra pubblica è una ipocrisia che va denunciata come va denunciata la concezione barbarica dei rapporti fra i popoli basata solo sulla forza, senza la moralità che vi dà il senso di umanità”*². La soluzione è l'interdipendenza dei popoli liberi, quindi, non la loro indipendenza assoluta.

Ma, possiamo oggi ancora chiederci: che tipo di interdipendenza veniva ai tempi prefigurata?

È noto che l'Europa è nata basandosi su una interdipendenza essenzialmente funzionale, quasi che la dimensione politica e la relativa unificazione federale fossero al momento inattuabili. È tuttavia interessante rilevare come già all'origine del nostro cammino comune si sono levate autorevolissime critiche al funzionalismo. Ci sono autori che andrebbero riletti e riconsiderati in vista della costruzione di una società europea effettivamente aperta; uno di essi è senza dubbio Luigi Einaudi. Il grande economista piemontese, Presidente dell'Italia repubblicana, già all'indomani della Prima guerra mondiale, negli anni tra il 1918-1920, avvertiva che una federazione europea non avrebbe mai potuto realizzarsi nell'immediato e senza un percorso politico di avvicinamento reciproco. Il suo pensiero sul rapporto tra politica ed economia è quanto mai sorgivo ed in grado di darci quella caratura di anticorpi di cui oggi più di ieri abbiamo grande bisogno. Nei suoi scritti si rinvengono denunce del funzionalismo già agli albori del suo pensiero, quando – di ritorno dalla Svizzera – ammonì che un simile impianto avrebbe inevitabilmente messo gli uni contro gli altri.

Si legge ad esempio in un suo saggio: *“Si parla ora di un terzo stato funzionale: il cosiddetto ‘pool vert’, un ente chiamato a regolare la produzione*

² L. STURZO (1970, vol. III, 206).

agricola nazionale. Se i due stati federali, quello nero del carbone e quello verde dell'agricoltura si limitassero a sopprimere i vincoli al commercio fra gli stati componenti la federazione funzionale, le difficoltà del loro funzionamento sarebbero sormontabili. Ma se lo stato carbonaio vorrà anche fissare i prezzi del carbone e dell'acciaio, distribuire le imprese produttrici nel territorio federale, regolare le quantità importate ed esportate, non accadrà mai che i suoi ordini siano in contrasto con gli ordini o leggi o regolamenti dello stato 'verde', i cui interessati – agricoltori – potrebbero ritenersi danneggiati dai prezzi fissati dallo stato 'nero' per i combustibili, i macchinari, gli aratri, i trattori necessari per l'agricoltura? E tutt'e due non si ridurranno presto a litigare con lo stato funzionale più grosso di tutti, quello della difesa, il cui bilancio potrebbe essere eccessivamente gravato dalle pretese degli altri stati rispetto al costo delle vettovglie, dei cannoni, delle munizioni e di quant'altro occorre ad un esercito? L'idea della federazione funzionale è dunque frutto di confusione mentale”³.

È evidente dunque che Einaudi non credeva all'evoluzione spontanea dall'integrazione tecnica e settoriale all'unificazione politica. Secondo la sua visione dei processi storici, il gradualismo avrebbe potuto risultare utile, ma solo se si fossero previste fin dall'inizio le tappe verso l'unione politica, collocata non in un imprecisato futuro, ma posta come meta ultima, da conseguire attraverso stadi intermedi altrettanto chiaramente prefissati. È la politica infatti che fa l'integrazione e lo può fare anche nel tempo in cui viviamo, dominato come si è detto dalla frammentazione sociale, dalla perdita del rapporto con il tempo, dallo sfilacciarsi del concetto di spazio.

Un altro grande tema che emerge dal pensiero dei nostri Padri attiene alla dominanza delle burocrazie rispetto all'insieme della compagine istituzionale. Anche per questo tema le riflessioni di un grande statista e antesignano dell'europeismo ci possono essere di aiuto. Scriveva De Gasperi del 1951: *“Se noi costruiremo soltanto amministrazioni comuni, senza una volontà politica superiore vivificata da un organismo centrale, nel quale le volontà nazionali si incontrino, si precisino e si animino in una sintesi superiore, rischieremo che questa attività europea appaia, al confronto della vitalità nazionale particolare, senza calore, senza vita ideale. Potrebbe anche apparire ad un certo momento una sovrastruttura superflua e forse anche oppressiva quale apparve in certi periodi del suo declino il Sacro Romano Impero”⁴.*

³ L. EINAUDI (1956, 62-84).

⁴ A. DE GASPERI (1951). Sempre in questa sede lo statista mostrava di essere cosciente, analogamente ad Einaudi, delle inevitabili implicazioni politiche di un progetto anche inizialmente solo economico.

4. L'Unione europea e la percezione dell'incompiuto

Che cosa si può ora dire rispetto alla situazione attuale e la percezione che talvolta si ha di una costruzione europea che stenta a mantenere le sue promesse? Un elemento che merita approfondimento è l'eterna percezione di incompiuto, di non finito che si ha dinanzi al processo di integrazione. Trattasi di un un pregio o di un insuperabile limite, ostacolo al compimento del disegno originario? È un'opera d'arte insuperata, come l'incompiuto di Michelangelo, o un ammasso di macerie?

Tutti in qualche modo condividono la delusione per il mancato esito costituzionale del processo di integrazione. Eppure, proprio il *non finito* dell'Europa può essere visto come una risorsa, uno dei tanti anticorpi a cui siamo stati richiamati dalla prima relazione, uno stimolo incessante ad un ripensamento volto al miglioramento di questa nostra Europa.

In proposito, si può ricordare come la Costituzione italiana – in ragione dell'epoca in cui fu redatta – non menziona la parola Europa. Calamandrei nel settembre del 1945 precisò: “è ovvio che non potrà il popolo italiano inserire nella sua Costituzione norme che valgano da sole a creare un vincolo federale con altri popoli: come non può il singolo fare un contratto con una proposta unilaterale. Ma come gli architetti nel costruire l'ala dell'edificio che dovrà essere compiuto nell'avvenire lasciano nella parete destinata a servire da appoggio certe pietre sporgenti che essi chiamano “ammorsature”, così è concepibile che nella costituzione italiana siano inserite, in direzione della federazione non ancora nata, cosiffatte ammorsature giuridiche, che potranno domani servire di raccordo e di collegamento con una più vasta costruzione internazionale: offerte unilaterali che mostreranno fin d'ora la nostra buona volontà, e che, funzionando oggi da invito e da esempio, potranno domani, quando il nostro richiamo sarà compreso, trasformarsi in intese e, via via, in aggregati sempre più solidi e spaziosi”⁵.

Ecco dunque il senso dell'incompiuto a cui si può fare riferimento: un abbrivio che lascia spazio ad una migliore e più efficace realizzazione. La visione dell'insigne giurista – a riprova della sua lungimiranza e del suo spiccato senso critico – si avvererà nei decenni futuri, lasciando spazio – come lui dice – ad ammorsature per una successiva implementazione.

Sia chiaro: non ha importanza conoscere quando e come dovrà accadere ciò che auspichiamo rileva è costruire “la parete che servirà da appoggio”. Nessuno di noi poteva immaginare il momento in cui stiamo vivendo – la

⁵ P. CALAMANDREI (1966, 414-415).

pandemia e ora anche la guerra – e nessuno di noi avrebbe immaginato che simili accadimenti avrebbero dato un nuovo senso alla solidarietà europea. Eppure è quello che sta succedendo e che – a ragione – deve essere considerata una rinascita, la prima pietra di una nuova edificazione.

5. Nota conclusiva: ancora sulla la democrazia europea

Per concludere, si può brevemente riandare all'articolo di Hänsch citato in capo alla presente relazione. Qui l'autore individua le caratteristiche uniche e peculiari della democrazia transnazionale meritevoli di essere rivalorizzate. Ma vi è di più: il processo in atto è stato ratificato dai Parlamenti nazionali, dal Parlamento europeo e persino – lo dico provocatoriamente – dal popolo in forma quasi plebiscitaria. Da quando il processo di integrazione europea è stato avviato sono stati indetti ben 55 referendum; 25 dei quali in tema di appartenenza delle Nazioni europee allo Statuto. Di questi, come è noto, 2 (Gran Bretagna e Groenlandia) hanno portato alla fuoriuscita di Nazioni, 4 hanno respinto il progetto di Costituzione, ma 19 hanno detto sì al processo di integrazione, con maggioranze superiori al 60%. Tale dato dovrebbe far riflettere i tanti populistici del momento e darci un ulteriore motivo di fiducia per andare avanti con coraggio, con determinazione e con grande senso di unità.

Riferimenti bibliografici

CALAMANDREI P. (1966), *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, Vol. I, 2.

DE GASPERI A. (1951), *La politica europea. Discorso di Alcide De Gasperi all'Assemblea del Consiglio d'Europa*, Strasburgo, 10 dicembre 1951, in www.storiadc.it.

EINAUDI L. (1956), *Tipi e connotati delle Federazioni, Discorrendo di Comunità europea di Difesa*, in *Lo scrittoio del Presidente*, Einaudi, Torino.

STURZO L. (1970), *Miscellanea Londinese*, Bologna, Zanichelli, vol. III.

EUROPA COMO SOCIEDAD ABIERTA EN EL CONTEXTO GLOBAL*

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

SUMARIO: Introducción. – 1. La sociedad abierta: del Estado nacional al contexto global. – 2. Los enemigos actuales de la sociedad abierta. – 3. Una sociedad abierta de dimensión europea. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

La temática sobre la que tengo que hablar, Europa como sociedad abierta, no nos abre muchas perspectivas al optimismo. No lo digo por la crisis sanitaria, que reforzará algo los problemas, sino porque, desde hace tiempo y particularmente desde que estalló la crisis financiera de 2008, estamos viendo señales continuas de debilitamiento de la sociedad abierta. De esta idea de la sociedad que se corresponde con un planteamiento democrático, participativo, del pluralismo político, de la alternancia en el poder, de la apertura del espacio público. La idea de que todas las posiciones deben debatirse en el espacio público y que a partir de ahí pueden dar lugar a procedimientos reflexivos, a consensos, a acuerdos que permitan seguir avanzando socialmente. Todo eso está puesto en cuestión.

Se puso en cuestión de una manera violenta por la crisis terrorista con la que comenzó el siglo XXI, que avanzaba ya el pronóstico de que iba a ser un siglo complicado para la humanidad en general y para el constitucionalismo en particular. Muestra de esto último serían las reacciones de algunos Estados en materia de legislación antiterrorista, sobre todo en el ámbito anglosajón, así como las guerras que siguieron y el experimento deleznable de Guantánamo.

Era solo el comienzo porque, dentro de esa misma década, la primera del siglo XXI, la sociedad abierta se pondría en cuestión con motivo de la crisis financiera de 2008. La forma en que se gestionó la crisis determinaría en algunos países europeos una reducción del contenido constitucional a partir de una serie de intervenciones desde fuera de los Estados, que expresarían el alcance que en la globalización iba a adquirir la externalización del poder

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2019-106118GB-I00 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

estatal. A diferencia de la crisis terrorista que suponía un reto, un gran desafío, pero no una externalización del poder estatal, vimos como la crisis económica condujo a situar el poder del Estado en manos de los agentes globales, en los especuladores financieros, en las organizaciones internacionales y, en cierta medida también, pero no en la medida en que se diera la respuesta adecuada a la crisis, en las instituciones supranacionales y, sobre todo, en la Unión Europea (F. BALAGUER CALLEJÓN, 2020a).

Con la crisis financiera pudimos ver, por tanto, como una gran parte de aquellos debates que se podían y se debían hacer en la sociedad abierta ya no tenían utilidad alguna, porque la narrativa dominante que se impuso consiguió cerrar el espacio público a todo lo que no fuera parte de ese “estado de necesidad económico” que en realidad no era otra cosa que una interpretación interesada de la constitución (F. BALAGUER CALLEJÓN, 2013). Pero si esa narrativa se impuso fue porque el poder estatal ya poco podía hacer frente a ella, porque esa parte del poder estatal, que definíamos como “constitución económica” había sido previamente desmontada por la globalización (F. BALAGUER CALLEJÓN, 2019a, 42-54). La globalización no permite ya un ajuste interno de los factores capital y trabajo dentro del marco de la propia constitución, dentro del ámbito estatal. Por tanto, vemos como a partir de esta crisis económica se produce un fenómeno nuevo y es que el Estado deja de tener poder sobre el ámbito económico, la constitución ya no tiene capacidad para regular la actividad económica como la regulaba antes a través del concepto de constitución económica y tenemos que vivir con un Estado mucho más débil, con una capacidad de acción mucho menor de la que tenía.

Esto reduce el espacio público, porque limita el debate, porque las condiciones del debate vienen impuestas desde fuera y ya no es posible debatir libremente en las condiciones democráticas propias de una sociedad abierta. No porque la libertad de expresión se restrinja o se impida la formulación de políticas alternativas, sino porque esas políticas nunca serán realizadas ni los planteamientos que las inspiran serán tomadas en cuenta. No hablamos de una dictadura sino de una democracia vacía. Ya no es necesario reprimir el disenso sencillamente porque quienes no están conformes con la narrativa oficial nunca va a poder configurar un programa de gobierno ni siquiera si consiguen acceder democráticamente al poder del Estado.

La externalización del poder estatal hace que ni siquiera sea posible derrocar a la narrativa oficial como antes se hacía con las dictaduras bajo las condiciones del Estado nacional. Ya no se puede, como en la revolución de los claveles o en las primaveras árabes, ir con los tanques o con el pueblo hasta los palacios del poder para derrocar al dictador, porque el poder real

que oprime la libertad no ocupa ya un espacio físico dentro del territorio estatal. Frente a un poder global situado fuera del Estado, cambiar a la mayoría democráticamente elegida tampoco resulta efectivo. En las elecciones de los años de la crisis se votaba, pero el resultado de las votaciones era irrelevante frente a las políticas económicas impuestas desde fuera. Las reformas constitucionales que se hicieron confirmaron la narrativa de la austeridad, pero poco hubiera importado que no se hubieran hecho porque, en definitiva, la “constitución material” del Estado (en el sentido de Mortati)¹ estaba ya impregnada de factores globales y no se transformará, en lo que a la vertiente económica se refiere, dentro del Estado nacional, sino desde esos factores globales.

Esta externalización del poder del Estado que se evidenció a partir de la crisis financiera de 2008 va a dar alas a los enemigos actuales de la sociedad abierta, a los populismos. Provocará un renacimiento de nacionalismos agresivos y también de populismos que se desarrollan sobre la idea de una crisis de la democracia representativa. La idea es “no nos representan” pero ese “no nos representan” no tiene nada que ver con la voluntad del Estado, sino que tiene que ver con el hecho de que el poder con que el Estado podía representar a la sociedad en el espacio público ha desaparecido en parte porque es un poder que ahora está situado en los agentes globales. La crisis de la representatividad solo en parte tiene que ver con los mecanismos de la democracia representativa ya que allí donde se ensayaron respuestas desde la democracia directa (el caso de Grecia es paradigmático, con un referéndum cuyos resultados no fueron aplicados debido a la presión económica internacional y europea) tampoco pudieron resolver los problemas de fondo ni contribuir a restaurar el espacio público de la sociedad abierta.

La crisis financiera se convirtió en una crisis democrática que se agravó a partir de 2016 con la intervención de las compañías tecnológicas en el espa-

¹ Cfr. al respecto, Costantino Mortati (1940). Para Mortati la constitución real o el Derecho vivo son una manifestación de la constitución material, de la permanencia de la Constitución material dentro del ordenamiento. Si, por el contrario, la constitución real o el Derecho vivo se apartan de la constitución material, entonces la unidad del sistema jurídico se ve afectada y podemos estar ante una posible ruptura constitucional que evidencie la aparición de una nueva constitución material. Por tanto, la teoría de Mortati no se limita a apelar a los factores reales de poder porque en eso no se diferenciaría de otros planteamientos, como los de Lassalle. Lo que aporta Mortati es que configura esos factores reales de poder como un factor normativo, deduciendo de ellos los principios a los que debe ajustarse el ordenamiento y que configuran la auténtica constitución en sentido jurídico. Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (2017).

cio público interno a través de sus aplicaciones y especialmente por medio de las redes sociales. Una nueva configuración del espacio público va a contribuir a dificultar los procesos de debate democrático de la sociedad abierta. Los algoritmos diseñados por estas compañías para los procesos comunicativos canalizados a través de sus aplicaciones, favorecen también a los enemigos actuales de la sociedad abierta, particularmente a los nacionalismos y populismos, agravando las crisis anteriores y contribuyendo a generar inestabilidad e inseguridad (cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, 2019b).

Todo esto se produce en un contexto en el que la Unión Europea no ha conseguido hacerse un hueco entre las grandes potencias tecnológicas de nuestro tiempo que son Estados Unidos y China². Su capacidad de respuesta económica viene lastrada por una integración económica y política que todavía no ha avanzado lo suficiente, pero su capacidad de respuesta tecnológica es muy inferior, casi inexistente (cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, 2020b). En este terreno se está jugando ahora la partida de la globalización, con reglas nuevas derivadas de la crisis sanitaria. Con una actividad frenética la Comisión Europea está programando actuaciones en todos los frentes, desde el sanitario al tecnológico pasando por el económico.

Seguramente la Comisión Europea hace más incluso de lo que puede hacer con un modelo de integración ya desfasado que está haciendo aguas por todos los lados. Por eso mismo, la cuestión de si Europa seguirá siendo una sociedad abierta debe plantearse desde las condiciones metodológicas del derecho constitucional europeo (cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, 2015). Lo que se pueda hacer desde la Unión Europea para controlar a los enemigos de la sociedad abierta dependerá en gran medida de un cambio de modelo que permita reforzar la ciudadanía europea y construir una identidad europea. Un cambio vital porque en las condiciones actuales de la globalización los países europeos corren el riesgo de dejar de ser sociedades abiertas si la Unión Europea no avanza. Europa como sociedad abierta en el contexto global es la garantía de que España, Italia y otros países europeos puedan ser también sociedades abiertas en el contexto global.

² Dos ejemplos concretos: por un lado, de las ocho primeras compañías del mundo en valor bursátil, siete son tecnológicas y de ellas cinco son americanas y dos son chinas (Apple, Amazon, Microsoft, Alphabet/Google, Facebook, Alibaba y Tencent, por ese orden). La única no tecnológica de las ocho primeras, que ocupa el puesto número dos, es Saudi Aramco. Cfr. S. CORONA, I. FARIZA (2020). Por otro lado, en un mundo cada vez más orientado hacia la economía de los datos, el 92% de los datos generados en el mundo occidental están custodiados por empresas norteamericanas frente a un 4% en Europa: cfr. L. PELLICER-I. FARIZA (2019).

1. La sociedad abierta: del Estado nacional al contexto global

La idea de sociedad abierta refleja las preocupaciones de una época convulsa en la que confluyen, en el plano del desarrollo de las ideas que configuran el Estado constitucional, filósofos de la ciencia como Popper, que la formula expresamente como tal, junto con autores de otros campos del pensamiento, que son de especial interés para nosotros, como es el caso de Kelsen en la vertiente jurídica y constitucional. Mi maestro alemán, Peter Häberle, se reconoce a sí mismo como discípulo de Popper en el sentido de que él ha defendido siempre esta idea de sociedad abierta, que ha inspirado también sus teorías. Recordemos la “sociedad abierta de los intérpretes de la constitución” (HÄBERLE, 1975), que es una formulación que parte de Popper.

Aunque el planteamiento de Popper no sea jurídico, se basa en presupuestos similares a los establecidos previamente por Kelsen en el ámbito constitucional. Así la idea de un relativismo que para Kelsen es un relativismo frente a lo que en ese momento eran los fundamentalismos, el pensamiento absolutista, y para Popper es una crítica al historicismo, al determinismo. En definitiva, algunos de los elementos que se plantean en relación con la fe excesiva en la ley del primer constitucionalismo, en la capacidad de determinación de la ley, como indicara el maestro García Pelayo. Un constitucionalismo que aplica el concepto de ley al campo de las ciencias sociales, al ámbito del derecho y de la constitución, sobre la base de los descubrimientos que se habían realizado en el ámbito de las ciencias naturales. Y ese concepto de ley determinista que se traslada al ámbito de las ciencias sociales se incorpora también al pensamiento marxista, que es objeto de crítica específica por Popper.

Lo que hace Popper es cuestionar ese determinismo, que no puede en absoluto impedir una evolución democrática por sus propios medios de la sociedad, a través de un principio de responsabilidad individual: “Ni la naturaleza ni la historia pueden decirnos lo que debemos hacer. Los hechos, ya sean de la naturaleza o de la historia, no pueden decidir por nosotros, no pueden determinar los fines que hemos de elegir. Somos nosotros quienes le damos una finalidad y un sentido a la naturaleza y a la historia”³.

³ K. R. POPPER, 1945, pp. 489-490. Para Popper el historicismo “trata de desplazar nuestra responsabilidad hacia la historia” porque “el historicismo nace de la falta de fe en la racionalidad y la responsabilidad de nuestros actos”, p. 490.

Es decir, la historia no está escrita, no puede siquiera ser prevista, sino que somos las personas que vivimos en la sociedad las que tenemos que establecer, a partir de nuestro propio comportamiento, de nuestra responsabilidad⁴, una sociedad libre⁵. Esa sociedad libre se basa en una sociedad abierta⁶ en un sentido que confluye con planteamientos kelsenianos, si tenemos en cuenta la capacidad dinámica de transformación de los sistemas jurídicos basada en la distinción kelseniana entre sistemas normativos dinámicos y estáticos (cfr. KELSEN, 1960, 196 ss.): una realidad normativa tendencialmente inmutable en los órdenes religioso y moral (estáticos) frente a una realidad normativa adaptable a las condiciones sociales de acuerdo con las decisiones democráticas de la propia sociedad en el orden jurídico (dinámico)⁷. Un sistema jurídico dinámico en el sentido kelseniano que para Popper es también la posibilidad de transformación del espacio público, de plantear alternativas, de que haya alternancia en el poder, de que se configure una sociedad democrática.

Si traigo a colación la obra de Kelsen junto a la de Popper no es para reivindicar la contribución de este otro gran pensador austriaco en la fundamentación teórica de la democracia pluralista, algo que evidentemente no es necesario, sino porque ambos contribuyeron a producir, en el plano teórico,

⁴ “La tendencia del historicismo (y de las posiciones afines) a defender la rebelión contra la civilización puede obedecer al hecho de que el historicismo es en sí mismo, con mucho, una reacción contra el peso de nuestra civilización y su exigencia de responsabilidad personal”, K. R. POPPER, op. cit, p. 19.

⁵ “Si pensamos que la historia progresa o que debemos progresar, cometemos entonces el mismo error que quienes creen que la historia tiene un significado que solo resta descubrir y que no es necesario darle, pues progresar es avanzar hacia un fin determinado, hacia un fin que existe para nosotros en nuestro carácter de seres humanos. La *historia* no puede hacer eso; sólo nosotros, individuos humanos, podemos hacerlo; y podemos hacerlo defendiendo y fortaleciendo aquellas instituciones democráticas de las que depende la libertad y, con ella, el progreso. Y lo haremos mucho mejor a medida que nos vayamos tornando conscientes del hecho de que el progreso reside en nosotros, en nuestro desvelo, en nuestros esfuerzos, en la claridad con que concibamos nuestros fines y en el realismo con que los hayamos elegido”, K.R. POPPER, op. cit., p. 491.

⁶ “Seguiremos llamando sociedad cerrada a la sociedad mágica, tribal o colectivista, y sociedad abierta a aquella en que los individuos deben adoptar decisiones personales”, K.R. POPPER, op. cit, p. 189.

⁷ Para Kelsen existe una correspondencia entre la democracia y el racionalismo y la ciencia: “la teoría jurídica, política y social del tipo democrático, se revela en su verdadero carácter de teoría social científica por excelencia, mientras que el tipo autocrático trata el problema de la sociedad como objeto del conocimiento, con arreglo a puntos de vista político-religiosos, esencialmente teológicos” HANS KELSEN (1920/1934, 152).

los anticuerpos que las democracias constitucionales generaron contra el fascismo y el totalitarismo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. El esfuerzo de Kelsen por evitar la deriva totalitaria se manifiesta en todo su pensamiento, con el rechazo de la concepción absolutista del mundo, que se corresponde con la autocracia y la defensa del relativismo crítico, que se corresponde con la democracia⁸.

El rechazo al totalitarismo y al absolutismo será un estímulo esencial de la obra de Popper. Para Popper, “Con demasiada frecuencia se escucha la afirmación de que esta o aquella forma de totalitarismo es inevitable (...) Se arguye, además, que la democracia, a fin de combatir el totalitarismo, se ve forzada a copiar sus métodos, tornándose ella misma totalitaria (...) Esos argumentos pueden parecer suficientemente plausibles; pero la plausibilidad no constituye una guía segura en estas cuestiones. De hecho, no debe emprenderse el examen de estos argumentos aparentemente razonables sin haber considerado antes la siguiente cuestión de método: ¿está dentro de las posibilidades de alguna ciencia social la formulación de profecías históricas de tan vasto alcance?”⁹. La respuesta de Popper es que “estas profecías históricas de largo alcance se hallan completamente fuera del radio del método científico. El futuro depende de nosotros mismos y nosotros no dependemos de ninguna necesidad histórica”¹⁰.

La historia no está escrita y está en las manos de la sociedad decidirla y definirla. Las sociedades europeas aprendieron de la trágica experiencia del fascismo y desarrollaron anticuerpos destinados a evitar una involución totalitaria en el futuro. Esos anticuerpos se construyeron en dos ámbitos: en el interno y en el supranacional. En el interno mediante el desarrollo de una democracia constitucional basada en el sometimiento de todos los poderes públicos a la constitución, el control de las mayorías y la garantía de los derechos fundamentales. En el supranacional mediante instituciones específicas de protección de los derechos y de la democracia, así como a través del proceso de integración europea. Junto a esos anticuerpos, la propia globalización, a pesar de sus múltiples efectivos negativos, serviría también para desarrollar otros anticuerpos al debilitar el poder del Estado nacional y, con ello, también su potencial destructivo.

Todo esto surge en un contexto como es del Estado nacional, algo que no podemos olvidar. Estamos hablando de una transformación histórica que

⁸ *Ibidem*, pp. 153-154.

⁹ K.R. POPPER, *op. cit.*, pp. 16-17.

¹⁰ *Ibidem*, p. 17.

sienta las bases de nuestra democracia, de nuestro Estado de Derecho, de la configuración del espacio público como un espacio abierto, de la idea del pluralismo. Pero todo eso se hace, lógicamente, dentro del marco del Estado nacional, no tiene nada que ver con la globalización. La globalización va a generar una estructura nueva, un contexto nuevo, una forma de pensar nueva. Y eso lo podemos ver comparando el pensamiento de Popper con el pensamiento de Bauman, por ejemplo. Lo que para Popper era una oportunidad, es decir, este recuperar las fuerzas propias frente al determinismo, este sentido de la responsabilidad personal, la propia incerteza que tenemos sobre la historia, el hecho de que la historia no esté escrita y dependa de nosotros, para Bauman, describiendo la sociedad líquida y los problemas que tiene actualmente en el contexto de la globalización, se ve con inquietud, se entiende como una amenaza, que la sociedad percibe como tal y que le hace sentir inseguridad (BAUMAN, 2007).

La diferencia de planteamientos es evidente. Para Popper, “Jamás podremos retornar a la presunta inocencia y belleza de la sociedad cerrada; nuestro sueño celestial no puede realizarse en la tierra. Una vez que comenzamos a confiar en nuestra razón y a utilizar las facultades de la crítica, una vez que experimentamos el llamado de la responsabilidad personal y, con ella, la responsabilidad de contribuir a aumentar nuestros conocimientos, no podemos admitir la regresión a un estado basado en el sometimiento implícito a la magia tribal. Para aquellos que se han nutrido del árbol de la sabiduría, se ha perdido el paraíso. Cuanto más tratemos de regresar a la heroica edad del tribalismo, tanto mayor será la seguridad de arribar a la Inquisición, a la Policía Secreta y al gansterismo idealizado. Si comenzamos por la supresión de la razón y la verdad, deberemos concluir con la más brutal y violenta destrucción de todo lo que es humano. *No existe el retorno a un estado armonioso de la naturaleza. Si damos vuelta, tendremos que recorrer todo el camino de nuevo y retornar a las bestias*”, de tal manera que “si queremos seguir siendo humanos, entonces sólo habrá un camino, el de la sociedad abierta. Debemos proseguir hacia lo desconocido, lo incierto y lo inestable sirviéndonos de la razón de que podamos disponer, para procurarnos la seguridad y libertad a que aspiramos”¹¹.

Para Bauman, sin embargo, la incerteza es el problema fundamental de la sociedad líquida y no es superable a través de la razón o la responsabilidad personal: “social forms (structures that limit individual choices, institutions that guard repetitions of routines, patterns of acceptable behaviour) can no

¹¹ K. R. POPPER, op. cit., p. 216.

longer (and are not expected) to keep their shape for long, because they decompose and melt faster than the time it takes to cast them, and once they are cast for them to set. Forms, whether already present or only adumbrated, are unlikely to be given enough time to solidify, and cannot serve as frames of reference for human actions and long-term life strategies” (Bauman, 2007, 1). Es el signo de una época en la que las relaciones humanas se descomponen¹², el Estado ya no puede resolver problemas que son globales¹³ y la responsabilidad personal es una carga¹⁴.

2. Los enemigos actuales de la sociedad abierta

¿Qué es lo que ha ocurrido? Pues lo que ha ocurrido en el plano de la transformación social es que el desarrollo tecnológico ha acelerado extraordinariamente las condiciones del tiempo histórico, y que, por tanto, las coordenadas de tiempo y espacio que nosotros controlábamos dentro del Estado nacional durante el siglo XX son coordenadas que hoy no existen dentro del marco de la globalización. Eso significa que los enemigos de la sociedad abierta hoy no coinciden con los enemigos de la sociedad abierta en tiempos de Popper, no son los enemigos que representaban aquellos pensamientos fundamentalistas que podían establecer una organización totalitaria, que podían hacer derivar el Estado hacia el totalitarismo. Hoy no tenemos esas condiciones ya que el problema no es que se cierre el debate en el espacio público porque se instaure un régimen totalitario, algo que difícilmente va a ocurrir. Tenemos regímenes populistas e iliberales, pero difícilmente se va a

¹² “Interhuman bonds, once woven into a security net worthy of a large and continuous investment of time and effort, and worth the sacrifice of immediate individual interests (or what might be seen as being in an individual’s interest), become increasingly frail and admitted to be temporary”, *ibídem*, p. 2.

¹³ “The separation and pending divorce of power and politics, the couple that since the emergence of the modern state and until quite recently was expected to share their joint nation-state household ‘till death did them part’. Much of the power to act effectively that was previously available to the modern state is now moving away to the politically uncontrolled global (and in many ways extraterritorial) space; while politics, the ability to decide the direction and purpose of action, is unable to operate effectively at the planetary level since it remains, as before, local”, *ibídem*, pp. 1 y 2.

¹⁴ “The responsibility for resolving the quandaries generated by vexingly volatile and constantly changing circumstances is shifted onto the shoulders of individuals – who are now expected to be ‘free choosers’ and to bear in full the consequences of their choices”, *ibídem*, pp. 3-4.

llegar a un régimen totalitario, debido a los anticuerpos que se han generado a partir de la segunda mitad del siglo XX y que pueden impedir una involución de esa naturaleza.

De manera que ha habido una transformación de la política, que es también una transformación del tiempo y del espacio, que no se perciben ya en el siglo XXI del modo en que se percibían durante el siglo XX. Esto significa que el problema no es tanto la evolución hacia un régimen totalitario como temían Kelsen o Popper, sino la inestabilidad, la fragilidad, el carácter líquido de la sociedad, la incapacidad para decidir, la imposibilidad de establecer los términos del debate público, así como la fragmentación y radicalización que impiden que se puedan generar consensos. Los enemigos de la sociedad abierta son actualmente muy diferentes de los enemigos de la sociedad abierta en los tiempos de Popper y esto significa también que la sociedad europea tiene que afrontar nuevos retos para los que culturalmente no estaba preparada.

La sociedad cerrada tenía para Popper una configuración orgánica, similar a un organismo¹⁵. Esa configuración orgánica, como indicará posteriormente Isaiah Berlin, está también en la base del nacionalismo: la convicción de que el patrón de vida de una sociedad es similar al de un organismo biológico; de que los objetivos comunes de la sociedad consisten en aquello que ese organismo necesita para su apropiado desarrollo y esos objetivos son supremos; de que en caso de conflicto con otros valores que no deriven de los fines específicos del “organismo”, deben prevalecer los valores supremos de la sociedad. Esa condición orgánica determina que para el individuo la pertenencia a la nación sea una cuestión vital, algo que le da sentido a su vida (BERLIN, 1979/2019, 92-93).

¹⁵ “Una sociedad cerrada extrema puede ser comparada correctamente con un organismo. La llamada teoría organicista o biológica del Estado puede aplicársele en grado considerable. La sociedad cerrada se parece todavía al hatu o tribu en que constituye una unidad semiorgánica cuyos miembros se hallan ligados por vínculos semibiológicos, a saber, el parentesco, la convivencia, la participación equitativa en los trabajos, peligros, alegrías y desgracias comunes”, op. cit., p. 189. Ahora bien, “puesto que en el organismo no hay nada que pueda corresponder ni siquiera a las características más importantes de la sociedad abierta -por ejemplo, la competencia entre sus miembros para elevarse en la escala social- la llamada teoría organicista del Estado se basa en una falsa analogía. La sociedad cerrada, por el contrario, ignora, prácticamente, estas tendencias. Sus instituciones, incluyendo las castas, son sacrosantas, tabús. En este caso, la teoría organicista ya no se acomoda tan mal. No debe sorprendernos, por lo tanto, que la mayoría de las tentativas de aplicar la teoría organicista a nuestra sociedad no sean sino formas veladas de propaganda para el retorno al tribalismo”, K. R. POPPER, op. cit, p. 190.

Para Popper, en la medida en que la sociedad cerrada pierde su carácter orgánico se va convirtiendo gradualmente en una “sociedad abstracta”, que se desvincula de los grupos sociales concretos y aunque nunca podrá haber una sociedad completamente abstracta o preferentemente abstracta, “la mayoría de los grupos sociales concretos de una moderna sociedad abierta (con excepción de algunos dichos grupos familiares) son pobres sustitutos, dado que no proporcionan una vida común”¹⁶. Pensando entonces que exageraba, Popper formula la siguiente hipótesis: “No es imposible concebir una sociedad en que los hombres no se encontrasen nunca, prácticamente, cara a cara; donde todos los negocios fuesen llevados a cabo por individuos aislados que se comunicasen telefónica o telegráficamente y que se trasladasen de un punto a otro en automóviles herméticos (la inseminación artificial permitiría, incluso, llevar a cabo la procreación sin elemento personal alguno). Podríamos decir de esta sociedad ficticia que es una «sociedad completamente abstracta o despersonalizada». Pues bien, lo interesante es que nuestra sociedad moderna se parece, en muchos de sus aspectos, a esta sociedad completamente abstracta.”¹⁷

La exageración de entonces se ha quedado corta frente al desarrollo que ha experimentado la humanidad y la constatación de una sociedad, cuando menos “preferentemente abstracta” en el sentido Popperiano, como la que hemos vivido y seguimos viviendo en parte desde que se inició la crisis sanitaria. Popper no se lo planteó, porque era tan inimaginable en ese momento histórico que experimentáramos ese desarrollo como que fuera conducido por los grandes poderes globales que transformarían radicalmente los procesos comunicativos acercándolos cada vez más a las condiciones de una sociedad cerrada. A lo más que llegó fue a realizar una crítica de la televisión de la que dice que “se ha convertido en un poder demasiado grande para la democracia. Ninguna democracia puede sobrevivir si no se pone fin al abuso de este poder” de tal manera que una democracia no puede existir si no somete a control a la televisión¹⁸.

No podemos saber lo que pensaría Popper de las redes sociales, aunque su crítica a la televisión resulta significativa. En todo caso, sigue siendo una crítica limitada al marco del Estado nacional, que no pudo tener en cuenta las transformaciones que se han producido en los últimos veinte años, con la

¹⁶ K.R. POPPER, op. cit, p. 191.

¹⁷ *Ibidem*, p. 190.

¹⁸ KARL R. POPPER, *Cattiva maestra televisione*, a cura di Giancarlo Bosetti, 2002, Marsilio. Edición italiana de Kindle, p. 67.

globalización. En particular, las redes sociales y las aplicaciones de Internet están provocando un cambio de patrones culturales, un cambio de paradigma. Se trata de alteraciones profundas en el sentido de que tienen una incidencia general pero poco perceptible y que pueden afectar a la esencia misma de la sociedad abierta.

Algunos ejemplos se pueden indicar. Actualmente no hay ya un espacio público común, que es la base de una sociedad abierta, sino espacios públicos fragmentados, divididos, con el efecto burbuja que hace que se retroalimenten las propias posiciones a través de la ordenación de los algoritmos que realizan las compañías tecnológicas. Esto dificulta la articulación de consensos constitucionales e incluso de consensos políticos dentro del marco de la constitución. Por tanto, tenemos una dificultad de partida para generar un espacio público democrático que haga posible la reflexión y el debate.

Todo lo anterior tiene que ver con la percepción del espacio, pero lo mismo podríamos decir del tiempo. Nuestra percepción del tiempo es radicalmente diferente a la de hace pocos años. Las redes sociales han hecho que las tendencias que se manifiestan a través de las redes y de las aplicaciones de Internet tengan un impacto especial en los procesos comunicativos y den lugar a un debate público muy vivo en el que parece que los problemas tienen que resolverse en el mismo día o en la misma mañana en que se plantean. La solución de los problemas no se puede aplazar porque la celeridad del tiempo histórico impide que haya procesos reflexivos, procesos de maduración de cara al futuro.

Tenemos unas pautas culturales que han cambiado nuestra manera de entender el espacio público y que determinan un sentido diferente de los procesos políticos y constitucionales, que dificultan enormemente el desarrollo de las funciones del derecho constitucional y la preservación de la sociedad abierta. De manera que las crisis que está sufriendo el constitucionalismo en nuestro siglo no son solamente crisis puntuales o coyunturales, como la crisis económica o la involución democrática determinada por la intervención de Cambridge Analytica y Facebook en procesos electorales. También son crisis que definen un nuevo paradigma, una transformación importante del espacio público, de las condiciones de la política, de las condiciones del desarrollo constitucional (F. BALAGUER CALLEJÓN, 2018).

No podemos pensar que estas condiciones se podrían transformar simplemente con la buena voluntad de las compañías tecnológicas. Algunas sí, pero los posibles cambios se presentan como un obstáculo para el desarrollo de su modelo de negocio. Desde el punto de vista técnico los cambios sí son posibles, al menos por la información que tenemos, en concreto de Face-

book. Según el *Wall Street Journal*, esta compañía encargó un informe interno para determinar si sería técnicamente posible cambiar los algoritmos que usa, evitando así esa radicalización del espacio público. La conclusión fue que era perfectamente viable pero que la consecuencia sería una pérdida de ingresos por parte de Facebook, de manera que la decisión de la compañía fue no cambiar los algoritmos y continuar generando los mismos problemas en el espacio público (HORWITZ, & SEETHARAMAN, 2020).

Un modelo de negocio que se basa en la publicidad (nosotros somos el producto, no el consumidor, en la terrible frase de Andrew Lewis que da inicio al libro de Eli Pariser, “If you’re not paying for something, you’re not the customer; you’re the product being sold”¹⁹) necesita recabar permanente la atención del público y por eso vive de la inestabilidad, del debate, de la tensión, del radicalismo. Por ese motivo no era rentable para Facebook realizar una modificación en sus algoritmos que permitiera una estabilización de los procesos públicos, evitando fenómenos tales como la fragmentación, la radicalización, las fake news y la desinformación.

Hay elementos sobre los que las compañías tecnológicas pueden intervenir y tenemos que establecer las bases como constitucionalistas para someter a control a estas compañías. No me refiero solo a la configuración del espacio público sino también a la lesión permanente de derechos fundamentales, desde la protección de los datos personales hasta la privacidad y otros muchos derechos. Pero hay otras cosas que no vamos a poder cambiar porque dependen de transformaciones culturales que se han generado con las nuevas pautas desarrolladas a través de las innovaciones tecnológicas y para esas lo que tenemos que hacer es cambiar el derecho constitucional, porque no podemos modificar simplemente los procesos comunicativos gestionados por las redes sociales.

Cuando hay una tensión de esta naturaleza entre dos ámbitos que chocan, por un lado, nuestra percepción del constitucionalismo y, por otro lado, las innovaciones tecnológicas, no podemos pensar que vamos a cambiar solamente una de ellas, que solamente vamos a transformar a las compañías tecnológicas y sus aplicaciones para adaptarlas al derecho constitucional tal y como lo hemos entendido hasta ahora. Tenemos que realizar también una reflexión interna acerca de las cosas que tenemos que cambiar en el constitucionalismo para adaptarnos al siglo XXI. Seguimos viviendo en un constitucionalismo que en parte es del siglo XIX, en parte del siglo XX, pero en nin-

¹⁹ Andrew Lewis, bajo el alias *Blue beetle*, en el sitio Web *MetaFilter*, citado en Eli Pariser *The Filter Bubble* (p. 21). Penguin Books Ltd., Edición Kindle.

guna parte es todavía del siglo XXI. Esto provoca que la constitución esté cada vez más marginada en el espacio público, que los constitucionalistas tengamos cada vez menos peso social en el debate público, que la constitución este ausente de los grandes conflictos de nuestra época y que la sociedad abierta se debilite cada vez más.

3. Una sociedad abierta de dimensión europea

La crisis sanitaria, esa *matrioska* que lleva otras muchas crisis en su interior, ha sido también una ocasión para reflexionar sobre los problemas actuales de la sociedad abierta y su posible evolución. Para empezar sobre la posición del Estado en el contexto de la globalización, una cuestión fundamental, porque implica también la posición de la propia constitución. En efecto, hemos recuperado a la constitución con la crisis sanitaria porque hemos recuperado al Estado y al recuperar al Estado, que ha sido el centro de la lucha contra la crisis sanitaria (no por una bondad especial del Estado sino por el fallo de los mecanismos internacionales y supranacionales) hemos recuperado los debates constitucionales sobre el estado de alarma y sobre las características del derecho de necesidad, porque es un derecho que se ha desarrollado plenamente dentro del Estado.

Pero no podemos pensar que esa recuperación del Estado sea viable, que se mantenga para el futuro. Basta solamente considerar que con la crisis sanitaria las tendencias de desarrollo de la globalización se han incrementado. Hoy tenemos grandes agentes globales que han salido reforzados, en primer lugar, China, por supuesto. Estados Unidos, sin embargo, no ha existido realmente como Estado durante la Administración Trump, aunque seguramente recuperará con Joe Biden su posición de liderazgo dentro del contexto internacional. Hemos visto, por fortuna, una reacción de la sociedad norteamericana muy positiva en relación con los intentos de Trump de desvirtuar a la democracia y mantenerse en el poder, a pesar de haber perdido las elecciones. Por tanto, desde el punto de vista de la sociedad abierta y de sus actuales enemigos, los movimientos populistas, tenemos algunas señales de esperanza.

Sin embargo, lo cierto es que el Estado no va a volver, el Estado ha adquirido protagonismo durante la crisis porque han fracasado los mecanismo internacionales y supranacionales. La mejor noticia que podemos tener en el futuro es que la Unión Europea, si hay una nueva crisis de este tipo, active la nueva Unión Sanitaria Europea, active los mecanismos de emergencia de los

que se tiene que dotar y la respuesta a la crisis sea una respuesta supranacional y europea como la que se está dando en el plano de las vacunas pero que, desgraciadamente, no se dio en los primeros momentos de desarrollo de la pandemia. Una respuesta que se base en la solidaridad entre los Estados miembros y, sobre todo, que sea una respuesta europea.

El Estado no va a volver, tenemos más globalización y eso quiere decir más agentes globales, comenzando por China, que es el único Estado que se ha adaptado plenamente a las condiciones de la globalización pero, sobre todo, tenemos compañías tecnológicas más fuertes²⁰. Estamos ante compañías que han adquirido un poder extraordinario ya desde el punto de vista económico, sin hablar de su capacidad para gestionar los procesos comunicativos en todo el mundo. Por tanto, el Estado no va a volver y los constitucionalistas tenemos que hacernos a la idea de que tenemos que desarrollar un derecho constitucional supranacional para hacer frente a los retos de la globalización. El problema es que, entre los grandes agentes globales, en particular las compañías tecnológicas que hoy son el principal desafío de la sociedad abierta y del poder público, no hay ninguna europea, lo que dificulta las posibilidades de control y de actuación desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales y de la democracia.

Ciertamente Europa tiene que luchar actualmente en dos frentes contra los enemigos de la sociedad abierta. Sin embargo, los dos son muy desiguales porque el populismo, que aparece como el principal enemigo de la sociedad abierta es, en gran medida, un síntoma de una enfermedad más grave. Esa enfermedad es la configuración de una globalización descontrolada en muchos ámbitos: en el económico, que genera el sustrato social en el que nace el populismo y en el tecnológico, que es el principal abono, el fertilizante que lo desarrolla artificialmente y que lo ha conducido al poder en algunos países.

La sociedad abierta tiene grandes enemigos porque a los grandes agentes globales les interesa que haya inestabilidad constitucional y política. No hacen simplemente una apuesta por los movimientos populistas porque estos líderes favorezcan sus intereses, sino también porque la inestabilidad que

²⁰ El valor bursátil de las compañías tecnológicas como consecuencia de la crisis es extraordinario: a finales de julio de 2020, Apple o Amazon tenían ya un valor bursátil (con 1,61 y 1,49 billones de dólares respectivamente) superior al del PIB de España (1,42 billones de dólares). Si les uníamos a ambas el valor bursátil de Google (Alphabet, 1,03 billones de dólares), entre las tres superaban ya el PIB de Alemania (3,96 billones de dólares)²⁰. Solo un mes después, a finales de agosto, Apple se convertía en la primera compañía estadounidense en superar los dos billones de dólares de capitalización bursátil (2,13 billones), superando por sí sola el PIB de Italia (2,10 billones). Cfr. S. CORONA, I. FARIZA (2020).

generan los populismos en el poder bloquea la política y la capacidad de control de los poderes públicos sobre estas compañías. Tenemos así una colusión de intereses por parte de las grandes compañías tecnológicas en el ámbito externo y de los movimientos populistas en el interno, y aquí es donde realmente se plantea un gran problema de configuración del espacio público europeo. Y ese gran problema no tiene las características que en su momento dieron lugar a las teorías de Kelsen o de Popper para intentar controlar la evolución hacia el totalitarismo. Porque, entre otras cosas gracias a sus teorías, como hemos indicado, la sociedad europea ha desarrollado anticuerpos contra el fascismo y contra el totalitarismo.

Lo que ocurre es que estos anticuerpos, que se han generado con el Estado constitucional, con la integración supranacional y con la propia globalización, sirven para limitar la acción del Estado, impidiendo que el Estado pueda tener una deriva totalitaria pero no sirven, como hemos visto con la crisis sanitaria, para evitar la inacción del Estado, para impedir la inactividad del Estado, y eso ha permitido ver el gran riesgo del populismo. Porque el populismo no ha generado una involución totalitaria en Estados Unidos, pero ha provocado cientos de miles de muertos en ese país debido a su incapacidad para controlar la crisis sanitaria y lo mismo ha ocurrido en Brasil.

Parece claro que las cifras de contagios y de letalidad de la pandemia habrían sido muy diferentes en Estados Unidos o en Brasil si hubiera habido personas sensatas al frente de esos países en lugar de líderes populistas que fueron promovidos a la presidencia para bloquear la acción del Estado, para impedir que el Estado actuara. En una situación de emergencia, en una crisis sanitaria en que hacia falta la acción del Estado, estos líderes populistas no han actuado y han provocado una mayor pérdida de vidas humanas y un desastre sanitario en sus países. Por tanto, tenemos que decir que el populismo no es inocuo, no deja de tener riesgos, no es algo que deje de ser peligroso, porque en determinadas circunstancias puede provocar un daño enorme, aunque no consiga generar una involución totalitaria.

El populismo, como enemigo de la sociedad abierta, es también peligroso en su dinámica de lucha por el poder. Su retórica dañina destruye el espacio público, corrompe la constitución y puede generar un régimen autoritario, aunque los anticuerpos que se han generado contra el fascismo impidan que llegue a construir un régimen totalitario. A diferencia del fascismo, el populismo no se presenta como un movimiento antisistema, sino que pretende integrarse dentro del Estado constitucional, para desvirtuarlo desde dentro. Para comprender la peculiar naturaleza del populismo podemos partir de una afirmación que hiciera Norberto Bobbio en un discurso pronunciado

con motivo del treinta aniversario de la República Italiana, el 2 de junio de 1976. Decía Bobbio que una de las grandes virtudes de la democracia consiste en su capacidad para corregir los errores del sistema sin cambiar el sistema, algo que no ocurre en una dictadura, que sólo puede ser eliminada²¹. Partiendo de esa diferenciación de Bobbio, podríamos decir que lo que hace el populismo es situarse en una zona fronteriza entre la democracia y la dictadura, para poder utilizar las ventajas que para sus fines tienen ambos regímenes. De ese modo, utiliza el régimen democrático vaciándolo de contenido para perpetuarse en el poder, pero no llega a configurar una dictadura que pueda generar una oposición frontal para derrocarla.

El riesgo que presenta el populismo se deriva también del hecho de que se adapta extraordinariamente a las condiciones de los procesos comunicativos de nuestro tiempo, gestionados por las compañías tecnológicas, favoreciendo los intereses de estas compañías. Pero también se adapta a las condiciones de la globalización, que en gran medida ha alterado las condiciones espaciales y temporales de la política, variables sobre las que el populismo opera, pretendiendo alterar las propias coordenadas de espacio y tiempo de la constitución normativa (F. Balaguer Callejón, 2020c)

Como enemigo de la sociedad abierta, el populismo debe ser controlado para neutralizar un discurso que rompe los fundamentos de la convivencia, un discurso contrario a los derechos de los inmigrantes, a la igualdad de género, a los derechos de las minorías y al propio proyecto europeo. Los regímenes autoritarios e iliberales de inspiración populista también deben ser controlados. Podemos ver señales de esperanza en la gestión de la Comisión Europea que se está moviendo y tiene voluntad de transformar las cosas, de evolucionar hacia esquemas de integración mayores que permitan solventar los problemas.

A veces no acierta, como ocurre con el nuevo mecanismo sobre el Estado de derecho que, a diferencia del marco establecido en el año 2014 genera una falsa equivalencia entre los países que tienen un riesgo sistémico como son Hungría y Polonia y el conjunto de los países democráticos, sometiendo a todos de manera indiferenciada a un control absolutamente inapropiado que refuerza a los gobiernos iliberales y debilita a los democráticos. En estos últimos hay mecanismos internos de control que permiten resolver los problemas desde el punto de vista constitucional, de manera que Europa no debería intervenir. Europa solo debe intervenir de manera subsidiaria en los

²¹ NORBERTO BOBBIO, “Ora e sempre antifascisti”, 1976, publicado parcialmente en *La Repubblica*, 1 de junio de 2021.

países democráticos actuando cuando fallan todos los mecanismos internos. Mientras que sí debería desplegar una actuación contundente en el caso de Hungría y Polonia, donde hay problemas sistémicos (F. BALAGUER CALLEJÓN, 2020d).

También parece cuestionable la falta de articulación entre los diversos mecanismos y programas, así como la formulación concreta de la condicionalidad que se ha hecho en el Consejo Europeo de Bruselas de 11 y de 12 de diciembre de 2020, vinculada a cuestiones estrictamente presupuestarias y no al Estado de Derecho como tal²². Pero, más allá del debate puntual sobre lo acertado de las iniciativas que está impulsando la Comisión Europea, no puede dejar de reseñarse que hay una clara vocación de afrontar los retos que tiene planteados actualmente la Unión Europea, aunque el balance de estos mecanismos, que deberían servir para reforzar la sociedad abierta y para luchar contra sus enemigos, sigue siendo insatisfactorio.

En todo caso, los retos de la sociedad abierta no consisten sólo en luchar contra la desinformación o contra los atentados al Estado de derecho o a la democracia, sino también en reforzar los derechos fundamentales, la igualdad de género y la ciudadanía europea, como adecuadamente ha entendido la Comisión Europea con programas específicos orientados a esa finalidad. La ciudadanía es el núcleo de la construcción de una sociedad abierta. Nosotros no podemos construir una identidad europea con las mismas claves con las que se construyeron las identidades nacionales. Más aún, debemos tener reparos hacia una concepción excesivamente “orgánica” de la identidad (en el sentido de K. POPPER o de I. BERLIN, antes mencionado), que puede degenerar en un nacionalismo populista e irracional.

Lo que necesita la construcción constitucional de Europa no es tanto un sujeto histórico cuanto una forma de organización política: la democracia pluralista a nivel europeo. Esa organización política reflejaría justamente la pluralidad política y territorial de Europa en torno a las diversas ciudadanía existentes en la Unión Europea: regionales, estatales y europea. El problema es que en la Unión Europea la dimensión política de la ciudadanía está prácticamente ausente del espacio público europeo, al que accede básicamente a través de la mediación del Estado miembro al que pertenece. Este hecho supone reforzar la identidad nacional frente a la europea e impedir, en la práctica, la formación de una identidad propia a nivel europeo. En el espacio europeo no existen alternativas democráticas sino alternativas nacionales, de

²² Cfr. Conclusiones del Consejo Europeo de 11 y 12 de diciembre de 2020: <https://www.consilium.europa.eu/media/47348/1011-12-20-euco-conclusions-es.pdf>

manera que se proyecta siempre la identidad nacional como una parte consustancial al proyecto europeo. La ausencia de democracia pluralista resta potencial identitario a la ciudadanía europea porque esa ciudadanía se sigue proyectando a nivel europeo en clave nacional, lo que impide que contribuya a formar una auténtica identidad ciudadana europea. Una ciudadanía europea sin una democracia pluralista de dimensión europea no puede adquirir plenitud de sentido como factor de construcción constitucional de Europa.

Una democracia pluralista, una sociedad abierta y una identidad ciudadana europea son los elementos fundamentales sobre los que se podrá construir Europa. El concepto de ciudadanía, en particular, debe ser el factor impulsor de la configuración identitaria de Europa. Una ciudadanía que tiene lógicamente que definirse, como expone Habermas, a través de la solidaridad²³, de una solidaridad europea. La ciudadanía apela a un estatuto jurídico, a un estatuto de derechos y libertades, a elementos racionales con tendencia universalista, capaces de configurar la sociedad abierta sobre la que tiene que avanzar Europa (cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, 2021).

Conclusiones

Hemos podido ver en este trabajo como se configuró la idea de una sociedad abierta que hiciera frente a los riesgos totalitarios sobre la base de la crítica al determinismo y la creencia en la responsabilidad personal como factor de construcción de la historia, superando así la incerteza y la inestabilidad y alcanzando la libertad y la seguridad. Un planteamiento que se formula en relación con el Estado nacional y que se romperá en los tiempos líquidos de inestabilidad e incerteza estructural generados por la globalización. Los enemigos de la sociedad abierta ya no son los mismos, ahora tienen que ver con los grandes agentes globales y especialmente con las compañías tecnológicas que controlan los procesos comunicativos a nivel global y están contribuyendo a promover los movimientos populistas. Europa tiene que defenderse de los enemigos actuales de la sociedad abierta y promover tam-

²³ Como bien indica J. HABERMAS (2001, 16), “Si la emergencia de la conciencia nacional implicó un doloroso proceso de abstracción, que llevó de unas identidades locales y dinásticas, a otras nacionales y democráticas, ¿por qué debería, en primer lugar, esta generación de una clase de solidaridad cívica sumamente artificial – «solidaridad entre extraños» –, estar condenada a detenerse definitivamente justo ante los límites de nuestros clásicos Estados-nación?”.

bién un reforzamiento de la ciudadanía europea. Una ciudadanía que apela a criterios de racionalidad, inspirados en el constitucionalismo, que pueden contribuir a la defensa y revitalización de la sociedad abierta europea.

Bibliografía.

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2021). “La costruzione di un’identità cittadina europea”. En *Liber Amicorum Luigi Moccia*, a cura di Ermanno Calzolaio, Raffaele Torino, Laura Vagni, Roma TrE-Press, Roma, pp. 281-293.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020a). “El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas”. En F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitar-te Sánchez y J.F. Sánchez Barrilao (Dir.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Thomson, Madrid.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020b). “Continuidad y discontinuidad del proyecto europeo frente a la crisis sanitaria y la globalización”. *La cittadinanza europea*, n. 2, 2020, pp. 33-60.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020c). “Interpretación constitucional y populismo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 33.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020d). “Democracia y Estado de Derecho en Europa”. *La cittadinanza europea*, n. 2, pp. 33-60.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2019a). “Costituzione economica e globalizzazione”, *federalismi.it*, numero speciale. 5/2019.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2019b). “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Número 32.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2018). “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI” en *Nomos | Le attualità nel diritto- Anticipazioni* Convegno: *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa*: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2017). “Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna”- Eén Fulco Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, pp. 85-112.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2015). “Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo”, *La cittadinanza europea*, n° 1/2015, pp. 39-62.
- BALAGUER, CALLEJÓN, F. (2013). “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, Número 19, <http://www.ugr.es/~redce>.
- BAUMAN, Z. (2007). *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Polity Press, Cambridge.

- BERLIN, I. (1979/2019). “Nationalism: Past Neglect and Present Power” (1979), versión española, incluida en Isaiah Berlin, *Sobre el nacionalismo. Textos escogidos*. Editorial Página Indómita, Barcelona.
- CORONA, S., FARIZA I., (2020). “Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia”. *El País*, 23 de agosto de 2020.
- HÄBERLE, P. (1975). “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation”, *Juristen-Zeitung*, pp. 297-305.
- HABERMAS, J. (2001). “¿Por qué necesita Europa una constitución?”, *New Left Review*, n. 11.
- HORWITZ, J., SEETHARAMAN D. (2020) “Facebook Executives Shut Down Efforts to Make the Site Less Divisive”, en *Wall Street Journal*, 26 de mayo de 2020.
- KELSEN, H. (1960). *Reine Rechtslehre*, 2a Edición Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967.
- KELSEN, H. (1920/1934). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, versión española de la segunda edición de 1929, *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Labor, Barcelona.
- MORTATI, C. (1940). *La Costituzione in senso materiale*. Ristampa inalterata, Milano Giuffrè Editore, 1998.
- PELLICER L., FARIZA I. (2019). “Europa ultima un plan para dar la batalla en el negocio de los datos”. *El País*, 27 de noviembre de 2019.
- POPPER, K. R. (1945) *The Open Society and its Enemies*, versión española, Paidós, Barcelona, 1989.
- POPPER K. R. (2002) *Cattiva maestra televisione*, a cura di Giancarlo Bosetti, 2002, Marsilio. Edición italiana de Kindle.

IL CITTADINO E LA PERSONA AL CENTRO DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA

CHIARA AMALFITANO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della "cittadinanza dell'Unione europea" e delle tutele ad essa ricollegate. – 2. La "persona" come soggetto titolare di diritti nell'ordinamento dell'Unione europea. – 3. Il sistema di garanzie giurisdizionali approntato dall'Unione europea a tutela del singolo. – 4. Qualche breve considerazione tra emergenza sanitaria e occasioni di solidarietà.

La sessione conclusiva del V Congresso Italo-Spagnolo "*Europa, società aperta*" è stata dedicata a "*Persona e cittadino nello spazio comune europeo*". Le tematiche trattate nell'ambito del Congresso e il titolo stesso della sessione conclusiva sollecitano alcune brevi riflessioni con riguardo a due ambiti tanto ampi quanto tra loro fortemente correlati. Da un lato, diverse considerazioni si possono svolgere con riferimento al *cittadino* nello spazio comune europeo, da intendersi come spazio rappresentato dal territorio degli ormai ventisette Stati membri (in considerazione dell'avvenuta Brexit¹): un territorio caratterizzato, com'è noto, dalla libertà di circolazione (oltre che di merci, servizi e capitali) delle persone. D'altro lato, non si possono tralasciare alcune riflessioni sulla *persona* in quanto tale nello spazio comune europeo, ovvero nell'ordinamento dell'Unione europea.

¹ Dopo ben tre proroghe rispetto alla data originaria di uscita fissata al 29 marzo 2019, il Regno Unito ha cessato di essere Stato membro dell'Unione europea dal 31 gennaio 2020 a mezzanotte, ora di Bruxelles (v. <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/01/30/brexit-council-adopts-decision-to-conclude-the-withdrawal-agreement/>). L'accordo di recesso è stato firmato a Bruxelles e a Londra il 24 gennaio 2020. Il testo dell'accordo, insieme con la decisione (UE) 2020/135 del Consiglio del 30 gennaio 2020 relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, è pubblicato in *GUUE*, L 29 del 31 gennaio 2020, p. 1 ss. A partire dal 1° febbraio 2020, sono iniziati i negoziati tra Unione e tale Stato per definire le future relazioni: v. altresì la Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito, in *GUUE*, C 34 del 31 gennaio 2020, p. 1 ss. Tali negoziati si sono conclusi il 24 dicembre 2020 e il testo degli accordi è pubblicato in *GUUE*, L 444 del 31 dicembre 2020, p. 14 ss.

1. L'evoluzione della "cittadinanza dell'Unione europea" e delle tutele ad essa ricollegate

Con riguardo al primo aspetto, la figura del *cittadino* ha sicuramente avuto un ruolo centrale nello sviluppo del processo di integrazione europea; anzi, come evidenziato da autorevole dottrina, il regime giuridico riservato al cittadino "comunitario" è stato uno dei principali "termometri" del progressivo affermarsi dell'Unione come spazio unitario, privo di frontiere e dotato di una propria identità². Sul punto, pare utile volgere brevemente lo sguardo alle trasformazioni che hanno condotto la Comunità economica europea (CEE) a divenire l'attuale Unione europea (UE).

È noto che la CEE, come risulta dalla sua stessa denominazione, si caratterizzasse per una forte connotazione economica, nel senso che gli obiettivi perseguiti da tale organizzazione internazionale erano sostanzialmente legati al mercato e alla (regolamentazione della) produzione economica e, di conseguenza, strumentale a questi scopi era anche ogni azione intrapresa a livello "comunitario". In un simile contesto, la circolazione nel mercato "comune" (oggi "interno") era consentita ai soli cittadini di Stati membri che potessero considerarsi come "fattori produttivi" (dunque, il lavoratore subordinato e il lavoratore autonomo).

In questo contesto normativo originario si "innesta" la giurisprudenza della Corte di giustizia (delle Comunità europee allora, dell'Unione europea oggi), che, ben cogliendo lo spirito e le caratteristiche assolutamente innovative dell'organizzazione internazionale in esame, già nel 1963 nella sentenza *Van Gend en Loos*, riconosceva che l'«ordinamento giuridico di nuovo genere [...] riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri [e le istituzioni], ma anche i loro cittadini»³ intesi come titolari di diritti e destinatari di obblighi. È anche sulla base di queste considerazioni che – già prima della "nascita" della cittadinanza dell'Unione europea, che si deve, come noto, al trattato di Maastricht – la libertà di circolazione (in uno con il divieto di trattamenti discriminatori sulla base della nazionalità) è stata estesa anche a soggetti (cittadini di uno Stato membro) non economicamente attivi: si pensi al *turista*, in quanto

² ADAM, TIZZANO (2017, 379-380).

³ Corte giust., 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, ECLI:EU:C:1963:1.

fruitore di un servizio⁴, e a *chi cerca lavoro* (dimostrando di avere effettive possibilità di essere assunto) in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza⁵.

Alle innovazioni pretorie hanno fatto seguito quelle normative. Soprattutto attraverso una serie di direttive, la libertà di circolazione è stata garantita anche allo *studente*⁶ e al *pensionato* che abbia prestato attività lavorativa⁷, purché – entrambi – dotati di un'assicurazione sanitaria e di risorse sufficienti a non divenire un onere per l'assistenza sociale dello Stato ospitante.

Di siffatti interventi, giurisprudenziali e normativi, il trattato di Maastricht ha operato contemporaneamente una *summa* e un avanzamento⁸. Con esso, infatti, si perseguono e realizzano tre obiettivi che segnano una tappa essenziale nel processo di integrazione europea: innanzitutto, è eliminato, nella denominazione della Comunità, l'aggettivo "economica", imprimendo un non trascurabile valore politico e simbolico alle trasformazioni allora in atto e sancendo l'ingresso, tra gli obiettivi perseguiti, di tutta una serie di diritti e interessi sganciati dalle logiche di mercato⁹; in secondo luogo, viene creata l'Unione europea, affiancata, con il secondo e terzo pilastro, alla Comunità e, con Lisbona, piena "erede" di quest'ultima (v. art. 1 TUE); infine – e si tratta dell'aspetto più rilevante ai fini del presente lavoro – è istituita la cittadinanza "comunitaria" come istituto giuridico nuovo. Si è trattato, fin dall'inizio, di una cittadinanza "aggiuntiva", complementare rispetto a quella

⁴ Corte giust., 31 gennaio 1984, cause riunite C-286/82 e C-26/83, *Luisi e Carbone c. Ministero del Tesoro*, ECLI:EU:C:1984:35; Corte giust., 2 febbraio 1989, causa C-186/87, *Cowan c. Trésor public*, ECLI:EU:C:1989:47.

⁵ Corte giust., 26 febbraio 1991, causa C-292/89, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen*, ECLI:EU:C:1991:80. Deve anche ricordarsi un ulteriore intervento giurisprudenziale successivo al trattato di Maastricht, con cui il giudice del Kirchberg ha esteso l'applicabilità della libera circolazione anche ai pazienti, allontanandosi quindi ancor più nettamente dal solco del "cittadino come fattore produttivo", di cui s'è dato conto: in questo senso v. Corte giust., 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kobll c. Union des caisses de maladie*, ECLI:EU:C:1998:171.

⁶ Direttiva 90/366/CEE del Consiglio del 28 giugno 1990 relativa al diritto di soggiorno degli studenti, in *GUCE*, L 180 del 13 luglio 1990.

⁷ Direttiva 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, in *GUCE*, L 180 del 13 luglio 1990.

⁸ In tema v., per tutti, CONDINANZI, LANG, NASCIBENE (2006).

⁹ In questo senso, oggi, ha una valenza confermativa di quanto detto nel testo l'art. 3 TUE, che formula gli obiettivi perseguiti dall'Unione europea: v. sul punto quanto *infra*, nel testo.

dei singoli Stati membri (come oggi prevede l'art. 9 TUE), ma comunque profondamente innovativa: finalmente, in tutto il territorio dell'Unione, ha potuto circolare *il soggetto in quanto tale*, anche se non economicamente attivo, purché cittadino di uno Stato membro (dotato di disponibilità finanziarie e di assicurazione sanitaria, come detto). Nei confronti di questo “nuovo” soggetto, la cittadinanza “comunitaria” è divenuta essa stessa fonte di diritti e doveri (stando al tenore letterale del trattato; anche se, in sostanza, esso conferisce solo diritti e non detta alcun dovere) e la Corte di giustizia è intervenuta a qualificare il diritto alla libera circolazione come dotato di *effetto diretto*¹⁰, seppur nel rispetto delle *limitazioni e condizioni previste dal trattato*¹¹, ossia, come già ricordato, la disponibilità di risorse economiche sufficienti e di una assicurazione sanitaria. In sostanza, e per riprendere una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia¹², codificata dalla direttiva del 2004 disciplinante il diritto alla libera circolazione¹³, la cittadinanza dell'Unione e i diritti che ne derivano sono divenuti lo *status* fondamentale e automaticamente acquisito per ogni cittadino degli Stati membri¹⁴.

¹⁰ Corte giust., 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R*, ECLI:EU:C:2002:493, punti 80-86.

¹¹ *Ibid.*, punto 85. La medesima formulazione si rinviene, oggi, all'art. 21 TFUE, con gli adattamenti lessicali resi necessari dal trattato di Lisbona.

¹² Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458, punto 31; Corte giust., 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R*, ECLI:EU:C:2002:493, punto 82; Corte giust., 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539, punto 22; Corte giust., 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124, punto 41; Corte giust., 18 luglio 2013, causa C-523/11, *Prinz*, ECLI:EU:C:2013:524, punto 24; Corte giust., 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman e a.*, ECLI:EU:C:2018:999, punto 64; ancora, da ultimo, Corte giust., 17 dicembre 2020, causa C-398/19, *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Extradition vers l'Ukraine)*, ECLI:EU:C:2020:1032, punto 31.

¹³ V. direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in *GUUE*, L 158 del 30 aprile 2004. V. in particolare il considerando 3 di questa direttiva, che recita: «[L]a cittadinanza dell'Unione dovrebbe costituire lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri quando essi esercitano il loro diritto di libera circolazione e di soggiorno».

¹⁴ Su questo *status* ha profondamente inciso, per una parte rilevante della popolazione europea, l'avvenuta Brexit. Già a partire dal referendum del 2016, molti erano stati i dubbi relativi *in primis* alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito e dei cittadini del Regno Unito negli Stati membri dell'Unione una volta che il recesso si

Cercando di rintracciare anche nel presente i segni di queste tendenze evolutive, la centralità del cittadino (e della persona) nel processo di integrazione europea pare confermata, oggi più che mai, anche (e soprattutto, ad avviso di chi scrive) – oltre che dalla codificazione dei diritti del cittadino “comunitario” nella parte V della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – dall’attuale formulazione dell’art. 3 TUE, previsione che, come noto, elenca gli obiettivi perseguiti dall’Unione. Tra questi, infatti, l’obiettivo della realizzazione della «libera circolazione delle persone» all’interno di «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» rappresentato dai territori degli Stati membri viene menzionato prima di quello relativo alla costruzione e allo sviluppo del mercato interno, a testimonianza dell’inversione del rapporto di priorità tra queste due “anime” dell’integrazione “comunitaria”.

fosse realizzato: v. DAWSON, AUGENSTEIN (2016); LANG (2017); SPAVENTA (2019). L’accordo di recesso (v. *supra*, nota 1) dedica l’intera Parte Seconda al tema. La disciplina approntata con queste previsioni, in breve, può dirsi votata al principio della *continuità*, nel senso che tutti i cittadini dell’Unione residenti sul territorio del Regno Unito (e viceversa) che avranno acquisito il nuovo *status* di soggiorno ai sensi dall’art. 18 dell’Accordo, potranno continuare a godere dei diritti previsti dall’Accordo stesso, tipici dello *status* di cittadino dell’Unione, per tutto l’arco della vita (come espressamente stabilito dall’art. 39 dell’Accordo). Tuttavia, a ben vedere, come osserva correttamente LANG (2020), lo *status* dei beneficiari dell’Accordo risulta per molti profili “meno ricco” di quello dei cittadini dell’Unione (ad esempio, l’Accordo non conferisce ai cittadini del Regno Unito soggiornanti in uno Stato membro il diritto alla mobilità nell’Unione di cui beneficiavano in precedenza; del tutto esclusa è poi la libera prestazione di servizi). Si tratta in ogni caso di uno *status* minimo, potendo essere applicate disposizioni più favorevoli ai sensi dell’art. 38 dell’Accordo. Il 1° gennaio 2021 è entrato in vigore (sebbene in forma provvisoria, in attesa dell’approvazione del Parlamento europeo) l’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione europea e la Comunità europea dell’energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall’altra (v. *supra*, sempre nota 1). Tale Accordo, destinato a disciplinare le relazioni future, non prevede un capo dedicato ai diritti dei cittadini, sebbene vi siano alcune norme relative ai diritti degli stessi: ad esempio, in tema di sicurezza sociale e visti di breve durata (Titoli I e II, Rubrica IV, Coordinamento della sicurezza sociale e visti per soggiorni di breve durata). Dal 1° gennaio 2021 può dirsi, quindi, conclusa la libera circolazione delle persone tra Unione europea e Regno Unito, come peraltro sancito dall’*Immigration and Social Security Coordination (EU Withdrawal) Act 2020* (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/20/contents>). In tale Stato è ormai operativo un nuovo sistema di immigrazione a punti per lavoratori qualificati (v. <https://www.gov.uk/guidance/the-uks-points-based-immigration-system-information-for-eu-citizens.it#panoramica>).

2. La “persona” come soggetto titolare di diritti nell’ordinamento dell’Unione europea

Con riferimento alla *persona*, vale a dire all’individuo in quanto tale nell’ordinamento dell’Unione europea, anch’essa pare tutelata *in primis* dall’opera interpretativa della Corte di giustizia dell’Unione europea. Quest’ultima, infatti, dimostra una particolare inclinazione ad assicurare, nella propria giurisprudenza, il rispetto dei diritti fondamentali dell’individuo in sé considerato, anche – se vogliamo – per due ragioni di carattere più prettamente “politico”.

Da un lato, garantire tali diritti a livello “comunitario” consente al giudice del Kirchberg, già alla fine degli anni ’60, di reagire alla minaccia dei c.d. controlimiti invocata dalle Corti costituzionali nazionali (specie italiana e tedesca) per impedire l’applicazione del diritto allora comunitario che risultasse lesivo di principi costituzionali fondamentali e/o, appunto, di diritti inalienabili della persona: l’opera creativa della Corte di giustizia che “attrae” siffatti diritti nel novero dei principi generali di diritto di cui assicura l’osservanza (mediante un bilanciamento a favore degli stessi, anziché delle libertà di circolazione come nelle prime pronunce del giudice di Lussemburgo) consente di assicurare il rispetto del primato del diritto sovranazionale, evitando lo sfaldamento dell’“ordinamento di nuovo genere”. Il controlimite, dunque, anziché fattore di potenziale disintegrazione del diritto dell’Unione diviene, attraverso l’opera ermeneutica della Corte di giustizia, strumento di consolidamento della “comunità di diritto” e meccanismo di innalzamento della soglia di tutela dei diritti fondamentali¹⁵.

D’altro lato, l’approccio sempre più garantista della Corte di giustizia può aver contribuito a dimostrare che essa stessa è in grado di assicurare livelli soddisfacenti di rispetto dei diritti fondamentali dell’individuo, senza dover necessariamente realizzare quell’obbligo di mezzi di cui all’art. 6, par. 2, TUE¹⁶, vale a dire l’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e, dunque, la sottoposizione anche dell’operato del giudice dell’Unione al controllo della Corte di Strasburgo. Non pare un caso, dunque, che – benché sulla base di altre argomentazioni espresse – la Corte di giustizia abbia dato parere negativo al progetto di accordo di adesione sotto-

¹⁵ V. AMALFITANO, CONDINANZI (2015, 168-176, spec. 176); AMALFITANO (2018, 24-25 e 28-30).

¹⁶ In questo senso v. BARATTA (2013).

postole *ex art.* 218, par. 11, TFUE nel 2013¹⁷. Pur ricordandosi, per completezza, che i negoziati sull'adesione alla CEDU sono stati recentemente riavviati, nel tentativo di superare le "preclusioni" individuate dalla Corte di giustizia nel parere 2/13 e di soddisfare l'indicazione (secondo alcuni imperativa quanto al risultato) di cui al richiamato art. 6, par. 2, TUE¹⁸. E altresì non potendosi non evidenziare che talvolta l'approccio garantista della Corte di giustizia – che talora, invece, come ad esempio nella "saga *Taricco*" pare aver tenuto in scarsa considerazione le esigenze di tutela dei diritti fondamentali in gioco nella vicenda sottopostale – è sin eccessivo, ponendosi essa come "giudice dei diritti" al pari della Corte EDU anche se le specificità dei quesiti pregiudiziali alla sua attenzione avrebbero dovuto farla propendere per soluzioni di irricevibilità (e quindi di conseguente non garanzia dei diritti rilevanti nella specie)¹⁹.

Ad ogni modo, con riguardo al tema in esame, un passaggio chiave nel processo di integrazione europea finalizzato a porre al centro dell'ordinamento la "persona" (e anche in questo caso significativo anche quanto alla sua valenza "politica") si realizza, indubbiamente, con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali prima e, in particolare, poi, con l'attribuzione ad essa di efficacia vincolante pari a quella dei trattati (v. art. 6, par. 1, TUE). Benché istituzioni (organi e organismi) e Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione (come oggi recita espressamente l'art. 51, par. 1, Carta) siano tenuti al rispetto dei diritti fondamentali già in quanto principi

¹⁷ Corte giust., 18 dicembre 2014, parere 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454; sul processo di adesione e le sue difficoltà, v. ANRÒ (2015) ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁸ Già il Consiglio "Giustizia e affari interni", 7 e 8 ottobre 2019 aveva indicato l'adesione come una priorità. Dal 29 settembre al 1° ottobre 2020 si è tenuto il I nuovo, dopo il 2013, (il VI, complessivamente considerati) meeting del gruppo di lavoro 47+1 per avviare i lavori per i nuovi negoziati, con l'obiettivo di superare le censure della Corte di giustizia nel citato parere 2/13. Dopo quello di ottobre 2020, si sono svolti altri 6 incontri. Il prossimo meeting, che sarà dunque l'VIII (XIII), è in programma tra il 10 e il 13 maggio 2022.

¹⁹ Per un esempio recente si richiama l'attenzione sulla decisione assunta dalla Corte di giustizia nella sentenza del 16 luglio 2020, causa C-129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri contro BV*, ECLI:EU:C:2020:566, per un'analisi della quale sia consentito rinviare a AMALFITANO, (2020) in *Sistema Penale*. La soluzione interpretativa della Corte è stata peraltro poi – a mio parere – mal applicata dalla Corte di cassazione nella recente sentenza 24 novembre 2020, n. 26757, dove si riconosce, sì, il diritto al risarcimento del danno (eccedente rispetto all'indennizzo già normativamente riconosciuto) alla vittima di reato in fattispecie puramente interna, anche se in assenza di una reale "violazione grave e manifesta" (e che pure, invece, il giudice di cassazione ritiene evidentemente tale).

generali di diritto e dunque, come testé ricordato, per il tramite dell'opera creativa/interpretativa della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Stauder* del 1969²⁰, la proclamazione della Carta e poi il riconoscimento ad essa di efficacia vincolante hanno assicurato maggiore visibilità ai diritti ivi sanciti e, per alcuni versi almeno, anche un rafforzamento della certezza della loro tutela²¹, seppur creando (almeno nell'ordinamento italiano) quell'effetto di "traboccamento" contestato in dottrina e che ha condotto all'*obiter dictum* di cui alla sentenza della Consulta n. 269/2017 e alla successiva giurisprudenza costituzionale quanto alla delimitazione di un nuovo rapporto triangolare (in caso di doppia pregiudiziale) tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale²².

E i diritti, in quanto fondamentali e dell'individuo, devono essere di regola assicurati anche nell'ordinamento dell'Unione non soltanto ai cittadini, ma alla persona in quanto tale, a prescindere dalla sua nazionalità: chiara conseguenza è che anche i cittadini extracomunitari devono godere del medesimo trattamento e delle medesime garanzie assicurate, di norma, ai cittadini degli Stati membri²³. Del resto, per rendersi conto della centralità della "persona" come soggetto titolare di diritti basta scorrere gli articoli della Carta: il termine si trova nella maggior parte di essi senza alcuna limitazione o "etichettatura" legata alla nazionalità; anche se certo il riconoscimento a qualunque soggetto del diritto volta a volta rilevante deve essere garantito entro l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, nel cui "cono d'ombra" – secondo la nota espressione coniata dall'attuale Presidente della Corte di giustizia Koen Lenaerts – la Carta "opera"²⁴.

Vero è che, nell'ordinamento dell'Unione, esistono ancora diversi regimi normativi indirizzati ai soli cittadini degli Stati membri; tuttavia, si contano numerosi anche gli interventi di armonizzazione (per lo più direttive) che hanno come destinatario la persona, l'individuo: basti ricordare, per tutte, le direttive in materia di non discriminazione²⁵ e quelle miranti al ravvicinamen-

²⁰ V. Corte giust., 12 novembre 1969, causa C-29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, ECLI:EU:C:1969:57.

²¹ Sull'evoluzione della natura giuridica della Carta, v. AMALFITANO (2018); LAZZERINI (2018); MORI (2020).

²² *Amplius*, sia consentito rinviare a AMALFITANO (2020-bis) e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

²³ V., per alcune considerazioni critiche sul tema, IPPOLITO (2011).

²⁴ K. LENAERTS (2013), spec. p. 117.

²⁵ V., per tutte, la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni

to delle legislazioni penali nazionali sul piano processuale²⁶. Sulla base di queste premesse, non sembra del tutto casuale che, benché l'Unione non abbia alcuna competenza generale in tema di diritti fondamentali, sia però tenuta a rispettarli laddove esercita competenze attribuitele dai trattati (v. art. 6, par. 1, TUE e v. art. 51, par. 1, Carta); né può tralasciarsi il fatto che esistano due disposizioni che le attribuiscono una competenza (questa volta esplicita) ad intervenire *anche* in tema di tutela dei diritti fondamentali stessi, proprio nei due settori sopra menzionati: ci si riferisce, nello specifico, all'art. 19 TFUE (sulle misure adottabili per combattere le discriminazioni) e all'art. 82, par. 2, TFUE (quanto al ravvicinamento delle legislazioni processuali penali degli Stati membri).

Sembra dunque potersi dire che l'ordinamento dell'Unione, considerato nel suo complesso (e nella sua complessità), sia oggi orientato al crescente tentativo di garantire il rispetto dei diritti fondamentali a tutti gli individui e in una prospettiva "globale", senza più delimitazioni che derivino dalle qualità soggettive dell'individuo o dalla meritevolezza "economica" dell'interesse di cui si richiede tutela. Da questo punto di vista – e pur con i limiti di applicazione *ratione personae* (ove rilevanti) sopra richiamati – non pare così fuorviante un parallelismo tra quanto avviene (pur poi con i dovuti distinguo anche sul *quantum* di tutela²⁷) quando ci ritroviamo nell'ambito di applica-

di lavoro, in *GUUE*, L 303 del 2 dicembre 2000; la direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in *GUUE*, L 180 del 19 luglio 2000; la direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, in *GUUE*, L 373 del 21 dicembre 2004. Tutte queste direttive contengono una disposizione che stabilisce espressamente che esse «si applica[no] a tutte le persone».

²⁶ V., per tutte, la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in *GUUE*, L 142 del 1° giugno 2012; la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in *GUUE*, L 315 del 14 novembre 2012; nonché la direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, in *GUUE*, L 294 del 6 novembre 2013.

²⁷ E nonostante la previsione di cui all'art. 52, par. 3, Carta dei diritti fondamentali, che detta la nota clausola di equivalenza, in base alla quale il contenuto e la portata dei diritti garantiti dalla Carta che hanno un corrispondente nella CEDU devono essere equivalenti, appunto, nel minimo di tutela al corrispondente diritto CEDU. Resta salva la possibilità per

zione del diritto dell'Unione e quando siamo al di fuori di esso, occorrendo sempre assicurare all'individuo/persona il rispetto dei diritti sanciti dalla Carta (*in primis*) nell'ordinamento dell'Unione e dalla CEDU nel sistema convenzionale, a norma di quanto disposto dal suo art. 1, secondo cui: «[L]e Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione» (corsivo aggiunto).

3. Il sistema di garanzie giurisdizionali approntato dall'Unione europea a tutela del singolo

La centralità dell'individuo e la necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali al più ampio spettro possibile di soggetti non possono evitare, peraltro, di misurarsi con la strutturazione del sistema “comunitario” di tutela giurisdizionale, inteso come l'insieme dei meccanismi giurisdizionali di cui l'Unione europea dispone per conseguire gli obiettivi appena citati e di alcuni altri meccanismi che, sebbene non siano a ciò direttamente preposti, finiscono comunque per concorrere alla tutela effettiva di siffatti diritti.

Tra i primi, meritano un posto di rilievo il ricorso per annullamento *ex art. 263 TFUE*, il ricorso in carenza *ex art. 265 TFUE* e l'azione di responsabilità extracontrattuale dell'Unione *ex artt. 268 e 340 TFUE*. In particolare, le prime due azioni, pur fondate su presupposti di fatto diametralmente opposti, mirano entrambe a tutelare il ricorrente nei confronti di una condotta (sia essa l'adozione o l'ingiustificata mancata adozione di un atto) riferibile all'Unione europea e capace di ledere l'interesse del ricorrente medesimo; ed è importante rilevare che, tra i motivi che possono condurre all'annullamento dell'atto (ovvero alla censura della mancata adozione), figura la violazione di qualsiasi norma di diritto dell'Unione, ivi compresi quindi i principi generali dell'ordinamento “comunitario” e i diritti fondamentali riconosciuti nella Carta di Nizza²⁸. Sembra potersi dire che l'esistenza stessa di questi strumen-

l'Unione di innalzare il livello di tutela, ma – a ben vedere – anche di accogliere soluzioni interpretative che assicurino l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione (come espressamente sancito nelle Spiegazioni della Carta *sub* disposizione in esame) e che, come tali, non siano perfettamente allineate al livello di tutela fornito nel sistema convenzionale. *Amplius*, sul tema, sia consentito rinviare a AMALFITANO (2018, spec. 4 s., 59 ss. e 183 ss.).

²⁸ A titolo esemplificativo, v. Corte giust., 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione e a. c. Kadi*, ECLI:EU:C:2013:518, ove la decisione di

ti esperibili anche dal singolo individuo in difesa dei propri interessi (anche, naturalmente, quando il ricorrente non è cittadino di alcuno degli Stati membri dell'Unione) rappresenti (e questo, peraltro, sin dalle origini dell'“ordinamento giuridico di nuovo genere”) un indice significativo della centralità di quest'ultimo nel sistema “comunitario”, caratterizzato, del resto, dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, che la stessa Carta oggi pretende garantito a mente del suo art. 47²⁹. Certo, non possono passare inosservate le limitazioni processuali che, da sempre, accompagnano l'accesso del privato a tali strumenti di tutela, imponendogli di dimostrare un interesse ad agire particolarmente severo (tanto da valergli la qualifica dottrinale di “ricorrente non privilegiato”)³⁰. Anche le modifiche da ultimo apportate con il trattato di Lisbona con lo scopo di attenuare le suddette limitazioni e rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale dei singoli non possono dirsi del tutto soddisfacenti se si analizzano le soluzioni giurisprudenziali relative alla nuova categoria di atti impugnabili *ex art. 263*, par. 4, TFUE³¹. Tali limitazioni, tuttavia, si sono sempre giustificate con l'esigenza di evitare la c.d. *actio popularis* e con la necessità, dunque, di assicurare un buon funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione, e difficilmente – anche a fronte della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia nel senso della effettività della tutela giurisdizionale approntata a favore del singolo anche prima del trattato di Lisbona – esse saranno oggetto di ulteriori “contenimenti” e revisioni.

Anche il rinvio pregiudiziale, sebbene sia un meccanismo non contenzioso di

annullamento della Corte è stata fondata sulla violazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva. In dottrina, v., per tutti, LEANERTS, MASELIS, GUTMAN (2014, 382-385).

²⁹ Si noti come proprio l'azionabilità dinanzi al giudice dell'Unione di questo diritto (nella declinazione di diritto alla ragionevole durata del processo) ha condotto al riconoscimento di una responsabilità per danni dell'Unione stessa per fatto del suo giudice: v., *inter alia*, Corte giust., 26 novembre 2013, cause riunite C-40/12 P, *Gascogne Sack Deutschland c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:768; Corte giust., 26 novembre 2013, causa C-50/12 P, *Kendrion c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:771; Corte giust., 26 novembre 2013, causa C-58/12 P, *Groupe Gascogne c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:770. In tema v. DOMENICUCCI (2015). Per le prime sentenze del Tribunale che accertano tale responsabilità v. 10 gennaio 2017, causa T-577/14, *Gascogne Sack Deutschland e Gascogne c. Unione europea*, ECLI:EU:T:2017:1; 1° febbraio 2017, causa T-479/14, *Kendrion c. Unione europea*, ECLI:EU:T:2017:48; 17 febbraio 2017, causa T-40/15, *ASPLA e Armando Álvarez c. Unione europea*, ECLI:EU:T:2017:105 (su cui v. DOMENICUCCI (2017)) e 7 giugno 2017, causa T-673/15, *Guardian Europe Sàrl c. Commissione e Corte di giustizia dell'Unione europea*, ECLI:EU:T:2017:377.

³⁰ AMALFITANO (2003); LENAERTS, MASELIS, GUTMAN (2014, 312-364); ADAM, TIZZANO (2017, 294-301).

³¹ Per un esame efficace della giurisprudenza in questione v. BURELLI (2020).

tutela giurisdizionale in quanto finalizzato ad assicurare, tramite il dialogo tra giudice nazionale e Corte di giustizia, la corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, è in realtà uno strumento capace (anche) di rendere giustizia nel caso concreto. Al pari del rinvio pregiudiziale interpretativo, anche la procedura di infrazione può assicurare al singolo, seppur indirettamente (tramite una successiva rimozione legislativa o intervento giudiziale), il riconoscimento dei diritti ad esso spettanti dall'ordinamento dell'Unione e negati dall'ordinamento nazionale in virtù di una mancata o non corretta trasposizione³². E sempre più frequentemente, in tempi recenti, la procedura in parola è stata impiegata per accertare la violazione di diritti fondamentali da parte degli Stati membri³³, talora anche per far fronte alle difficoltà legate all'impiego dello strumento di cui all'art. 7 TUE. Tale disposizione, come noto, regola le modalità attraverso cui reagire alla minaccia di violazione o alla violazione stessa dei valori su cui si fonda l'Unione (sanciti dall'art. 2 TUE): nel voler garantire il rispetto dei valori fondamentali dell'Unione, il meccanismo ivi delineato finisce per svolgere una funzione di tutela anche nei confronti dei singoli, giacché in quegli stessi valori fondamentali – e in particolar modo nello Stato di diritto, oggi al centro di una rinforzata e multiforme azione di tutela da parte delle istituzioni dell'Unione³⁴ – sono compresi, esplicitamente o implicitamente, anche molti dei diritti fondamentali della persona³⁵.

A completamento dei meccanismi di tutela giurisdizionale previsti

³² In argomento, v., per tutti, PRETE (2017).

³³ V., ad esempio, Corte giust., 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2012:687; Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531; Corte giust., 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:924. In dottrina, v. SCHEPPELE (2013); ARANCI (2019).

³⁴ Da ultimo, si ricorda l'adozione del Meccanismo europeo per lo Stato di diritto, che monitora annualmente il rispetto di tale principio in ogni Stato membro (v. la prima relazione annuale della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2020)580 final del 30 settembre 2020; la seconda relazione, pubblicata il 20 luglio 2021, è la COM(2021)700 final) e alcune forme di condizionalità agganciate all'esecuzione del bilancio dell'Unione, approvato (sulla scorta dell'emergenza sanitaria da Covid-19) superando il veto di Ungheria e Polonia, non a caso i due Stati membri ove si riscontrano le maggiori criticità sul rispetto della *rule of law*. Sul Meccanismo europeo per lo Stato di diritto e sulla prima relazione adottata in applicazione di detto strumento, v. CIPRANDI (2020). Sulla correlazione tra *rule of law* e diritti fondamentali della persona, v., da ultimo, i considerando nn. 1, 3, 6, del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del 16 dicembre 2020 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in *GUUE*, L 433I del 22 dicembre 2020.

³⁵ V. MANGIAMELI (2013), spec. p. 132.

dall'Unione, si collocano quelli predisposti dagli ordinamenti degli Stati membri per assicurare l'effettività dello stesso diritto dell'Unione (e il suo primato). Oggi tale "integrazione" tra meccanismi "comunitari" e nazionali di tutela – che si estrinseca per il tramite del già richiamato rinvio pregiudiziale, ma altresì attraverso l'esperibilità dinanzi al giudice nazionale dell'azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto dell'Unione ai sensi della giurisprudenza *Francovich*³⁶ – trova espressa codificazione nell'art. 19, par. 1, capoverso, TUE, secondo cui «[g]li Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

4. Qualche breve considerazione tra emergenza sanitaria e occasioni di solidarietà

Non ci si può, infine, esimere da alcune considerazioni sempre legate alla tutela dei diritti dei singoli in relazione alla drammatica situazione in cui si trova, ancora oggi, l'Unione europea a fronte della crisi innescata dalla pandemia di Covid-19. Tale crisi ha assunto, come ben si è potuto constatare durante i due anni appena trascorsi, non soltanto dimensioni di difficile gestione, ma anche caratteristiche che obbligano a ricercare soluzioni estremamente complesse. È stato evidente, in particolare, che alla crisi sanitaria si sia accompagnata una crisi economica di gravità altrettanto disarmante, soprattutto se si considera l'orizzontalità con cui ha investito tutti gli strati della società³⁷. Questo nuovo paradigma costringe, oggi, a fare i conti con il bilanciamento inedito (o, quantomeno, mai sperimentato con tale profondità) tra diritti attinenti alla vita e alla salute, da un lato, e diritti di natura economica,

³⁶ V. Corte giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifazi c. Italia*, ECLI:EU:C:1995:372, spec. punti 31-43. Va ricordato, peraltro, che il diritto al risarcimento dei danni cagionati dall'inadempimento di uno Stato è stato ampliato e completato in Corte giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93, *Brasserie du pêcheur c. Bundesrepublik Deutschland*, e C-48/93, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e a.*, ECLI:EU:C:1996:79, ove detto diritto al risarcimento è ricostruito, a seconda dei casi, come corollario dell'effetto diretto o come rimedio alla non configurabilità di quest'ultimo, specificando meglio anche i presupposti che caratterizzano l'azione di responsabilità davanti al giudice nazionale.

³⁷ Sui tratti essenziali della duplice crisi (sanitaria ed economica) scaturita dalla pandemia e sulle reazioni messe in campo dall'Unione europea per fronteggiarla v. AMALFITANO, CON-DINANZI (2020, 1-40); LIONELLO (2020); RITLENG (2020).

dall'altro lato. In questo senso si sono posti molti provvedimenti adottati a livello nazionale (in Italia e non soltanto), con i quali si è tentato di trovare un punto di equilibrio precario in ciascuna delle situazioni concrete in cui la pandemia ha riversato i propri effetti.

Da questo punto di vista, assume rinnovato rilievo la previsione dell'art. 52, par. 1, della Carta, che consente restrizioni dei diritti sanciti in questo catalogo solo ove esse siano «previste dalla legge» e rispettino «il contenuto essenziale di detti diritti e libertà», con l'ulteriore requisito dato dai principi di proporzionalità e di necessità, dalla tutela degli interessi dell'Unione e dall'«esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Questa previsione, nata con lo scopo di contenere le possibilità di deroga alle prescrizioni della Carta, potrebbe ora ricoprire un nuovo ruolo di utile “guida”, per i legislatori nazionali, nel difficile compito di bilanciare diritti entrambi di primaria importanza ma che, nel contesto dell'attuale emergenza, rischiano di confliggere. Tenendo a mente il *caveat* per cui, a norma del suo art. 51, par. 1, la Carta dispiega la propria efficacia vincolante nelle sole situazioni in cui, come ricordato, rileva l'applicazione del diritto dell'Unione, l'auspicio è che tale disposizione possa essere utilizzata per approntare (seppur indirettamente) un modello, per quanto possibile comune a tutti gli Stati membri (se del caso, evidentemente, anche per il tramite dell'opera ermeneutica della Corte di giustizia), di protezione dei diritti fondamentali e delle libertà del cittadino e della persona, così da fornire ad essi alcuni (pochi) “punti fermi” in relazione al presente momento di difficoltà e al suo (prossimo, ci si augura) superamento.

Se ancora vale l'adagio di Jean Monnet, secondo cui «l'Europa si farà nelle crisi e sarà la somma delle soluzioni che si troveranno per queste crisi», è da augurarsi che l'Unione sappia far fronte a quest'ultima prova in modo da risultarne rafforzata, anche rispetto ai populismi e sovranismi che, negli ultimi anni, hanno rappresentato dei relativi pericoli per la stabilità del processo di integrazione, recuperando slancio con una rinnovata solidarietà (anche tra Stati membri) centrata, ora più che in passato, sul valore del cittadino e della persona³⁸.

³⁸ Per analoghe considerazioni, seppur ricordando, quanto alla solidarietà tra Stati membri, la dichiarazione del 1950 del ministro degli esteri francese Robert Schuman, v. già AMALFITANO, CONDINANZI (2020, spec. 36-37).

Riferimenti bibliografici

- ADAM, R.; TIZZANO, A. (2017). *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino.
- AMALFITANO, C. (2003). *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 13-44.
- AMALFITANO, C. (2018). *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Edward Elgar Publications, Cheltenham-Northampton.
- AMALFITANO, C. (2020). *Diritto della vittima o vittime del diritto? Un nuovo episodio dell'intricato (e contraddittorio) percorso giurisprudenziale relativo all'interpretazione della direttiva 2004/80/CE*, in *Sistema Penale*, 227-242.
- AMALFITANO, C. (2020-bis). *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 296-321.
- AMALFITANO, C.; CONDINANZI, M. (2015). *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino.
- AMALFITANO, C.; CONDINANZI, M. (2020). *Chi ha (ancora) paura dell'Europa? Qualche riflessione alla luce anche della pandemia da Covid-19*, in Amalfitano, C.; Condinanzi, M. (a cura di), *Paura dell'Europa: spunti di razionalizzazione*, Giappichelli, Milano.
- ANRÒ, I. (2015). *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano.
- ARANCI, M. (2019). *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Eurojus*, 49-63.
- BARATTA, R. (2013). *Accession of the EU to the ECHR: The Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism*, in *Common Market Law Review*, 1305-1332.
- BURELLI, C. (2020). *Le misure di esecuzione ex art. 263, quarto comma, TFUE a dieci anni da Lisbona. Effettivo ampliamento della legittimazione a impugnare dei soggetti privati?*, in *Federalismi.it*, 10 anni dal Trattato di Lisbona, 301-325.
- CIPRANDI, A. (2020). *Pubblicata la relazione della Commissione sullo Stato di diritto nell'Unione europea: un primo monitoraggio sulla situazione dei 27 Stati membri*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo internet: <http://rivista.eurojus.it/pubblicata-la-relazione-della-commissione-sullo-stato-di-diritto-nellunione-europea-un-primo-monitoraggio-sulla-situazione-dei-27-stati-membri/>.
- CONDINANZI, M.; LANG, A.; NASCIBENE, B. (2006). *Cittadinanza dell'Unione europea e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano.

- DAWSON, M.; AUGENSTEIN, D. (2016). *After Brexit: Time for a Further Decoupling of European and National Citizenship?*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo internet: <https://verfassungsblog.de/brexit-decoupling-european-national-citizenship/>.
- DOMENICUCCI, D.P., *Il diritto a un processo equo entro un termine ragionevole nell'ordinamento dell'UE: much ado about nothing?*, in *Federalismi.it*, 11 novembre 2015.
- DOMENICUCCI, D.P., *Alea iacta est: il Tribunale condanna l'Unione europea a risarcire i danni causati dalla violazione del diritto alla durata ragionevole del processo*, in *Sidiblog*, 24 marzo 2017.
- IPPOLITO, F. (2011). *Principio di non discriminazione e cittadini extracomunitari*, in *Studi sull'integrazione europea*, 279-299.
- LANG, A. (2017). *La salvaguardia dei diritti di soggiorno dei cittadini dell'Unione nei negoziati per la Brexit*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo internet: <http://rivista.eurojus.it/la-salvaguardia-dei-diritti-di-soggiorno-dei-cittadini-dellunione-nei-negoziati-per-la-brexit/>.
- LANG, A. (2020). *Il diritto di soggiorno secondo l'accordo di recesso del Regno Unito dalla UE: una protezione per tutto l'arco della vita*, 10 dicembre 2020, <https://www.aisdue.eu/web/wp-content/uploads/2020/12/Alessandra-Lang.pdf>.
- LAZZERINI, N. (2018). *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: i limiti di applicazione*, Franco Angeli, Milano.
- LENAERTS, K. (2013). *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in Kronenberger, V.; D'Alessio, M.T.; Placco V. (eds), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Hommage en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruxelles, 107-143.
- LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GURMAN, K. (2014). *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford.
- LIONELLO, L. (2020). *Next Generation EU: Has the Hamiltonian Moment Come for Europe?*, in *Eurojus*, 22-42.
- MANGIAMELI, S. (2013). *Article 2 TEU*, in Blanke, H.-J.; Mangiameli, S. (a cura di). *The Treaty on the European Union. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 109-155.
- MORI, P. (2020). *Il valore aggiunto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Annali AISDUE*, 9-15.
- PRETE, L. (2017). *Infringement Proceedings in EU Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn.

RITLENG, D. (2020). *L'Union européenne et la pandémie de Covid-19: de la vertu des crises*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 483-492.

SCHEPPELE, K. L. (2013). *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions*, Princeton, disponibile all'indirizzo internet: <https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2013/11/scheppele-systemic-infringement-action-brussels-version.pdf>.

SPAVENTA, E. (2019), *Mice or horses? British citizens in the EU 27 after Brexit as "former EU citizens"*, in *European Law Review*, 589-604.

OUTSIDE&INSIDE THE EUROPEAN UNION.
POLITICA DI ALLARGAMENTO, CONDIZIONALITÀ
E CRISI DELLO STATO DI DIRITTO DENTRO L'UNIONE EUROPEA

MARIA PIA IADICICCO

SOMMARIO: 1. Premessa: le relazioni verso l'esterno e all'interno dell'UE declinate come questioni di sovranità. – 2. Le peculiarità dell'allargamento ad Est e il perfezionamento delle condizioni di adesione. Confronto con la cd. condizionalità macroeconomica. – 3. Criticità della politica di allargamento alla luce dell'esperienza concreta. – 4. Le risposte dell'UE alla crisi dello Stato di diritto. Il Regolamento sul regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. – 5. Bibliografia.

1. Premessa: le relazioni verso l'esterno e all'interno dell'UE declinate come questioni di sovranità

Per spiegare le ragioni che ci spingono ad approfondire la politica di allargamento dell'UE ed il suo legame con il tema della sovranità si rivela molto utile richiamare testualmente le limpide, ma dense considerazioni formulate da J.H.H. Weiler (2003, 617) in occasione del Quinto grande allargamento: «la decisione sull'allargamento è stata l'unica e la più rilevante decisione costituzionale adottata negli ultimi dieci anni e probabilmente anche di più. Nel bene e nel male, il cambiamento nel numero degli Stati membri, nell'ampiezza della popolazione, nella sua geografia e topografia e la sua miscela culturale e politica si realizzano in una scala di magnitudine tale da rendere la nuova Europa una comunità politica, molto diversa, *indipendentemente* dalla struttura costituzionale che verrà adottata».

La motivazione principale di un *incursus* in questa sede sul tema dell'allargamento dell'UE dovrebbe essere pertanto chiara: al netto delle tante considerazioni e valutazioni che possono avanzarsi con riguardo a tale politica, sulle forme della sua concreta realizzazione e sugli obiettivi contingenti e a lungo termine perseguiti, l'ampliamento degli Stati membri dell'Unione costituisce una decisione sostanzialmente politica, e probabilmente «nel bene e nel male»¹ una delle più rilevanti del processo di integra-

¹ *Ibidem.*

zione europea, trattandosi di una decisione eminentemente costituzionale². Provando a mutuare una tradizionale terminologia volta a denotare la duplice declinazione della nozione di sovranità – pur consapevoli delle insidie che possono celarsi dietro ad ogni eccesso tassonomico – è possibile sostenere che l'allargamento intercetta e interseca quella nozione tanto nella sua dimensione interna, quanto in quella esterna, rivelando e probabilmente amplificando le note contraddizioni e i tratti di incompiutezza che entrambe le dimensioni rivestono quando riferite ad un'entità *sui generis* qual è l'UE.

Al contempo, è opportuno precisare che ogni decisione sull'ampliamento degli Stati membri, prima delle Comunità europee, oggi dell'Unione, richiede di essere contestualizzata, potendo il successo della stessa, il suo fallimento o anche solo l'emersione di criticità dipendere e essere condizionata dai plurimi fattori di contesto in cui quella decisione si cala. Pertanto se, come preconizzava Weiler, all'esito del V grande allargamento sarebbe emersa comunque una nuova Europa *indipendentemente* dall'accettazione del nuovo assetto prefigurato nel «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» ed elaborato nel corso del coevo processo costituente europeo, cionondimeno gli andamenti e gli esiti di quell'allargamento non possono ritenersi una variabile indipendente dal contesto.

Scopo di questo scritto è quello di approfondire la politica di allargamento dell'UE e, in particolare, la cd. condizionalità di adesione, vagliandone la portata e l'effettività alla luce della loro applicazione nell'esperienza concreta del V allargamento. Rinviano ad altri studi per un approfondimento del fronte (ancora aperto) dell'ampliamento dell'Unione ai Balcani occidentali (CERRUTI, 2019), l'attenzione sarà focalizzata sulla crisi dello Stato di diritto che ha investito alcuni Paesi entrati all'esito del V allargamento, coinvolgendo per questo la stessa UE. Nel ricostruire le azioni intraprese dalle istituzioni europee per rimediare a questa crisi, si terrà conto sia delle procedure di cui all'art. 7 TUE, perfezionate proprio in occasione e in connessione con il V allargamento, sia delle misure che, nel più recente periodo, sono state elaborate (non senza resistenze e problematicità), per sopperire alle inefficienze delle prime. Ciò consentirà di tematizzare, come prima avvertito, la riflessione sulla politica di allargamento all'interno di un contesto più ampio, il quale tenga conto delle direzioni del processo di integrazione, dello stato dell'UE e in particolare delle molteplici crisi che l'hanno attraversata e tuttora

² Coglie e sottolinea il legame tra il tema dell'allargamento (e della sua condizionalità, specie con riferimento all'indipendenza del potere giudiziario) e la questione della sovranità anche CUKANI, (2021, pp. 7 ss.)

l'attraversano (la crisi dei debiti sovrani, la crisi migratoria, la Brexit), tenuto conto anche del sopravvenire dell'emergenza, ancora in corso, da Covid-19, la quale ha innescato una nuova crisi, prima di tutto ma non solo sanitaria, in un momento nel quale l'UE non aveva ancora assorbito e superato le precedenti.

Ripercorrendo gli sviluppi delle pratiche di condizionalità se ne vogliono rimarcare alcuni tratti evolutivi, tra i quali, in particolare, il tentativo di ancoramento delle stesse non solo a parametri macroeconomici, quanto anche ai principi dello Stato di diritto, sui quali l'UE dichiara di fondarsi.

2. Le peculiarità dell'allargamento ad Est e il perfezionamento delle condizioni di adesione. Confronto con la cd. condizionalità macroeconomica

Il V allargamento dell'UE, conclusosi (in due *tranche*) nel primo decennio del XXI secolo, coevamente all'approvazione e al fallimento del Trattato costituzionale europeo, ha manifestato, fin dall'avvio dei primi negoziati, specificità tali da contraddistinguerlo dai precedenti e più limitati ampliamenti. La grande ondata di adesioni di ben 12 Stati (10 Paesi dell'Europa centro-orientale e le isole di Malta e Cipro) ai 15 già membri dell'UE ha posto in primo piano, e in maniera incomparabile rispetto al passato, non solo i problemi di adeguamento delle istituzioni e dei processi decisionali alla nuova realtà dell'UE allargata, ma soprattutto la questione fondamentale dell'identità e dei fini del processo di integrazione europea, ponendosi come un vero e proprio *stress test* della capacità di avanzamento e di tenuta, sul piano politico, economico e sociale e prim'ancora ideale, dell'Europa a 27. Ciò che è apparso oltremodo evidente in occasione dell'allargamento ad Est – e che si sta a tutt'oggi vivendo, pur con ulteriori problematiche, nella prospettiva dell'adesione dei Balcani occidentali –, si è rivelato in maniera altrettanto inequivocabile pure in occasione delle mancate adesioni, tra le quali quella della Turchia ha assunto un valore emblematico (CUKANI, 2021, pp. 155 ss.). In effetti, se è certo che qualsiasi decisione (in positivo o in negativo) sull'allargamento, come anche sull'opzione del recesso, impone una rilettura del processo di integrazione europea, della sua capacità di reggere il passo di un'evoluzione comune, cercando di coglierne le direzioni o le deviazioni, non può dubitarsi che, proprio nella prospettiva dell'allargamento ad Est, l'UE sia stata posta di fronte ad una sfida, la quale ha chiamato in causa la propria identità. Scegliendo di unire il proprio destino con quello di Paesi appena usciti dall'orbita sovietica e che a lungo si sono ispirati a valori e

principi lontani da quelli propri della tradizione liberal-democratica, la costruzione e la identificazione di una identità europea – sicuramente composta e plurale, ma chiara nella individuazione dei suoi tratti distintivi – si sono rivelati un banco di prova della capacità di essere «uniti nella diversità»³, in una tensione in grado di non sfociare in conflitti radicali.

Benché, già nel corso degli anni '80, l'adesione di Grecia, Spagna e Portogallo alle Comunità europee sia stata percepita come un fattore decisivo di consolidamento democratico di quei Paesi, appena usciti da precedenti esperienze autoritarie, con l'allargamento ad Est si è decisamente alzata la posta in gioco; di fatti, pur ritenendo che la politica di adesione avrebbe favorito e consentito la transizione democratica degli Stati dell'ex blocco sovietico, non si è sottovalutato il potenziale pericolo di snaturamento dell'Unione. È in questo contesto, dunque, di consapevolezza dell'entità della sfida ma certamente e comunque contrassegnato da un grande entusiasmo (eccessivo e mistificante, si potrebbe dire con il senno di poi...) sulle sorti dell'integrazione europea, che ha trovato una più compiuta definizione la politica di allargamento, costruita attorno alla determinazione di criteri di adesione e all'elaborazione di un articolato procedimento che si dispiega attraverso il confronto ravvicinato e protratto nel tempo tra le istituzioni europee (Commissione e Consiglio) e gli Stati candidati.

A partire dal Consiglio europeo di Copenaghen del 1993, sono stati individuati, in maniera sempre più chiara, seppur ugualmente ampia, una serie di criteri che danno sostanza alla cd. condizionalità di adesione: per poter entrare a far parte dell'UE, il Paese candidato, oltre ad essere in grado di assolvere gli obblighi giuridici derivanti da tale appartenenza (criterio giuridico) e ad avere un'economia di mercato funzionante e capace di rispondere alle pressioni concorrenziali e alle forze di mercato dominanti (criterio economico), deve aver raggiunto una stabilità istituzionale tale da garantire la democrazia, lo stato di diritto, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze (criterio politico). Anche negli sviluppi successivi del diritto primario, si è esplicitamente affermato che è condizione ineludibile per l'adesione di uno Stato europeo all'Unione, il rispetto dei *founding principles* (BOGDANDY, 2010, pp. 95 ss.), enunciati nell'art. 2 TUE. L'art. 49 TUE, nel delineare la procedura di adesione e condizionando altresì la stessa al rispetto dei diritti umani, della dignità, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, di cui all'art. 2, ha così trasposto, al livello più elevato delle

³ Così testualmente il motto dell'Unione europea, usato per la prima volta nel 2000.

fonti dell'UE, i criteri già definiti dal Consiglio di Copenaghen, la cui rilevanza restava fino ad allora confinata soltanto sul piano politico.

Senza potersi addentrare in questa sede in un approfondimento di ciascun criterio⁴, è invece opportuno puntare l'attenzione su alcuni aspetti generali che rilevano particolarmente ai fini della nostra riflessione: in primo luogo è da evidenziare il crescente rilievo acquisito, tra le condizioni di adesione, da quelle di tipo politico. Ciò può essere spiegato tenendo conto di più fattori, alcuni dei quali insistono propriamente sul versante interno all'Unione – *in primis*, e come si è detto, la costruzione dell'identità europea – altri, non meno rilevanti, si legano all'esperienza pregressa dei Paesi candidati.

In secondo luogo e in stretta connessione con ciò, deve ricordarsi che, proprio in vista dell'allargamento ad Est e al fine di salvaguardare il patrimonio assiologico dell'UE⁵, sono stati delineati procedimenti volti a constatare e poi sanzionare la violazione grave e persistente dei valori di cui all'art. 2 TUE da parte di uno Stato membro; tali previsioni (ora riportate nei §§ 2 e 3 dell'art. 7 TUE) sono state originariamente introdotte con il Trattato di Amsterdam e successivamente integrate dal Trattato di Nizza, il quale ha previsto pure una procedura di “allerta precoce” (e precisamente di constatazione dell' «evidente rischio di violazione grave» di uno o più principi fondanti), in un'ottica dunque di prevenzione dell'irrogazione di sanzioni.

Pertanto, da una lettura congiunta degli art. 2, 49 e 7 TUE si ricava chiaramente che il rispetto dei valori, su cui l'UE dichiara di fondarsi, costituisce presupposto e condizione ineludibile per l'adesione di nuovi Stati membri e, allo stesso tempo, assurge a parametro fondamentale delle procedure di cui all'art. 7. In altre parole, identici sono i criteri cui devono conformarsi le relazioni *inside* e *outside*, e, nell'ambito di queste ultime, quelle che marcano il passaggio “dal fuori al dentro”, dalla condizione di Stato terzo, a quello di Stato candidato all'adesione e poi membro dell'UE.

In terzo luogo, è altrettanto importante sottolineare che la condizionalità europea di adesione presenta, al netto delle criticità di cui si dirà di qui a poco e della sua natura complessa, un legame particolarmente marcato con i

⁴ Si rinvia a KOCHENOV, (2008); CERRUTI, (2010).

⁵ Anche nell'opinione pubblica, l'allargamento ad Est suscitava speranze e timori, legati però e forse in misura ancor più accentuata non solo alla entità quantitativa dell'allargamento e all'impatto di esso sulla comune identità europea, quanto sulle conseguenze in ordine alla libera circolazione dei nuovi cittadini europei con le sue ricadute sul mondo del lavoro e dell'impresa.

principi dello Stato di diritto e il rispetto dei diritti fondamentali, il che rileva oltremodo se si tiene conto che la più nota e dibattuta forma di condizionalità europea, quella cd. macroeconomica, presenta una ben diversa coloritura e portata. In effetti, e come attentamente precisato in dottrina (PINELLI, 2013), se è vero che il termine “condizionalità” può assumere diversi significati, anche nel solo e più ristretto contesto dell’Unione europea, e poi, all’interno di questa, dell’Eurozona, la pratica della condizionalità presenta significative oscillazioni, a seconda che si basi su procedure di concertazione e di dialogo e in vista della preservazione di obiettivi comuni o serva a imporre principi e regole, corredate da un apparato di sanzioni adeguato al perseguimento di determinati obiettivi.

Provando a schematizzare, seppur a costo di qualche semplificazione, si può dire che nell’UE la condizionalità opera nelle relazioni “esterne” con Paesi terzi (ad es. assistenza allo sviluppo, commercio bilaterale, accordi di cooperazione); è funzionale all’adesione di nuovi Stati membri (cd. condizionalità di adesione) e alla preservazione dei valori fondanti l’Unione; può perseguire obiettivi macroeconomici e proprio tale regime di condizionalità ha assunto, soprattutto a partire dal 2010, una funzione di “disciplinamento” degli Stati che versano in situazioni finanziarie squilibrate. Sebbene presupposti e modalità operative delle singole e specifiche condizionalità ora richiamate varino notevolmente a seconda degli contesti specifici in cui trovano applicazione, così come sostanzialmente diversi sono gli obiettivi perseguiti con ciascuna di essa, concentrare l’attenzione su di una singola forma di condizionalità, senza considerare le altre, può rivelarsi riduttivo, e lo è a maggior ragione oggi, considerato si avverte una sempre più marcata convergenza delle stesse verso obiettivi comuni.

Prima di vagliare queste più recenti dinamiche, è opportuno non solo scandagliare le criticità della politica di allargamento e valutarne il collegamento con la crisi dello Stato di diritto in Europa, ma anche fare qualche puntualizzazione sulle pratiche di condizionalità. Non si teme di cadere in un eccesso di retorica nel sostenere che, tra quelle dapprima elencate, la più nota forma di condizionalità sia quella che è testualmente definita «rigorosa condizionalità», introdotta, a seguito della definizione della nuova *governance* economica europea in risposta alla crisi dei debiti sovrani, con la revisione, in forma semplificata, del TFUE che, nell’art. 136, ad essa subordina la concessione di «qualsiasi assistenza finanziaria» da parte dell’istituendo MES. Proprio questa versione “macroeconomica” della condizionalità, avente non solo un oggetto ben definito ma anche una portata più chiara rispetto alla condizionalità di adesione, oltreché differenti modalità operative, è stata for-

temente criticata, per molteplici ragioni⁶, tanto da spingere le istituzioni dell'Unione, anche su sollecitazione di alcuni Stati membri, come l'Italia, a prefigurare significative proposte di modifica sul tipo di condizioni da soddisfare per accedere ai finanziamenti europei. Tale prospettiva, che si era dischiusa già prima dello scoppio della emergenza sanitaria da Covid-19, è divenuta più concreta dopo questa, quando all'interno del dibattito sul Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 e sulla riforma delle risorse proprie – ove era già inserita la proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri⁷ –, si è andato ad innestare anche il piano *Next Generation EU*, ovvero il più significativo e promettente strumento elaborato per far fronte alla crisi pandemica. Quanto si sta delineando, specie con il regolamento appena citato, collegato a NGUE, e nonostante le molte resistenze che ha incontrato e ancora incontra, non può forse ritenersi un vero e proprio cambio di registro, ma è certamente uno scenario interessante, in quanto in esso si profila un tentativo di congiunzione e convergenza tra i due principali perni della condizionalità europea, provando quantomeno ad affiancare ai sinora imperanti parametri econometrici, finalizzati a garantire una sana gestione finanziaria nell'UE, anche i parametri (più decantati ma meno “fortunati”) del rispetto dello Stato di diritto.

3. Criticità della politica di allargamento alla luce dell'esperienza concreta

Volendoci spingere ora a delineare più chiaramente i tratti di congiunzione tra gli artt. 2, 7 e 49 TUE, vagliando l'effettiva capacità performante dei principi racchiusi nel primo nei confronti dei meccanismi e delle procedure delineate negli altri, è necessario prendere le mosse dai profili di criticità della politica di allargamento, emersi anche nel corso dell'esperienza concreta.

⁶ Nell'immensa mole degli studi dedicati al MES, si rinvia al breve ma incisivo contributo di CHESSA, (2021, pp. 203 ss. e alla bibliografia essenziale ivi riportata), il quale invita ad astenersi da letture mistificanti di quel meccanismo e a vagliare con razionalità il rapporto tra finalità dichiarate e strumentazioni apprestate.

⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri COM/2018/324 final - 2018/0136 (COD). La proposta, con sostanziali modificazioni, è stata approvata il 16 dicembre 2020, Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Al riguardo, uno dei problemi più volte sollevati risiede nell'eccessiva indeterminazione dei criteri di adesione, in specie di quelli politici; tale indeterminazione, oltre ad inficiare le attività di monitoraggio che devono dispiegarsi in ogni fase del processo, si ritiene possa dar luogo ad una esorbitante aleatorietà nelle valutazioni delle istituzioni europee.

Inoltre, nella concreta esperienza applicativa maturata in occasione del V allargamento, le procedure hanno manifestato un certo grado di opacità e si sono contraddistinte per la scarsa partecipazione. L'assenza di dibattito pubblico, stigmatizzata anche da Weiler (WEILER, 2003., p. 617), è parsa tanto più contraddittoria se messa a confronto con la logica fortemente partecipativa che ha accompagnato, a partire dalla Dichiarazione di Laeken, il dibattito sulla costituzione europea, svoltosi nel medesimo arco temporale.

Oggetto di penetrante critica (KOCHENOV, 2008, pp. 85 e 119) è stata anche la valutazione unitaria di parametri tanto complessi quanto indeterminati, quali, in particolare, il rispetto della democrazia e dello Stato di diritto; la loro trattazione congiunta, potendo dar luogo ad antinomie tra gli specifici profili applicativi, è apparsa come una scelta mossa più dalla volontà di semplificare i negoziati e accelerare la conclusione del procedimento, che dalla volontà di verificare l'effettivo soddisfacimento delle condizioni di adesione.

Invero, questa osservazione critica merita una puntualizzazione: non può negarsi infatti che proprio nel corso del V allargamento si sia tentato di conferire una più chiara consistenza alla condizionalità di adesione, prefigurando un monitoraggio continuo, il quale è stato condotto basandosi su elementi concreti. Se ciò ha, per un verso, consentito di stemperare la genericità dei criteri di riferimento, per altro verso, non ha potuto snaturare il carattere eminentemente politico degli stessi, unitariamente considerati, e di quelli propriamente politici, in particolare. Naturalmente, e anche questo pare innegabile, il contesto all'interno del quale queste operazioni si sono svolte è stato a lungo contraddistinto da un generale entusiasmo per le sorti dell'integrazione europea e da una diffusa fiducia per il suo procedere in senso incrementale, con risultati di segno positivo tanto sul piano quantitativo, quanto su quello qualitativo, il che invero (e non solo con il senno di poi) non era affatto scontato. Ad ogni modo, è materialmente riscontrabile che, soprattutto in occasione del V allargamento, siano state escluse soltanto, ed a volte troppo benevolmente, situazioni corrispondenti a macroscopiche e sistematiche violazioni dei diritti umani. Anche sul piano propriamente istituzionale, evidentemente connesso a quello della tutela dei diritti, sebbene la Commissione si sia spinta a verificare l'effettivo funzionamento dei poteri dello Stato e la conformazione degli stessi ai principi dello Stato di diritto, ci

si è limitati, al di fuori dei casi di evidente disfunzionamento degli stessi, ad un giudizio di mera sufficienza, sottovalutando le difficoltà connesse al non pieno radicamento dei nuovi principi costituzionali nella vita politica, negli apparati amministrativi e giudiziari degli Stati aderenti (CARTABIA, 2001, p. 141). Ed in effetti anche questo *modus operandi* finisce per fornire un'ulteriore prova della profonda connessione tra la politica dell'allargamento e il concreto verificarsi di rischi di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE da parte di alcuni Stati membri di recente adesione (BOGDANDY, IOANNIDIS, 2014, pp. 59 ss.)

Alla luce delle difficoltà riscontrate, già nel dicembre 2006 il Consiglio europeo ha dettato le nuove "parole d'ordine" per i futuri allargamenti: «consolidamento, condizionalità e comunicazione». Più precisamente la nuova strategia di allargamento avrebbe dovuto rispettare i seguenti principi: il consolidamento degli impegni già assunti; l'applicazione di una condizionalità giusta ma rigorosa; un maggiore uso della comunicazione al fine di coinvolgere i cittadini sugli obiettivi e le sfide dell'allargamento. In una fase storica in cui si iniziavano ad avvertire in maniera più marcata gli aspetti critici del processo di integrazione, dopo l'entusiasmo delle esperienze convenzionali, l'UE dichiarava di non voler venir meno agli impegni assunti ma, nello stesso tempo, esprimeva l'esigenza di dover procedere con maggiore cautela alla decisione di nuovi ampliamenti, i quali sarebbero stati contrassegnati dal rispetto di una più *rigorosa* condizionalità, una qualificazione, questa, non proprio inedita nel panorama eurounitario.

4. Le risposte dell'UE alla crisi dello Stato di diritto. Il Regolamento sul regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione

Molti degli Stati entrati con il V allargamento si sono contraddistinti, fin dall'imminenza dell'ingresso, per aver ostacolato l'assunzione di decisioni comuni, anche di particolare rilievo (ad es. la ratifica Trattato di Lisbona), adducendo non di rado la motivazione di dover salvaguardare la propria sovranità e identità nazionale⁸. Ma soprattutto nel corso dell'ultimo decennio,

⁸ Particolarmente dura è stata anche l'opposizione manifestata dalla Ungheria e Slovacchia avverso decisioni del Consiglio in materia di ricollocamento obbligatorio di persone richiedenti la protezione internazionale.

Sull'uso populista della identità nazionale, MARTINICO, (2020, pp. 3961 ss.)

alcune riforme approvate in Ungheria e Polonia hanno destato particolare preoccupazione per la salvaguardia dei valori europei di cui all'art. 2 TUE, tanto che si è, tra l'altro⁹, ricorsi, per la prima volta, alla procedura "di allerta precoce" di cui a § 1 dell'art. 7¹⁰.

Va ricordato nuovamente che nella formulazione originaria dell'articolo non figurava alcun meccanismo di preallerta, volto alla constatazione dell'esistenza di un rischio evidente di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE. L'esperienza maturata sul campo – in particolare nel caso Haider ma anche in altre circostanze in cui si è ipotizzato di attivare le procedure di constatazione e poi di sanzione avverso violazioni gravi e persistenti – aveva spinto a prefigurare altri strumenti di salvaguardia del patrimonio costituzionale europeo. Invero, se la vicenda austriaca aveva dimostrato che minacce per i valori dell'Unione potessero provenire anche da parte di Paesi di più salde tradizioni democratiche, contribuendo così a rompere il rapporto genetico tra l'art. 7 e l'art. 49, al contempo l'incrementale allargamento e soprattutto le problematiche riscontrate nell'effettivo soddisfacimento delle condizioni di adesione avevano consigliato di rafforzare e completare la "cassetta degli attrezzi" di cui dispone l'Unione per assicurare il rispetto dei propri valori fondanti, concepiti allo stesso tempo quale presupposto essenziale ai fini dell'adesione di uno Stato europeo all'Unione, ma pure come condizione di partecipazione *pleno iure* alla stessa da parte degli Stati già membri, e dunque oramai *inside*.

Anche con riferimento al meccanismo di allerta precoce e alla sua attivazione nei confronti di Ungheria e Polonia si è parlato di un «momento costituzionale», mediante il quale le istituzioni dell'UE possono contribuire a definire i confini invalicabili dell'identità europea e ad innescare un processo di «autorigenerazione» costituzionale negli Stati membri¹¹. Sennonché, il faticoso avvio della procedura di cui all'art. 7, § 1, e il susseguirsi di eventi

⁹ Ovvero insieme e parallelamente al coinvolgimento della Corte di Giustizia tramite procedure di infrazione e rinvii pregiudiziali. Sull'adeguatezza di queste misure si sono espressi giudizi contrastanti; pur apprezzandosi gli sforzi della Commissione e della Corte, la quale si è spinta anche a ricorrere ai poteri straordinari di sospensione delle misure nazionali in grado di ledere i principi dello Stato di diritto, resta il limite sostanziale di quei procedimenti giurisdizionali, capaci di rimediare solo violazioni specifiche (e non sistematiche del diritto dell'UE), oltretutto l'amara constatazione che la «supplenza giudiziaria» (così DANI, 2021, p. 213) non è valsa a stimolare un mutamento di rotta negli Stati coinvolti.

¹⁰ Attivato contro la Polonia dalla Commissione (COM (2017) 835 final, del 20 dicembre 2017) e contro l'Ungheria dal Parlamento (Ris. PE P8_TA(2018)0340 del 12 settembre 2018).

¹¹ A. VON BOGDANDY ET AL., (2018); M. DANI, (2021).

tutt'altro che rassicuranti sulla capacità della stessa di incidere sulla deriva illiberale in corso in quei Paesi¹² hanno portato a galla i limiti e le criticità del complesso di misure prefigurate nell'art. 7 TUE. Senza voler qui ripetere le osservazioni a tal proposito già svolte altrove (IADICICCO, 2014), ci si limiterà a segnalare alcune problematiche, che hanno trovato effettivo riscontro nei casi concreti appena menzionati. Cominciando dagli aspetti più marcatamente procedurali, va precisato che i meccanismi di cui all'art. 7 sono costruiti con l'intento di conciliare prudenza e cautela con il rispetto del principio del contraddittorio e la possibilità di controllo democratico da parte del Parlamento europeo. Al riguardo però proprio questa istituzione, la quale ha formalmente attivato la procedura di allerta precoce nei riguardi dell'Ungheria¹³, ha più volte denunciato il deterioramento della situazione in entrambi i Paesi dopo l'avvio del procedimento; essa ha anche lamentato che le audizioni svolte dal Consiglio non sono organizzate in modo regolare, strutturato e aperto, impedendo così la partecipazione del Parlamento alle stesse. In effetti, sebbene in questi anni siano stati compiuti molti sforzi per il perfezionamento dell'armamentario, specie da parte della Commissione europea che ha migliorato gli strumenti di monitoraggio¹⁴ e ne ha previsti di nuovi¹⁵, non si può non constatare che essi si siano rivelati alla prova dei fatti del tutto inconcludenti. L'attivazione dei canali informativi e persuasivi non ha sortito alcun effetto migliorativo, né dissuasivo alla perpetrazione di pratiche illiberali e probabilmente pure la riluttanza manifestata da altre istituzioni nel portare avanti le procedure ne ha inficiato l'esito. Sicuramente *a priori* hanno pesato pure le alte maggioranze richieste, addirittura il requisito dell'unanimità in seno al Consiglio europeo per l'accertamento di violazioni gravi; tali *quorum* deliberativi sono tanto più difficili da raggiungere quando i Paesi coinvolti (o quelli potenzialmente da coinvolgere) sono più d'uno e tra gli stessi potrebbe cementarsi (come effettivamente accaduto) un'alleanza per evitare il raggiungimento dei *quorum* deliberativi¹⁶. Ma, come opportunamente rilevato ed argomentato (DANI, 2021 p. 213), a monte di tutta la vi-

¹² Nonché l'alto rischio che simili derive possano interessare anche altri Stati di recente adesione, specie sul versante delle garanzie di autonomia del potere giudiziario.

¹³ V. *retro* nota n. 10

¹⁴ In part. si v. la Comunicazione del 2014, «Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto», che individua tre fasi di dialogo con lo Stato sottoposto al monitoraggio.

¹⁵ V. almeno il Quadro di valutazione UE della giustizia; il «Meccanismo europeo per lo stato di diritto».

¹⁶ Sugli aspetti procedurali, la Corte di giustizia (Grande Sezione) si è pronunciata, a seguito del ricorso dell'Ungheria, con la sentenza del 3 giugno 2021.

cenda e all'origine delle difficoltà emerse vi è stato un forte «strabismo politico» e l'incapacità di prendere realmente le distanze dalle forze sovraniste e nazionaliste dominanti in Ungheria e Polonia, ma diffuse anche altrove. A tal riguardo, basti ricordare che benché sul finire del 2020 il Partito popolare europeo abbia deciso, dopo non poche titubanze, di modificare il proprio regolamento, precorrendo la espulsione di intere delegazioni, è stato poi V. Orbán a ritirare i 12 membri del suo partito Fidesz dal PPE e, men che mai in questo caso, si può dire che ciò che conta è il risultato.

Ancor più a monte, sta ovviamente la questione del metro di giudizio sul quale si misura l'evidente rischio o si constata l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2 TUE. A tal riguardo si è fatto notare (DANI, 2021 p. 211) che l'UE non può disporre, ad oggi, di strumenti assimilabili a quelli che negli Stati federali permettono di assicurare il rispetto delle clausole di omogeneità nei confronti delle entità federate; in effetti, i meccanismi di cui all'art. 7 TUE paiono presentare maggiori affinità con le previsioni contenute in altri trattati istitutivi di organizzazioni internazionali di carattere regionale (STRAZZARI, 2014). Dunque, se è certa la matrice intergovernativa del complesso di misure di cui all'art. 7 TUE e la loro chiara caratura politica, non sembra però che, nei riguardi delle stesse, possa avanzarsi la critica di eccessiva genericità derivante dal riferimento ai valori di cui all'art. 2 TUE, a presidio dei quali esse operano. Come autorevolmente sostenuto (BARTOLE, 2018; ID., 2020) l'UE è stata in grado, nel corso del tempo e muovendo da prospettive concrete, di individuare i principali caratteri distintivi e, nel compiere questa operazione, si è avvalsa anche dell'operato di organi propri di altre organizzazioni internazionali, come la Commissione di Venezia.

Tenuto conto di questo quadro complessivo e, dunque, del contesto in cui è maturato, non può stupire che anche il già citato Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, il quale rappresenta il più recente tentativo di reazione alle carenze generalizzate in materia di Stato di diritto negli Stati membri, abbia incontrato, in parte, grande sostegno e spinte propulsive, ma anche forti resistenze. Tale regolamento, muovendo dal presupposto che un conflitto con i principi dello Stato di diritto sia incompatibile con gli interessi finanziari dell'Unione, permette di sospendere o ridurre l'erogazione di risorse a favore di Stati membri che, con tali violazioni, compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione (art. 4).

Questo atto ha avuto una lunga gestazione, nel corso della quale sono emerse anche diversità di vedute delle Istituzioni europee, in virtù delle quali

si è reso necessario procedere a significative rimodulazioni della proposta originaria (FASONE, 2021, p. 215). Si è incappati in lunghe fasi di stallo e momenti di tensione istituzionale (SPADARO, 2021, pp. 178 ss.), come quello che da ultimo si è determinato in occasione del Consiglio europeo tenutosi il 10-11 dicembre 2020. Il Consiglio nelle sue Conclusioni ha assunto una posizione che, al netto di altre importanti criticità (*in primis* l'indebita ingerenza di quell'organo nell'esercizio della funzione legislativa), rischia di rinviare nel tempo l'operatività di questo meccanismo di condizionalità prefigurato nel regolamento; questa possibilità, già adombrata (e per questo fortemente osteggiata dalle altre Istituzioni) nella dichiarazione interpretativa del Consiglio europeo¹⁷, si è poi effettivamente concretizzata dopo il ricorso di annullamento presentato da Ungheria e Polonia¹⁸. Il ritardo e le incertezze che ne sono scaturiti sulle sorti del regolamento n. 2020/2092 costituiscono gli aspetti che più di altri preoccupano in questo frangente storico. Se, da un certo punto di vista, si comprendono le ragioni della compromissoria e interlocutoria posizione assunta dal Consiglio europeo, ovvero la necessità di superare il veto¹⁹ di Ungheria e Polonia, sul piano pratico non si può trascurare di considerare che il ritardo nell'adozione dei meccanismi attuativi del regolamento inciderà anche sulle misure unionali adottate per far fronte alla crisi da Covid-19. Al riguardo non solo deve nuovamente rammentarsi il collegamento tra il regolamento n. 2020/2092 e NGUE, ma occorre evidenziare pure l'incidenza del fattore tempo e, quindi, non solo la necessità dei contributi europei, ma anche la loro urgenza per un'efficace azione di contrasto della pandemia e della crisi economico-sociale da essa innescata.

In sostanza a noi sembra che le luci e le ombre di questa vicenda – le quali evidentemente derivano *funditus* dalle ambiguità e incertezze che anco-

¹⁷ Nelle Conclusioni del Consiglio europeo, si è ravvisata la necessità, per l'attuazione del regolamento, che la Commissione adotti orientamenti sulle modalità di applicazione del medesimo, in stretta consultazione con gli Stati membri. La procedura di adozione degli orientamenti non potrà però proseguire nel caso in cui venga presentato un ricorso di annullamento riferito al regolamento.

¹⁸ Cause C -156/21 e C-157/21, promosse entrambe l'11 marzo 2021.

¹⁹ Come puntualizza FASONE, (2021, p. 215), può sembrare fuorviante parlare di veto nei riguardi del regolamento che è approvato con «procedura legislativa ordinaria e a maggioranza qualificata in Consiglio (art. 322, par. 1, lett. a). Tuttavia, poiché l'unanimità in Consiglio è richiesta per l'adozione delle altre misure del pacchetto, ad es. per il regolamento sul QFP (art. 312 TFUE) e per la decisione sulle risorse proprie (art. 311 TFUE), i principali oppositori del regolamento sulla condizionalità hanno avuto gioco facile nel bloccare l'intero processo decisionale».

ra contraddistinguono l'UE – riflettano in modo emblematico anche la tensione ancora non chiaramente risolta tra gli obiettivi perseguiti con i meccanismi di condizionalità. È indubbio però che specie il regolamento n. 2020/2092 miri ad affrontare una crisi, quella appunto dello Stato di diritto, rispetto alla quale l'Unione è apparsa titubante, inconcludente, mal funzionante e bloccata. Ora, se è vero che la spinta al nuovo meccanismo è provenuta anche dalla constatazione che alcuni dei Paesi che più si sono avvantaggiati in questi anni dei finanziamenti europei sono gli stessi che hanno più frequentemente violato i principi dello Stato di diritto e che non hanno mostrato alcuna intenzione di correggere il tiro – nonostante le molte sollecitazioni in tal senso e i confronti intercorsi, barricandosi invece su un fronte oppositivo, rivenduto e rivendicato dinanzi al proprio elettorato come necessario per preservare la propria identità nazionale –, va comunque evidenziato che l'aggancio di questa nuova forma di condizionalità a meccanismi di finanziamento potrebbe sì rivelarsi più efficace e persuasiva, ma potrebbe determinare anche una ricurvature in termini economistici della stessa. Non da ultimo, si deve precisare che un'altra imponente ombra, oramai non proprio evanescente, incombe su tutta la vicenda e cioè l'uso strumentale dell'argomentazione “ultra-vires” (la carenza di un'adeguata base giuridica, “cara” al Tribunale costituzionale tedesco), a cui appunto non hanno esitato a fare richiamo i Paesi ricorrenti davanti alla Corte di Giustizia per l'annullamento del regolamento.

Indubbiamente le ombre restano molte, ma la posta in gioco è altissima davvero: è la credibilità dell'UE di affrontare violazioni dello Stato di diritto che minano la propria identità; una sfida esistenziale, dunque. È davvero e solo questa consapevolezza che può fornire l'indispensabile e decisivo sostegno politico all'uso di ciascuno degli strumenti posti “nella cassetta degli attrezzi” per reagire alla crisi dello Stato di diritto in Europa. Anche l'applicazione del regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione è un percorso che vale la pena di intraprendere (M. DANI, 2021, 214), purché sia chiaro che, oggi più che mai con le plurime crisi in corso, occorre avere chiara la rotta. Se è quella dell'adesione effettiva ai valori fondanti l'UE non si potrebbero allora neppure più tollerare gli “ammiccamenti” di molti ai regimi illiberali, derivanti evidentemente da affinità ideologiche di fondo, non chiaramente esplicitate ma occultate dietro la propagandata necessità di formare con quelli un'alleanza contro «presunti espropri di sovranità» (BERGONZINI, 2020). Invece di indugiare di fronte a simili atteggiamenti e all'uso populista di argomentazioni relative all'identità nazionale, ci sembra più appropriato continuare a riflettere con equilibrio e coerenza sulle ricadute significative e

innegabili sulla sovranità nazionale, derivanti dalla partecipazione all'UE, nonché sulla salvaguardia dei principi posti a fondamento degli ordinamenti costituzionali nazionali e dell'ordinamento europeo.

5. Bibliografia

- BARTOLE, S. (2018), *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*.
- BARTOLE, S. (2020), *The Internationalisation of Constitutional Law: A View from the Venice Commission*, Oxford.
- BERGONZINI, C. (2020), *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*.
- BOGDANDY A.v., et al., (2018), *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*.
- BOGDANDY, A.v., IOANNIDIS, M. (2014), *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Rev.*
- BOGDANDY, A.v., (2010), *Founding Principles of EU Law: a Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, n. 16, pp. 95 ss.
- CARTABIA, M. (2001), *Allargamento e diritti fondamentali nell'Unione europea. Dimensione politica e dimensione individuale*, in S. Guerrieri, A. Manzella, F. Sdogati (a cura di), *Dall'Europa a Quindici alla Grande Europa. La sfida istituzionale*, il Mulino, Bologna.
- CERRUTI, T. (2010), *L'Unione Europea alla ricerca dei propri confini. I criteri politici di adesione e il ruolo dei nuovi Stati membri*, Giappichelli, Torino.
- CERRUTI, T. (2019), *Lo stato di diritto nel processo di allargamento ai Balcani occidentali*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, pp. 137 ss.
- CHESSA, O. (2021), *Il nuovo MES: razionalità e misticismo nella garanzia della stabilità finanziaria*, in *Quaderni costituzionali*.
- CUKANI, E. (2021), *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, ESI, Napoli.
- DANI, M. (2021) *Crisi dello stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*
- IADICICCO, M.P. (2012) *Il rispetto del principio democratico da parte degli Stati europei: quale ruolo per l'Unione europea?*, in *Rivista AIC*, n. 3.
- KOCHENOV, (2008), *EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Austin.

MARTINICO, G. (2020) *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, pp. 3961 ss.

PINELLI, C., (2013), *Conditionality*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1383>.

STRAZZARI, (2014), *La clausola di omogeneità dell'UE: connotazione costituzionale o internazionale?* *Riflessioni da un'analisi comparata*, in *Federalismi.it*, n. 24.

WEILER, J.H.H. (2003), *La Costituzione dell'Europa*, il Mulino, Bologna, 2003.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, ESTADO CONSTITUCIONAL Y UNIÓN EUROPEA

JAVIER TAJADURA TEJADA

“El Estado social y democrático de Derecho, más que una realidad, es un concepto tendencial. Consiste en un sistema de solidaridad nacional – y, en cada vez más aspectos, supranacional – gestionado por los poderes públicos con participación ciudadana efectiva y con respeto a la primacía del Derecho y de los derechos”.

Antonio Torres del Moral

SUMARIO: 1. El principio de Solidaridad en el Derecho Público Europeo. – 2. Las distintas facetas o dimensiones del principio de solidaridad. – 3. Solidaridad y Estado Federal. – 4. Solidaridad y Unión Europea. – 5. Bibliografía.

1. El principio de Solidaridad en el Derecho Público Europeo

Como viene ocurriendo desde la primera edición de este Congreso, sus directores los profesores Germán Teruel Lozano, Antonio Pérez Miras y Edoardo Raffiotta han escogido para esta quinta edición un tema de extraordinario interés y actualidad. “*Europa: sociedad abierta*” lleva por título este V Congreso que, a pesar de las muchas adversidades provocadas en este año 2020 por la pandemia del Covid-19, ha podido organizarse y celebrarse en la Universidad de Milán, en modalidad viryual, con la ayuda de las nuevas tecnologías y, sobre todo, gracias a los encomiables esfuerzos de los organizadores y de todos los que han contribuido a su desarrollo. El Congreso pretende “afrontar y profundizar en las problemáticas suscitadas para la construcción de una verdadera y propia cultura constitucional europea, que ponga en el centro de sus reflexiones al ciudadano”. En la cuarta de las sesiones paralelas de trabajo que he tenido el honor y el placer de presidir y de moderar – gracias a la confianza y amabilidad de los directores – y bajo la rúbrica de “*El ciudadano y las cuestiones sociales: hacia una nueva ciudadanía*” se han presentado una serie de comunicaciones sugerentes y rigurosas en las que se han puesto de manifiesto los indiscutibles avances logrados en este ámbito, en el marco de la Unión Europea, y también sus notorias insuficiencias. En este contexto, me ha parecido oportuno abordar en mi contribución el examen del principio jurídico-político que, desde un punto de vista constitucional,

está en la base de todas estas problemáticas: el principio de solidaridad. Desde esta óptica, el objeto de estas páginas es exponer sucesivamente el origen y evolución del principio en cuestión; el significado de sus distintas facetas o dimensiones; su alcance en el marco de un Estado Federal; y, finalmente, su funcionalidad en el ámbito de la Unión Europea.

El principio de solidaridad, como principio jurídico-político, hizo su aparición en la Historia en el contexto de la Revolución francesa de 1789. Los revolucionarios franceses proclamaron la fraternidad junto a la libertad y a la igualdad, como uno de los valores fundacionales y estructurales del nuevo régimen.

La Constitución de 1793 reflejaba claramente ese ideal en términos de imperativo categórico kantiano: “La libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer todo aquello que no perjudique a los derechos de los demás; tiene por principio la naturaleza, por regla la justicia, por garantía la ley; *su límite moral se expresa en esta máxima: No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti*”. En esa misma Constitución se recoge igualmente la idea de deber como un principio objetivo constitucional, pero no solamente como “deber de cada uno respecto de los derechos de los demás, sino como deber de todos para hacer posible la existencia de cada uno”. Así, el artículo 23 disponía “La garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos; esta garantía reposa sobre la soberanía nacional”.

En los orígenes del constitucionalismo contemporáneo encontramos, por tanto, que la solidaridad se presentaba como la traducción jurídica en forma de deber de un valor moral (la fraternidad). Posteriormente, el constitucionalismo liberal decimonónico eliminará estas manifestaciones y habrá que esperar al siglo XX para que el principio de solidaridad ocupe nuevamente un lugar central en la arquitectura constitucional. Esta “restauración” de la solidaridad hace de ella el principio fundamental del Estado Social.

El constitucionalismo social incorpora como un principio que informa de manera general el ordenamiento, *la vinculación de cada uno con el otro*, es decir la solidaridad como principio constitucional objetivo.

Esa “vinculación de cada uno con el otro”, en la que la solidaridad consiste, encontró en el jurista francés Leon Duguit (1859-1928) a su principal teorizador. Hasta tal punto esto es así que la Teoría Constitucional del insigne catedrático de la Universidad de Burdeos sólo puede comprenderse cabalmente como una Teoría de la solidaridad. Para Duguit el fundamento mismo del Derecho se sitúa en la noción de solidaridad humana (o interdependencia social).

“Nuestro punto de partida – escribe el Decano de Burdeos – es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no vivirá más que en sociedad con sus semejantes, y que la sociedad humana es un hecho primario y natural, y en manera alguna producto o resultado de la voluntad humana. Todo hombre forma, pues, parte de un grupo humano; lo ha formado y lo formará siempre, por su propia naturaleza. Pero al mismo tiempo, todo hombre tiene conciencia más o menos clara de su individualidad; se siente dueño de una personalidad individual, determinada por necesidades, tendencias y aspiraciones. Pero el hombre comprende, además, que no puede satisfacer estas necesidades, ni puede realizar estas tendencias y aspiraciones sino mediante la vida en común con otros hombres. El hombre tiene, en una palabra, conciencia, más o menos precisa, según las épocas, de su sociabilidad, esto es, de su dependencia de un grupo humano, y de su individualidad. No es esto una afirmación a priori, sino una positiva certeza, un claro hecho de conciencia” (DUGUIT, 2005: 6).

Para Duguit, por tanto, resulta evidente que los hombres tienen conciencia tanto de su individualidad como de los lazos o vínculos que les unen a los demás hombres. En esa vinculación de cada hombre a los demás consiste la solidaridad: “Al conjunto de ellos (de esos lazos o vínculos) se les designa con un nombre, de que en la hora actual suele hacerse extraordinario abuso, pero que sigue siendo, a pesar del descrédito con que los políticos han empañado algún tanto su recto significado, el más exacto y pertinente. Así pues, diremos que el *hombre está unido a los demás hombres por los lazos de la solidaridad social*” (DUGUIT, 2015: 7)¹.

Establecido esto, Duguit afirma que es fácil demostrar cómo la solidaridad es el verdadero fundamento del derecho: “Una regla de conducta se impone, por consiguiente, al hombre social, por la fuerza misma de las cosas, regla que puede formularse así: *no hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social (...) y hacer todo lo que, por su naturaleza, es preciso para realizar y desarrollar la solidaridad social (...)*. Todo el derecho objetivo se condensa en

¹ Establecido eso, Duguit distinguirá dos tipos de solidaridad según la motivación que guíe a los hombres para el establecimiento de vínculos sociales, y así diferenciará la solidaridad por similitud, de la solidaridad por división del trabajo: “Los hombres de un mismo grupo social son solidarios los unos de los otros: 1º, porque tienen necesidades comunes cuya satisfacción no puede ser asegurada sino por la vida en común; 2º, porque tienen necesidades diferentes y aptitudes diferentes, viéndose obligados a asegurar la satisfacción de sus necesidades diferentes por el cambio de servicios recíprocos, debidos al desenvolvimiento y al empleo de sus aptitudes diferentes. La primera especie de solidaridad es la solidaridad por similitud; la segunda, la solidaridad por división del trabajo” (DUGUIT, 2015: 8).

esta fórmula, y la ley positiva, para ser legítima, debería ser la expresión, el desarrollo o la aplicación práctica de este principio” (DUGUIT, 2015: 9)².

En definitiva, para Duguit la solidaridad reviste dos manifestaciones distintas: por un lado, es un hecho; por otro, una auténtica obligación jurídica. Y esto es algo de singular importancia puesto que, como vamos a ver a continuación al examinar las distintas facetas que la solidaridad reviste en el Estado Social, la distinción formulada por Duguit entre la solidaridad como hecho (dimensión política) y como obligación (dimensión jurídica) continúa vigente.

Ahora bien, la teoría de Duguit anteriormente expuesta tiene un punto débil, y este, paradójicamente, es el mismo que invalida las construcciones individualistas-iusnaturalistas que pretendidamente combate, la conversión del ser en deber-ser. Duguit no logra explicar convincentemente cómo la solidaridad que es un hecho se transforma en auténtica obligación jurídica. Como señaló Geny, el punto débil de la construcción duguitiana reside en el hecho de que “en vano se pretende hacernos ver que la solidaridad aparece como una condición esencial de la vida en sociedad, y que el hombre, no pudiendo dejar de vivir de este modo, es conducido por eso mismo a practicar la solidaridad. Nosotros preguntamos siempre cómo esta necesidad de hecho se convierte en necesidad de derecho”. Compartimos plenamente la crítica de Geny, en la medida en que del simple hecho de la solidaridad social no se puede extraer el principio de obligación inherente a la noción misma de Derecho.

En cualquier caso, en el contexto del Estado Social constitucionalizado, la referida objeción pierde su razón de ser. La razón es fácilmente comprensible. En el constitucionalismo social, la solidaridad es un principio esencial presente en todos los Textos Constitucionales. Y como tal, aparece reflejado en ellos, bien de forma expresa, bien implícitamente en la cláusula de Estado Social.

El carácter normativo de la Constitución nos obliga a conferir un valor jurídico a la solidaridad y, en este contexto, su configuración como auténtica

² “Fundado el derecho objetivo en la solidaridad social, de él se deriva, directa y lógicamente, el derecho subjetivo. En efecto: estando todo individuo obligado por el derecho objetivo a cooperar a la solidaridad social, resulta necesariamente poseedor del *derecho* a ejecutar todos cuantos actos conduzcan a este fin, esto es, a hacer todo aquello mediante lo que coopera a la solidaridad social, y a impedir que nadie le suscite obstáculo alguno para el cumplimiento del papel social que le incumbe. Todo hombre que vive en sociedad tiene derechos; pero estos derechos no son prerrogativas que le pertenezcan en su calidad de hombre; son sencillamente facultades que le corresponden, porque, como hombre social, tiene deberes que cumplir y debe tener, necesariamente la facultad, el poder de cumplirlos”. (DUGUIT, 2015: 10).

obligación jurídica no plantea problemas. Por decirlo con mayor claridad, la solidaridad que es un hecho y un valor que precede a la Constitución se concreta y traduce en un auténtico deber jurídico a través de su inclusión por el constituyente en una Constitución determinada. La recepción constitucional del principio de solidaridad convierte el ser en deber ser, el hecho de la solidaridad en el deber de solidaridad.

En este contexto, y partiendo de su indiscutible valor jurídico, el problema reside en determinar cuál es el significado y alcance del principio de solidaridad en las Constituciones de los Estados Sociales europeos aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial. No pretendemos en este trabajo llevar a cabo un estudio por separado de cada una de las Constituciones de los Estados Sociales europeos, sino realizar un examen conjunto que sirva para poner de manifiesto que el principio de solidaridad se configura como el fundamento común de todas ellas.

Para una mejor comprensión de nuestro tema, conviene realizar antes tres observaciones:

a) La primera consiste en subrayar que la solidaridad, en mayor o menor medida, es propia de toda comunidad política. Ahora bien, es preciso subrayar las diferencias cualitativas existentes entre unas y otras solidaridades, en el sentido de reconocer en la solidaridad nacional, esto es, en la que tiene por marco jurídico-político el Estado Constitucional, el más alto grado de cohesión jamás alcanzado en la historia de las comunidades políticas. Dicho con otras palabras, el Estado Constitucional es el marco jurídico-político en el que el principio de solidaridad ha descendido del limbo de las ideas y de los buenos propósitos para alcanzar una operatividad real y desplegar eficacia jurídica. Hasta tal punto esto es así que el Estado Social ha sido definido, con indudable acierto, por mi maestro, el profesor Torres del Moral como “un sistema de solidaridad nacional” (TORRES DEL MORAL, 2004: 51).

b) Establecido esto, la segunda observación consiste en destacar el hecho de que durante los últimos setenta años se viene gestando un nuevo ámbito de solidaridad (transnacional): la solidaridad europea. Los denominados Fondos de Cohesión, a los que tanto debe el desarrollo económico-social de España en las últimas décadas, son una expresión muy significativa del principio de solidaridad desarrollado a escala europea. Los Fondos New Generation aprobados por la Unión Europea en 2020 para hacer frente a las consecuencias económicas de la pandemia suponen un paso más en esa dirección al establecer por primera vez en la historia la emisión de deuda pública europea.

c) La última observación es que, en el seno de aquellos Estados organizados territorialmente de forma descentralizada, esto es, en los denominados

Estados federales o compuestos, la solidaridad presenta dos dimensiones, una de carácter personal o individual, (solidaridad entre ciudadanos), y otra de carácter territorial o comunitario (solidaridad entre Estados, Regiones, Comunidades Autónomas... etc.).

Una vez formuladas estas advertencias, procede examinar el significado y alcance del principio en cuestión.

2. La distintas facetas o dimensiones del principio de solidaridad

Precisar cuál es el contenido del principio de solidaridad como fundamento común de los Estados Sociales europeos no es una tarea fácil. Se trata de una noción más fácil de intuir que de definir. En todo caso, resulta necesario tomar como punto de partida el carácter pluridimensional de la solidaridad. La solidaridad presenta una pluralidad de manifestaciones o dimensiones.

Así, partiendo de una concepción pluridimensional del principio podemos distinguir tres facetas o significados: un significado socio-político, un significado jurídico y un significado económico de la solidaridad. Desde esta óptica, la solidaridad presenta una triple dimensión: a) En primer lugar, desde un punto de vista político, el principio de solidaridad es el verdadero y auténtico fundamento material de la Constitución del Estado Social. b) En segundo lugar, y desde una perspectiva jurídica, el principio de solidaridad reviste la naturaleza de un deber general del que emanan obligaciones concretas de hacer y de no hacer, cuyo incumplimiento acarrea la correspondiente sanción. c) En tercer lugar, la solidaridad, desde un punto de vista económico, es una función o competencia del Estado Social, o más propiamente, una finalidad del mismo. De hecho, su finalidad esencial.

a) La dimensión social y política de la solidaridad.

La comprensión de cuál es la dimensión socio-política del principio de solidaridad exige recurrir a la Teoría de la Constitución y en concreto recordar, someramente, algunos aspectos relativos al modo en que se desarrollaron los procesos constituyentes en los contextos revolucionarios francés y norteamericano de finales del siglo XVIII. Y ello porque la distinción realizada desde entonces entre las distintas fases, etapas o momentos de dichos procesos, y en concreto, la diferenciación conceptual entre el momento del Pacto Social y el momento del acto constitucional reviste un especial interés para la comprensión de nuestro tema: la dimensión política de la solidaridad. Lo de menos es señalar los diferentes caminos, bien conocidos, que siguieron el constitucio-

nalismo norteamericano y el francés, o la inversión que sufrió el orden de los acontecimientos en el Estado Social. A los efectos de nuestra exposición lo que importa es distinguir bien el momento del Pacto Social del momento del Acto Constitucional.

El momento del Acto Constitucional es fácilmente identificable en los procesos revolucionarios americano y francés. Una vez que, mediante la declaración de derechos, se ha establecido la esfera de libertad individual, de lo que se trata es de hacerla efectiva. En ello consiste el acto constitucional, en aprobar un Texto constitucional que organizando el Estado conforme al principio de división de poderes asegure al ciudadano el respeto a su ámbito de libertad personal. Evidente resulta que este acto constitucional concebido como supremo sistema de garantía de la libertad individual requiere, por ineludible exigencia del racionalismo jurídico, su plasmación en un documento escrito, formal y solemne, aprobado por el Pueblo, titular del Poder Constituyente.

El Pacto Social, resulta más difícil de identificar en la práctica, y ello porque se verifica al mismo tiempo que el Acto Constitucional. Sin embargo, a pesar de esa simultaneidad en el tiempo, lo cierto es que desde un punto de vista conceptual o teórico el pacto social es un momento clara y necesariamente diferenciado tanto de la declaración de derechos como del acto constitucional.

Por decirlo con la mayor brevedad: mediante el Pacto Social se crea la sociedad mientras que mediante el Acto Constitucional aquella se organiza.

Por lo que a nuestro tema se refiere, esta distinción adquiere una importancia fundamental en la medida en que la verificación del Pacto Social sólo es posible a partir de la existencia de una solidaridad de hecho.

Antes del Pacto Social, nos encontramos con una solidaridad informal, de hecho, prejurídica, pero en modo alguno irrelevante en la medida en que esa solidaridad de hecho es la que permite y da sentido a la realización del pacto social.

Dicho con otras palabras, la conversión de la solidaridad fáctica en solidaridad organizada a través del pacto social, en cuanto se identifica con el surgimiento del Poder Constituyente, precede lógicamente e históricamente a la aprobación de la Constitución. En definitiva, lo que con esto se demuestra es que sin solidaridad no puede haber ni pacto social ni Constitución.

De todo lo anterior se deduce, sin dificultad, que es en su dimensión socio-política, donde la solidaridad muestra su verdadero significado de fundamento material del Estado y del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en el momento en que se produce la recepción del principio de solidaridad en un Texto Constitucional concreto, este adquiere un valor normativo directo, que nos obliga a precisar su alcance jurídico. Desde esta

perspectiva, la solidaridad, como ya vimos, aparece siempre ligada a la categoría de los deberes constitucionales.

b) La dimensión jurídica de la solidaridad.

Como expusimos al inicio, en los orígenes del constitucionalismo contemporáneo podemos ver cómo la solidaridad se presentaba como la traducción jurídica en forma de deber de un valor moral. Los términos “solidaridad” y “deber constitucional” guardan, por tanto, estrecha e íntima conexión. El deber constitucional se configura como un principio objetivo constitucional, pero no solamente como deber de cada uno respecto de los derechos de los demás, sino como deber de todos para hacer posible la existencia de cada uno.

Desde esta perspectiva, la solidaridad es la fuente de todos los deberes constitucionales.

Así, las Constituciones de los Estados Sociales incorporan un elenco de deberes bastante similares. A título de ejemplo, la Constitución española de 1978 recoge los siguientes deberes:

- a) Deber de conocer el castellano, lengua oficial del Estado (art. 3.1)
- b) Obligación de adquirir la enseñanza básica (art. 27.4)
- c) Deber de defender a España del que derivan otros que regulará la ley: obligaciones militares y deberes en caso de riesgo, catástrofe o calamidad Pública (art. 30).
- d) Deberes tributarios (art. 31.1)
- e) Deberes conyugales (art. 32.2)
- f) Deber de trabajar (art. 35.1)
- g) Deber de los padres de asistir a sus hijos (art. 39.3)
- h) Deberes respecto de la salud pública (art. 43.2)
- i) Deber de conservar el medio ambiente (art. 45)
- j) Obligación de comparecer ante las Cortes Generales, a requerimiento de alguna de sus Cámaras (art. 76.2)
- k) Obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales y de colaborar con jueces y tribunales (art. 118).

En todos los preceptos citados hay una remisión, explícita o implícita, a la ley. Por ello, a juicio de Varela, estas disposiciones deben entenderse más como mandatos al legislador que como deberes de las personas en sentido técnico-jurídico estricto, y ello porque su incumplimiento no lleva aparejada sanción alguna. Ahora bien, como subraya Torres del Moral, su inclusión en la Constitución no es, en modo alguno, irrelevante. Por ello los considera deberes constitucionales de configuración legal o deberes legales con fundamento constitucional.

En todo caso, su naturaleza o fundamento constitucional determina, a mi juicio, que la inactividad del legislador que provocara como resultado la falta de eficacia de esos preceptos y, en consecuencia, el incumplimiento de esos deberes, incurriría en inconstitucionalidad por omisión, categoría esta muy controvertida pero cuya virtualidad en este ámbito es clara.

Por otro lado, creo oportuno subrayar que la relación existente entre los deberes y la solidaridad es doble. Por una parte, y como se ha dicho, los deberes se fundamentan en la solidaridad, pero, por otra, el cumplimiento de los mismos contribuye a la realización de la solidaridad. Y su incumplimiento, por tanto, determina una quiebra de la solidaridad. En este sentido, si repasamos la relación anteriormente expuesta comprobamos cómo la lengua común, la escuela, el ejército y el sistema fiscal son elementos básicos e indispensables para el mantenimiento de la solidaridad colectiva, para la subsistencia misma de la comunidad política.

a) La existencia de un sistema educativo nacional que garantice el conocimiento de todos de una lengua común es el instrumento fundamental para la socialización política del ciudadano. Por ello, el conocimiento de la lengua común, y la adquisición de la enseñanza básica son obligaciones fundamentales de todo ciudadano³.

b) El abandono en la mayor parte de los Estados europeos de la concepción revolucionaria-jacobina del ejército como “pueblo en armas” ha determinado la pérdida de su condición de instrumento socializador, de modo que son pocos ya los Estados en los que el servicio militar se configure como una manifestación de la solidaridad. En concreto, se mantiene la existencia del reclutamiento obligatorio en los ordenamientos de Turquía, Grecia, Chipre, Austria, Suiza, Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca y Letonia y Estonia.

c) Los deberes tributarios u obligaciones fiscales, continúan siendo, y no perderán nunca ese lugar central, el motor de todo el sistema de solidaridad nacional. Se configuran de hecho como el instrumento o cauce que permite al Estado de Derecho cumplir su cometido social.

De esta forma, configurada como un deber de los individuos, la solidaridad contribuye a la función de integración propia del Estado Social.

Ahora bien, como es sabido, el Estado Social realiza otra función caracte-

³ En el momento de escribir estas líneas (diciembre de 2020), la Cortes Generales acaban de aprobar una Ley Orgánica de Educación que no hace referencia al necesario carácter vehicular de la lengua castellana en la enseñanza. Se trata de una omisión que carece de cualquier tipo de justificación inconstitucional. Desde la óptica de la defensa del principio de solidaridad debemos rechazarla con contundencia.

rística que es la función interventora. Así, desde una perspectiva socio-económica, la realización de la solidaridad aparece como un fin básico y esencial del Estado, que queda habilitado para intervenir eliminando los obstáculos que la dificulten y potenciando su realización.

c) La dimensión socio-económica de la solidaridad.

En esta tercera y última faceta, la socio-económica, la solidaridad se identifica con la igualdad real o material de todos los ciudadanos.

La solidaridad se configura como un resultado a alcanzar por el Estado, es una finalidad a cumplir por los poderes públicos. Y efectivamente, desde la perspectiva económica, la solidaridad es el fin del Estado.

La dimensión socio-económica de la solidaridad la configura como un principio de intervención estatal. Si en el plano socio-político dijimos que la solidaridad es el fundamento del Estado, en el plano socio-económico, la solidaridad es su finalidad. La realización de la solidaridad es una facultad o competencia del Estado entendido como Estado Social, como Estado que tiene que intervenir para corregir las desigualdades generadas por el sistema capitalista.

Establecido lo anterior, se comprende que el Estado Social haya sido definido, con indudable acierto, por mi maestro, el profesor Torres del Moral, como “un sistema de solidaridad nacional”. Y ello porque es en el Estado Social, donde el principio de solidaridad ha descendido del limbo de las ideas y de los buenos propósitos para alcanzar una operatividad real y desplegar eficacia jurídica. Los derechos sociales son la más clara traducción jurídica de ese principio de solidaridad nacional. Dicho con otras palabras, los derechos sociales son la proyección práctica, la plasmación real de la solidaridad nacional y, por ello, se configuran como un elemento vertebrador y esencial del Estado.

El principio de solidaridad desempeña también un papel fundamental en el seno de estructuras federales en general, y de la Unión Europea (como Confederación de tipo moderno según la terminología del insigne jurista italiano Antonio La Pergola).

3. Solidaridad y Estado Federal

El interrogante básico al que es preciso dar respuesta para construir un sistema federal que permita garantizar el principio de solidaridad no es otro que cuál es el alcance del principio de igualdad en el Estado Federal. Cuestión ésta que presenta dos vertientes: la relativa al status jurídico de los ciudadanos, a

quienes habrá que garantizar una sustancial igualdad en sus derechos y obligaciones con independencia del Estado, Región, o Comunidad Autónoma, en que residan; y la referida a la homogeneidad de los Estados, Regiones o Comunidades Autónomas, como corporaciones territoriales equiparables en cuanto a sus sistemas institucionales y a sus atribuciones competenciales.

A) Por lo que se refiere a la primera dimensión del principio de igualdad, debemos subrayar que la equiparación jurídica de los ciudadanos es exigencia de su propia condición de miembros de la misma comunidad política. Sólo entre iguales cabe la generación del vínculo nacional.

Ahora bien, el alcance del principio de igualdad no es ni puede ser el mismo en un Estado centralizado que en otro de estructura descentralizada. Los imperativos del principio de igualdad son matizados por las competencias legislativas de las colectividades miembros. Ello determina que en un Estado Federal no resulta posible impedir que, como consecuencia de la actividad normativa de los parlamentos o gobiernos territoriales, unos ciudadanos tengan derechos u obligaciones que no existen para otros debido a su distinta ubicación territorial.

Así las cosas, el problema no es otro que intentar definir el alcance de la exigencia del principio de igualdad, que, aunque nunca podrá ser equiparable al significado del mismo en un Estado descentralizado, requerirá siempre unas dimensiones sin las cuales no cabría hablar ya de Estado. De lo que se trataría entonces es de identificar ese status jurídico inseparable de la condición de ciudadano, esto es, de miembro de una comunidad jurídica nacional concreta, operante también como factor de homogeneización de todo el sistema jurídico, en la medida en que aparecería como el contenido constante y el límite insuperable a la variedad jurídica deducida del pluralismo territorial.

Ese núcleo esencial viene integrado básicamente por los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son la base del estatuto jurídico unitario de todos los ciudadanos de un Estado y por tanto no se encuentran afectados por la estructura federal, regional o autonómica del mismo. En todo caso, y esta afirmación sí que resulta más controvertida, en ese estatuto jurídico unitario, hay que incluir, inexcusablemente, a los llamados derechos sociales, en los que se concreta de forma ejemplar la dimensión social del Estado. Ello quiere decir que todos los ciudadanos de un Estado deben disfrutar, en su régimen básico y general, de los mismos derechos sociales, con independencia del Estado, Región o Comunidad Autónoma en que residan.

B) La segunda dimensión o vertiente del principio de igualdad es la referida a la homogeneidad de los Estados, Regiones o Comunidades Autónomas

como corporaciones territoriales equiparables en cuanto a sus sistemas institucionales y a sus atribuciones competenciales, esto es lo que en el contexto de la Teoría del Estado Federal se denomina “principio de igualdad federal”. El principio de igualdad federal, resulta incompatible con lo que se denomina “federalismo asimétrico”. Como regla general, el principio de solidaridad no resulta compatible con el establecimiento de asimetrías.

Establecido esto, resulta evidente que la relación entre el principio de solidaridad, fundamento y fin del Estado Social, y el principio de autonomía autogobierno, característico de los Estados Federales es problemática.

A los efectos de nuestra posición baste con destacar que esa relación no puede comprenderse en términos de paridad o equiparación, sino que es preciso concebirla como una relación de subordinación. Algo que en España se olvida con frecuencia.

El principio federal determina la distribución territorial del poder y atañe a la organización del Estado y como todo problema de organización ha de concebirse como un medio o instrumento al servicio de un fin. Dicho con otras palabras, la descentralización –esto es, el principio federal– es un instrumento al servicio del Estado Social y Democrático de Derecho, pero no es, no puede y no debe ser concebida como un fin en sí mismo. El fin del Estado es la solidaridad. Ello quiere decir que, la relación entre la dimensión social del Estado a la que remite el principio de solidaridad y su estructura territorial descentralizada basada en el principio de autonomía federal no puede establecerse en términos de paridad sino de subordinación de esta última a la anterior.

Si la Solidaridad es la finalidad del Estado, la organización autonómica es un medio o instrumento al servicio de ese fin. La organización territorial del Estado no puede concebirse más que como una estructura organizativa al servicio de los fines del Estado y que, por lo que se refiere al Estado Social encuentra en el principio de solidaridad la síntesis ejemplar de su fundamento y finalidad. En la medida en que es objetivo esencial del Estado, y particularmente del Estado Social, garantizar la cohesión social, el principio de solidaridad, en sus distintas manifestaciones, se configura como un principio estructural básico de los Estados Federales, como un principio competencial.

Principio que exige que se atribuya a los poderes centrales competencias para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Así como la subsistencia de un espacio social y económico homogéneo y no fragmentado, un “mercado único”. Y que requiere, finalmente, que sea el poder central quien establezca un sistema de financiación del modelo que garantice la solidaridad del resultado global del mismo.

El Estado Social del siglo XXI si se descentraliza sólo puede hacerlo conforme a los principios vertebradores del federalismo cooperativo (igualdad, solidaridad, cooperación, lealtad)⁴. No se puede ni se debe olvidar que el Estado Social lleva implícito un poderoso principio de centralización. Principio que despliega sus efectos incluso en el seno de Estados federales o compuestos (ej. Alemania). La competencia legislativa fundamental debe residir siempre en el poder central, porque el círculo de tareas que por su naturaleza puede ser realizado en mejor manera por las entidades territoriales está hoy muy contraído y tiende a reducirse a tareas ejecutivas. La evolución económica, tecnológica y social exige cada día más igualdad y uniformidad. Ese y no otro es el signo de los tiempos. Hasta tal punto es así que el propio Estado nacional se encuentra ya en ocasiones, inerme, frente a desafíos como el cambio climático, las crisis sanitarias (vacas locas, gripe aviar) o el reto de la inmigración. En esos y en otros muchos campos se requiere una respuesta europea, una ley europea. La grave crisis económica que padecemos no hace sino confirmar este diagnóstico.

Por ello, creo oportuno concluir esta breve contribución al Congreso - dado además el espíritu y dimensión europea que lo caracteriza y el contenido de muchas de las comunicaciones que a esta Mesa se han presentado- con unas reflexiones sobre el principio de solidaridad en la Unión Europea en la medida en que como acertadamente matiza la definición del profesor Torres del Moral, el Estado Social es un sistema de solidaridad nacional, pero cada vez más, también, “supranacional”.

4. Solidaridad y Unión Europea

En los orígenes del proceso de integración europea subyace también la idea de la solidaridad, en este caso de una solidaridad que trasciende el ámbito del Estado nacional⁵.

Constituiría un formidable ejercicio de falsificación de la realidad y de la historia el pretender negar que el proyecto europeo ha sido un éxito y la razón de esa afirmación no es otra que el hecho de que la guerra ha sido definitivamente desterrada del escenario europeo. La posibilidad de un conflicto armado entre Francia y Alemania ha desaparecido por completo. Ahora bien, las nuevas generaciones dan ya por logrado ese objetivo y exigen hoy a la

⁴ Sobre esta cuestión remito al lector a TAJADURA (2010a).

⁵ Sobre esta cuestión remito al lector a TAJADURA (2010b).

Unión otro relato explicativo de su función histórica. En definitiva, lograda ya la durante tantos siglos anhelada paz civil europea, los ciudadanos de la Europa del siglo XXI buscan otro argumento que explique y justifique el proyecto de integración, reclaman el conocimiento de las razones no ya históricas, sino actuales – esto es, basadas en la realidad política del presente – por las cuáles deberían renunciar al principio de soberanía nacional en beneficio de una nueva construcción política: la Unión Europea.

Desde nuestro punto de vista, no resulta complicado explicitar ese nuevo y necesario relato. Y en él la solidaridad ocupa un lugar destacado. Lograda la paz, Europa necesita alcanzar su unidad política para ser capaz de hacer frente a los desafíos de la mundialización. El Estado nacional es incapaz ya de dar respuesta por sí sólo a algunos de los retos que la globalización le plantea.

En este sentido, muchos son los juristas que se han aventurado ya a certificar, por su cuenta y riesgo, la defunción del sistema de Westfalia, entendiendo por tal aquel modelo político que surgió tras la guerra de los Treinta Años (1648) sirvió para sentar las bases del Derecho Público moderno. Fue entonces cuando asumió el Estado, desde el punto de vista del derecho interno, el monopolio de la legislación y de la jurisdicción; y cuando, desde la perspectiva del derecho internacional se convirtió en el único sujeto y en protagonista indiscutible. Ello implicaba que, directa o indirectamente, toda regulación jurídica, ya fuera interna o internacional, encontraba siempre en el Estado su referente básico y principal.

La situación hoy es muy distinta. Nadie podrá negar hoy que, junto al derecho estatal, creado conforme a los principios democráticos del Estado Constitucional, existe un inmenso corpus normativo producido extra muros del Estado que está integrado por numerosas reglas de dudosa condición democrática y que obedecen y responden a exigencias de la razón económica. Y tampoco podrá negarse que son estas últimas las que operan e inciden de manera mucho más decisiva en el sentido y calidad de nuestras vidas. El Estado ha dejado de ostentar no sólo el monopolio de la legislación sino también, en cierto modo, el de la jurisdicción. El auge del procedimiento arbitral, sobre todo en la contratación internacional, es una buena prueba de ello. Y probablemente como consecuencia inexorable de lo anterior, el Estado ha acabado renunciando también al monopolio de la violencia física legítima, en el cual viera Weber una de sus señas de identidad básicas. Esta renuncia al monopolio de la violencia ha provocado conmociones notables en la escena internacional. Hoy en día asistimos a guerras declaradas por los Estados a entes no estatales, las organizaciones terroristas transnacionales. Y contemplamos también que la conducta de muchos Estados, aun los más poderosos,

viene condicionada, e incluso determinada, en muchas ocasiones, por los intereses de los poderes privados representados por las grandes corporaciones multinacionales. Poderes cuya influencia real en las relaciones internacionales supera ampliamente la ejercida por numerosos Estados del Planeta. Obligado resulta recordar al insigne jurista italiano Giorgio Lombardi, y a sus reflexiones sobre los poderes privados.

En este contexto, por tanto, no podemos sorprendernos de que haya juristas que hablen del ocaso de Westfalia, pero sí debemos mostrar nuestra perplejidad cuando algunos de ellos olvidan advertir las dramáticas y fatales consecuencias que el final del modelo de Westaflia, inevitablemente, provoca. El profesor Pedro De Vega se ha hecho eco de ellas con palabras claras y rotundas: “No se puede ni se debe ignorar que, cuando las normas que se generan extramuros del Estado, esto es, en los ámbitos regidos por la *lex mercatoria* propia de la mundialización económica, entran en colisión con las normas producidas democráticamente en los ámbitos del Estado, la tensión entre economía y política, entre razón económica y razón política, queda automáticamente transformada, se quiera o no, en la pavorosa confrontación entre democracia y antidemocracia, entre despotismo y libertad”.

En este escenario, sumamente peligroso para el futuro de la democracia y del Estado Constitucional, *el proceso de construcción europea puede y debe concebirse como la respuesta democrática a la crisis del Estado nacional.*

Los Estados europeos dejaron de ser materialmente soberanos hace mucho tiempo. Con un solo ejemplo creo que puede entenderse lo que quiero decir. A lo largo del proceso de integración europea se han producido una serie de hitos significativos. El Tratado de Maastricht, como ya vimos, fue uno de ellos. En ese Texto se sentaron las bases de la Unión monetaria, esto es de la creación de una moneda única, e igualmente, de una política monetaria común, cuya dirección se atribuyó al Banco Central Europeo. Como es bien sabido, Bodino, el creador del concepto de soberanía, al referirse a los atributos del soberano, entre otras cosas advirtió que soberano es quien da valor a su moneda. Y, efectivamente, podría entenderse que en 1992 los Estados miembros renunciaron a su soberanía monetaria, en beneficio del Banco Central Europeo. Ocurre, sin embargo, que la realidad es más bien la contraria. Esto es, los Estados cuyas monedas estaban sometidas a la presión de los especuladores internacionales, renunciaron a ellas a cambio de dotarse de una moneda más fuerte y estable frente a las presiones exteriores. Lo que en definitiva viene a significar que, con aquella decisión, los Estados no debilitaron su soberanía, sino que la fortalecieron. El ejemplo aludido, que podría ser confirmado por otros muchos, nos pone claramente de manifiesto que el pro-

ceso de integración europea lejos de debilitar a los Estados, los fortalece. Ahora bien, estos ya no toman las decisiones en el ámbito nacional sino a escala europea.

Desde esta perspectiva podemos alegar una serie de argumentos claros y contundentes de por qué Europa debería unirse políticamente:

a) En primer lugar, desde un punto de vista formal, la soberanía de los sujetos de Derecho Internacional, se encuentra limitada en el contexto de la propia comunidad internacional habida cuenta de que ningún Estado europeo puede ya por sí solo influir decisivamente en el acontecer político internacional. En este contexto, el orden mundial del futuro será un orden multipolar en el que junto a Estados Unidos y China, Japón, Rusia, Brasil e India ocuparán un lugar destacado. Una Europa desunida quedará relegada a la condición de espectadora de ese nuevo orden y sólo puede aspirar a tener un papel protagonista en la medida en que se presente como una unidad de acción y de decisión política.

b) Por otro, y como acertadamente subraya Habermas, los Estados nacionales europeos han perdido también, de facto, “una parte considerable de sus capacidades de control y de fiscalidad en ámbitos funcionales donde ellos, hasta los tiempos del último gran impulso a la globalización, podían decidir más o menos independientemente. Esto vale para todas las funciones clásicas del Estado, tanto para el aseguramiento de la paz y la seguridad física de la población como también para la garantía de la libertad, la seguridad jurídica y la legitimación democrática. Desde el fin del *embedded capitalism* (capitalismo incrustado) y del desplazamiento correspondiente producido en la relación entre la política y el mercado a favor de los mercados globalizados, el Estado se ve también afectado, y acaso de la forma más fuerte, en lo tocante a su papel de Estado intervencionista, que ya por razones de legitimación tiene que encargarse de la seguridad social de sus ciudadanos” (HABERMAS, 2009: 93)⁶.

⁶ En este sentido debemos a Habermas, una observación fundamental: “El carácter genuinamente natural de una conciencia nacional diseñada por historiadores y difundida a través de los modernos medios de comunicación de masas nos hace pasar por alto lo artificiosa que es la creación de ese estado de conciencia. La entonces nueva identidad colectiva llenaba en efecto el concepto, de índole jurídica y abstracta, de la solidaridad entre la ciudadanía estatal con intuiciones, emociones y convicciones. Por ello no hay ningún motivo para suponer que la formación de un sentimiento político de copertenencia tenga que pararse en los límites del Estado nacional. ¿Por qué no llenar de una forma similar la cáscara de la ciudadanía estatal europea, introducida hace mucho, con la conciencia de que todos los ciudadanos europeos participan del mismo destino político?” (HABERMAS, 2009: 94).

Creo oportuno reproducir aquí el diagnóstico de la situación actual, realizado por el filósofo alemán, diagnóstico que comparto plenamente y que en definitiva es el que plantea en toda su crudeza el carácter “necesario” del proyecto de integración europea: “La seguridad física en el propio territorio ya no puede garantizarse sin la colaboración internacional contra los riesgos derivados de la gran tecnología que trascienden las fronteras, contra la difusión global de las epidemias, contra el crimen organizado a nivel mundial, o el nuevo terrorismo, descentralizado y con redes en todos los sitios; las fronteras, que devienen porosas, cada vez son menos capaces de hacer frente a la presión de las potentes corrientes migratorias. El sistema jurídico nacional ya hace mucho que se ha visto interferido por las disposiciones del derecho internacional y las resoluciones de la jurisprudencia internacional. Los procedimientos nacionales de formación y control de la voluntad democrática son demasiado débiles para cubrir la necesidad de legitimación surgida con los efectos retroactivos locales de regulaciones internacionales. La desregulación de los mercados, sobre todo de los mercados financieros globales, limita el margen de intervención de los gobiernos nacionales y les cierra el acceso a los recursos fiscales de sus empresas más prósperas” (HABERMAS, 2009: 94).

c) En definitiva, la existencia misma de toda una serie de problemas y desafíos globales que en modo alguno pueden ser afrontados individualmente por los Estados nacionales: seguridad y terrorismo internacional, criminalidad organizada, cambio climático, dependencia energética, fenómenos migratorios,... exige una respuesta única europea a los mismos. Porque sólo una respuesta única puede ser una respuesta eficaz.

En concreto, y como bien expone Bauman, las respuestas a la crisis del Estado Social tienen que ser respuestas europeas: “La globalización del capital y del comercio, la eliminación de las restricciones y obligaciones locales del capital y la resultante extraterritorialidad de las principales fuerzas económicas han hecho que un “Estado social en un solo país” sea un concepto totalmente contradictorio” (BAUMAN, 2006: 119).

La realización del principio de solidaridad en el contexto político, social y económico del siglo XXI reclama el establecimiento de una Unión Política Europea⁷.

⁷ Desde esta perspectiva, la finalidad de la Unión no puede ser otra que alcanzar un nivel de integración capaz de alumbrar una unidad política superior al Estado Nacional y que permita a Europa responder a los desafíos de la globalización. Sin embargo, esa finalidad sólo existe en el pensamiento de los federalistas europeos. En todo caso, es evidente que el Tratado de Lisboa guarda silencio sobre tan decisiva cuestión. Y mientras se guarde silencio sobre la

Así, resulta claro que la primera crisis del euro puso de relieve las insuficiencias de la Unión Europea en materia económica y fiscal. La crisis griega hizo emerger la eterna lucha entre la necesaria solidaridad europea y los intereses nacionales. En todo caso, ante los ataques especulativos que sufrió Grecia al comienzo de 2010, consecuencia del profundo deterioro de sus cuentas públicas, y el riesgo real de que un Estado de la zona euro se viera abocado a la quiebra, los miembros del Consejo Europeo dieron un paso histórico al afirmar que Grecia sería rescatada si es necesario. En una declaración imprecisa y ambiguo por la falta de detalles, se comunicó a los mercados financieros que “los Estados de la zona euro tomarán medidas coordinadas, si es necesario, para preservar la estabilidad financiera de la zona euro en su conjunto”, lo que políticamente significa, que no se permitirá de ningún modo que Grecia se vea abocada a la suspensión de pagos.

Con esta medida, auténticamente histórica, los especuladores soltaron el cuello de su presa. Grecia evitó la quiebra, pero la política de austeridad a ultranza impuesta entonces por la Unión Europea provocó un descenso del nivel de vida de su población. Fue un error que hoy todos reconocen. Pero sea de ello lo que fuere, debemos subrayar que la debilidad de la zona euro reside en la enorme fractura que separa a unos Estados de otros. Países ricos, competitivos y disciplinados fiscalmente coexisten con otros manifiestamente menos competitivos y fiscalmente menos exigentes. Esos desequilibrios han sido ignorados durante once años. Existe una política monetaria común pero no una política fiscal armonizada, ni un mercado de trabajo común, ni siquiera políticas sociales comunes.

finalidad de la Unión esta no podrá avanzar. Ahora bien, evidente resulta que si se guarda silencio es precisamente porque coexisten en el seno de la Unión dos respuestas no sólo diferentes, sino radicalmente opuestas, a la pregunta por la finalidad última de la Unión. Una sería el alumbramiento de una Federación Europea como comunidad política superior e integradora de los Estados Nacionales. Otra, la de quienes únicamente aspiran a una Europa configurada como un gran mercado, y por tanto conciben como finalidad de la Unión, la formación de una zona lo más amplia posible de libre mercado en el que puedan circular mercancías, bienes, servicios y capitales. El Tratado de Lisboa no resuelve este conflicto y por ello, a pesar de lo que afirmen sus defensores, en modo alguno puede ser presentado como una “salida de la crisis”. “El irritado silencio de los gobiernos –escribe Habermas– sobre el futuro de Europa encubre el hondo conflicto de fines, que es el que explica el estado de anquilosamiento de la Unión. Los ‘señores de los Tratados’ son conscientes de que no avanzan ni en la cuestión de las fronteras definitivas de la Unión ni en la cuestión sobre las competencias que deben ser transferidas a la Unión Europea en lo concerniente a las políticas comunes. Los llamados integracionistas, que muestran su preferencia por las políticas comunes y dan primacía a una profundización de la Unión, y los euroescépticos se bloquean mutuamente” (HABERMAS, 2009: 84).

Esto es algo que ya han advertido varios de los comunicantes en esta Mesa. Para evitar crisis similares en el futuro, es preciso abordar reformas de gran envergadura: armonizar impuestos, uniformar mercados de trabajo y equilibrar las políticas sociales. En definitiva, crear un gobierno económico común (con estímulos y correctivos) que equilibre y complemente el gobierno monetario actualmente existente, y haga efectivo el principio de solidaridad a escala europea. Para ello hace falta un Presupuesto europeo – de envergadura federal y no del limitado tamaño del actual – y una Hacienda Europea.

En este año 2020 marcado por la epidemia del Covid19 – que nos ha impedido reunirnos presencialmente en Milán, es obligado subrayar y aplaudir el gran salto adelante que ha supuesto la aprobación de los fondos del Plan de recuperación económica contra la recesión (Next Generation UE) tanto por el gran volumen de recursos puestos a disposición de los Estados, como sobre todo, por la creación por primera vez en la historia de deuda mancomunada de la UE (eurobonos). Esa es la senda por la que hay que seguir transitando para hacer realidad una Unión Política Europea basada en la solidaridad entre todos los ciudadanos y los Estados que la integran. Queda mucho camino por recorrer, pero esta vez los Estados y la Unión han estado a la altura de las circunstancias y de su responsabilidad histórica.

5. Bibliografía

BAUMAN, Z. (2006): *Europa. Una aventura inacabada*, Losada, Madrid.

DUGUIT, L. (2005): *Manual de Derecho Constitucional* (1921), (edición de J.L. Moneiro y J. Calvo), Comares, Granada.

HABERMAS, J. (2009): “La política de Europa en un callejón sin salida. Alegato a favor de una política de integración escalonada” en ¡Ay, Europa!, Trotta, Madrid.

TAJADURA, J. (2010a): El principio de cooperación en el Estado Autonomo. El Estado Autonomo como Estado Federal Cooperativo, tercera edición revisada y ampliada, Comares, Granada.

TAJADURA, J. (2010b): El futuro de Europa. Luces y sombras del Tratado de Lisboa, Comares, Granada.

TORRES DEL MORAL, A. (2004): *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 5ª edición, Madrid.

LA FIDUCIA NELLA COSTITUZIONE

TOMMASO EDOARDO FROSINI

1. La Costituzione italiana come patto fiduciario fra cittadini, come legame tra le forze sociali, come prima vera e autentica prova di democrazia, nasce il 2 giugno 1946. Quel giorno, infatti, i cittadini, per la prima volta veramente a suffragio universale, e quindi anche con le donne elettrici, si assumono la responsabilità di una duplice scelta che sarà determinante per il divenire della Costituzione. Con il *referendum* istituzionale decidono la forma di Stato; con l'elezione dell'Assemblea costituente scelgono a chi affidare la scrittura e l'approvazione della Costituzione. Un contemporaneo e convergente esercizio della democrazia diretta e della democrazia rappresentativa, che valorizza al massimo il principio della sovranità popolare (T.E. FROSINI, 1997, *passim*).

La scelta repubblicana, come noto, non ebbe un netto consenso, superando di poco l'opzione monarchica: ma quel risultato non divise la cittadinanza e non ruppe quel clima costituente, che si manifestava fiduciosamente. E che si compiva nel mandato a 556 persone della responsabilità a scrivere le nuove regole per una nuova Italia. Con il solo vincolo giuridico di prevedere un Presidente della Repubblica, in luogo di un Monarca, ma senza sapere come articolare l'ordito costituzionale entro il quale declinare diritti e libertà, poteri e garanzie. E senza nemmeno potersi avvalere di precedenti storici di potere costituente, né tantomeno di esperienze comparate da emulare. Una condizione di incertezza che rappresentò un vantaggio, anche perché i costituenti poterono lavorare sotto il "velo d'ignoranza": facendo cioè, per dirla con verso dantesco, «*come quei che va di notte –, che porta il lume dietro e a sé non giova –, ma dopo sé fa le persone dotte*».

Quello però che occorre fare, in quella sede di elaborazione costituyente, era riuscire a creare e formare una "coscienza costituzionale", in cui la comunità alla quale si appartiene possiede una struttura, una autonomia, una validità di diritto, fondate sulla adesione dei cittadini a una obbligazione politica, che è quella definita e stabilita nella carta costituzionale. Parlo di "obbligazione politica" nell'accezione della dottrina inglese, che implica l'idea del dovere morale di obbedienza del cittadino allo stato, e l'idea dello stato come realizzazione del "bene comune" (*common good*), quale principio della

libertà¹. Ecco perché spetta allo stato rimuovere gli ostacoli, che impediscono il libero sviluppo della personalità verso una più ricca partecipazione alla vita della comunità.

Io credo che questo sia il lascito dei costituenti, cioè quello di avere iniziato a formare una “coscienza costituzionale”: attraverso i valori, i principi e le norme della Costituzione. Facendo cioè sprigionare dal testo, quale mera codificazione, e quindi altro e oltre le sole regole giuridiche, un ordine sociale modellato dai fini e dai valori delle forze politiche, sociali e culturali pluralisticamente rappresentate e che nella Costituzione si riconoscono².

Forse non si è riflettuto a sufficienza su questo aspetto. Ci si è maggiormente concentrati sulla esegesi delle singole norme, sebbene interpretate *magis ut valeat*, e quindi sulla capacità espansiva delle stesse, che vanno lette e applicate anche “in combinato disposto”. E così si sono potuti ricavare nuovi diritti di libertà, che non hanno contraddetto ma che piuttosto hanno rafforzato i principi costituzionali. Sul punto, l’attività della giurisprudenza costituzionale è stata davvero assai significativa.

Quella che ho voluto chiamare “la coscienza costituzionale” è qualcosa di più, che non prescinde dal testo ma lo rende vivente. Diceva Calamandrei, nel discorso tenuto ai giovani di Milano (1955): «*La Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove: perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile; bisogna metterci dentro l’impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità*». Le costituzioni sono frutto più del costume, della maniera della loro attuazione anziché la fredda redazione delle norme. È il cittadino che muove la Costituzione, a condizione che quest’ultima sappia guidare il cittadino. Si deve perciò creare un rapporto per così dire circolare: il cittadino deve sentirsi legato e vincolato al patto costituzionale; la Costituzione deve sapere delineare un percorso entro il quale il cittadino sviluppa al meglio la sua personalità, attraverso diritti e doveri. Vorrei dire, che si deve stabilire un rapporto tra l’essere della cittadinanza e il dover essere del diritto, quale fattore ordinante il patto costituzionale. Altrove, penso alla Germania dopo la riunificazione, si è utilizzato il termine di “patriottismo costituzionale” per definire proprio la rinnovazione del patto fra cittadini e Costituzione, che si declina attraverso uno stretto collegamento fra culture politiche e processi di integrazione costituzionale.

¹ Il riferimento è a T.H. GREEN (1973); su cui, v. A. JELLAMO (1993).

² Sul punto, le chiare ed efficaci pagine di A. BARBERA (2015, 267 ss.).

Sullo sfondo a questo argomentare c'è un concetto che la Costituzione italiana cita esplicitamente una volta sola, sebbene per un aspetto fondamentale della forma di governo, e che invece, a mio avviso, permea l'intero ordine costituzionale: è il concetto di fiducia. A partire dal suo originario significato di *fides* e *bona fides* nel diritto romano, e cioè come un modo di agire che esprime una disposizione permanente alla volontà, la fedeltà verso i propri doveri e specialmente verso gli impegni assunti³.

2. La Costituzione e i suoi cittadini assumono degli impegni, che si fondano sui principi fondamentali attraverso i quali si declinano diritti e doveri, poteri e garanzie. E che si riassumono nella formula del dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi, codificata all'articolo 54, non a caso situato nel mezzo del testo costituzionale, da intendersi quale punto archimedeo dell'impianto, che funge da cerniera tra la prima parte e la seconda della Costituzione. E che implica, pertanto, la conoscenza della Costituzione, la coscienza del suo valore per la nostra vita sociale, senza la quale viene a mancare il fondamento stesso dell'obbligazione politica, ossia il rapporto che lega il singolo alla comunità dei cittadini.

Torniamo alla fiducia quale concetto sul quale si tiene il patto costituzionale fra cittadini e fra questi e le istituzioni.

Prendiamo i diritti di libertà, che si basano sulla fiducia nei confronti dell'individuo, il quale deve saperli esercitare secondo un ordine spontaneo ovvero come una pretesa giuridica. Che non ne abusi e che sia consapevole che la sua libertà finisce laddove comincia quella dell'altro.

Prendiamo poi i diritti sociali, che sono espressione della fiducia che il cittadino riversa nei riguardi dello Stato, affinché ottenga dallo stesso assistenza nel momento del bisogno formativo, e quindi l'istruzione obbligatoria e gratuita, e soprattutto in quello della necessità sanitaria, ovvero della tutela della salute "*come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*".

Ancora, prendiamo i doveri attraverso i diritti: qui il circuito fiduciario tra cittadino e Costituzione è lineare e chiaramente indicato all'articolo 2. Che vale la pena di leggere per esteso: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*". Diritti inviolabili garantiti dalla Repubblica e doveri inderogabili che devono essere adempiuti dal cittadino: una perfetta circolarità, che fonda e stabilizza proprio la forza fiduciaria del

³ Su cui, v. D. CORRADINI (1970).

patto costituzionale. E così anche l'articolo 3 che affissa il principio di eguaglianza formale e sostanziale in un contesto fiduciario tra i cittadini, che hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di nessun genere, e la Repubblica, a cui spetta il compito di rimuovere gli ostacoli, che limitano la libertà e l'uguaglianza e impediscono il pieno sviluppo della persona umana. L'articolo 4, inoltre, dà luogo, per così dire, al principio su cui si fonda la Repubblica democratica e cioè il lavoro, perché riconosce e promuove le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro, e chiede al cittadino il dovere di svolgere, *“secondo le proprie possibilità e la propria scelta”*, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società. Anche qui, mi sembra, il rapporto di fiducia tra la Costituzione e i suoi cittadini è chiaro e preciso.

Quindi, è la fiducia che innerva il tessuto della Costituzione favorendo il formarsi della *“coscienza costituzionale”*, come l'ho definita inizialmente.

Occorre domandarsi se la fiducia è stata una buona fiducia e se è stata davvero, come deve essere, reciproca: se la Costituzione ha mantenuto i suoi impegni e se i cittadini hanno adempiuto ai doveri di osservanza e fedeltà. Posta così, la questione non ha né può avere una risposta certa. È il tema delle promesse della Costituzione: la questione, anche e soprattutto in punto di fiducia, è stata molto bene colta da Maurizio Fioravanti (2014, 50), laddove scrive *«ciò che la Costituzione davvero presuppone [...] è l'esistenza stessa di una società sufficientemente coesa, dotata di strumenti che le consentano di essere anche società politica, e non semplice società di individui dotati di diritti più o meno perfettamente garantiti»*. Non solo *societas*, quindi; ma anche soprattutto *universitas*. È senz'altro vero che possiamo contare sulla Costituzione a tutela dei nostri diritti e contro i rischi di eccesso di potere, *«ma non dimentichiamo mai – scrive e conclude Fioravanti – che anche la Costituzione, a sua volta, conta su di noi»*.

Quindi, non chiediamoci solo e soltanto cosa la Costituzione può fare per noi, ma piuttosto cosa possiamo fare noi per la Costituzione: perché sia sempre attuale e attuata, e quindi poterla vivere come un plebiscito che si rinnova ogni giorno.

La Costituzione, pertanto, non è solo una *“carta dei diritti”* o una *“meta-norma procedurale”*: perché a essa spetta di ricondurre a unità ciò che è disperso nel molteplice, attraverso lo svolgimento di una funzione che deve essere informata ai principi della Costituzione stessa.

3. La fiducia, dicevo: che si snoda e si sviluppa in altri significativi contesti costituzionali, a dimostrazione che è davvero il concetto che permea

l'intero assetto della Costituzione. La fiducia del cittadino nella giustizia, per esempio, è fondamentale in uno Stato di diritto; così come la fiducia che la giustizia stabilisce con il cittadino, garantendo un giusto processo e offrendo più gradi di giudizio in nome di un garantismo costituzionale.

Ancora: la fiducia del cittadino nelle istituzioni. Altro aspetto determinante per il corretto funzionamento di un sistema di democrazia liberale. Le istituzioni sono passioni, diceva Tocqueville. Intendendo proprio il rapporto "passionale" che deve instaurarsi fra il cittadino e le sue istituzioni, fondato sulla reciproca fiducia. Che si estrinseca anche e soprattutto attraverso il voto, che la più genuina manifestazione di fiducia che il cittadino esprime nei confronti delle istituzioni rappresentative. Le quali, a loro volta, esprimono nei confronti degli esecutivi, nazionali e territoriali.

Vi è, cioè, un doppio circuito fiduciario, per così dire. Il primo, è quello del cittadino-elettore che vota ed elegge i rappresentanti, nel caso degli enti territoriali elegge altresì il capo dell'esecutivo; il secondo circuito fiduciario, invece, è quello in cui le assemblee rappresentative esprimono la fiducia al governo, la cui durata e capacità di indirizzo politico è determinata proprio dal mantenimento della fiducia.

Vi è poi la fiducia dei cittadini nei confronti del Presidente della Repubblica, quale istituzione garante del patto costituzionale nella sua funzione di rappresentante dell'unità nazionale. Spetta proprio al capo dello Stato favorire in tutti i modi, attraverso la sua attività di magistrato di influenza e di persuasione, una sempre viva fiducia tra la Costituzione e i suoi cittadini.

La fiducia nelle istituzioni passa anche attraverso l'efficienza delle stesse. Mentre i principi costituzionali si sono radicati e rafforzati nella coscienza dei cittadini, le istituzioni di governo appaiono indebolite e si mostrano fragili di fronte alla esigenza, sempre più avvertita, di esprimere decisioni "forti", assunte da soggetti espressivi della sovranità popolare.

Da qui l'opportunità di porre mano, senza timori, alla seconda parte della Costituzione. Per correggere e aggiornare l'ordinamento sulla base dell'esperienza e con l'ausilio della comparazione nello scenario dell'Unione europea. Stare in Europa, decidere per l'Europa, vuol dire anche avere governi stabili e parlamenti efficienti in grado di sapere assumere scelte e provvedimenti, che mirano a rendere il nostro Paese competitivo e non subalterno agli altri Stati europei.

4. Oggi si chiede maggiore governabilità senza comprimere la rappresentatività. Sebbene il primo, la governabilità, è un fine verso il quale deve tendere l'azione politica dei partiti e delle istituzioni, mentre il secondo, la rap-

presentanza, è un principio su cui si fonda, e senza il quale non può esserci, il costituzionalismo e le istituzioni democratiche⁴.

Rappresentare e governare è il difficile crinale su cui si muovono le forme di governo delle democrazie contemporanee, le cui dinamiche di funzionamento dovrebbero svolgersi, anche per evitare le degenerazioni del parlamentarismo di cui si preoccupava l'ordine del giorno Perassi, nel contesto di una cd. leale collaborazione, e quindi ancora un rapporto fiduciario, fra il pluralismo politico e l'unità dell'indirizzo politico governativo. A favorire questa collaborazione deve concorrere la legge elettorale, se pensata e scritta per incentivare l'incontro tra le esigenze di governabilità e il pluralismo della rappresentanza, così come ha suggerito la Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014.

Le leggi elettorali hanno contenuti ed effetti costituzionali: sia perché incidono sulla forma di governo, sia perché configurano per i cittadini il diritto politico di elettorato, in termini di maggiore rappresentatività delle loro opzioni, ovvero di maggiore incidenza del loro voto, che può avere una ricaduta in punto di investitura del governo.

E poi, una ormai antica richiesta riformista più volte manifestatasi senza successo negli ultimi trenta anni. In particolare, con la revisione del modello del bicameralismo paritario, divenuto da tempo un *unicum* nel panorama delle democrazie liberali. Da qui la trasformazione del Senato in un luogo istituzionale dove fare convergere la rappresentanza delle autonomie territoriali, che trovano nel rinnovato Titolo Quinto una più stabile collocazione nell'ambito del rapporto centro/periferia, anche in virtù di una più definita competenza legislativa a favore dell'uno e dell'altra, opportunamente sottratte da quella "zona grigia" della competenza concorrente. La finalità è sempre quella di addivenire verso un rilancio di un vero regionalismo virtuoso e non parassitario, che si deve fondare sulla fiducia, specialmente nei confronti di quel territorio chiamato Mezzogiorno d'Italia, affinché «*codesto solo oggi possiamo dirti, ciò che non siamo e ciò che non vogliamo*».

Concludo. La Costituzione, nella parte sull'organizzazione del potere, non è statica ma dinamica. Come scriveva Walter Bagehot (1995, 265), «*Lo studioso che tenti di ritrarre una Costituzione esistente, che sia operativa e vigente, deve affrontare una difficoltà: il fatto che il soggetto del ritratto cambia continuamente*».

Una Costituzione non è un insieme di norme, ma è il rapporto di quelle regole con i sentimenti della comunità. Ecco perché una Costituzione vive e

⁴ Sul punto, rinvio a T.E. FROSINI (2018, 19 ss.).

opera nella coscienza dei cittadini in quanto viene reinterpreta, come avviene attraverso la giurisprudenza costituzionale e non solo, ma deve essere revisionata e giammai stravolta, quando si avverte la necessità di interventi che le diano maggiore efficienza e stabilità.

Così, anche e soprattutto per rinnovare in maniera più forte il patto fiduciario fra la Costituzione e i suoi cittadini.

Riferimenti bibliografici

BAGEHOT W. (1995), *La Costituzione inglese (1867)*, intr. di G. Rebuffa, tr.it., il Mulino, Bologna.

BARBERA A. (2015), Costituzione della Repubblica italiana, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Giuffrè, Milano.

CORRADINI D. (1970), *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano.

FIORAVANTI M. (2014), *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli.

FROSINI T.E. (1997), *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano.

FROSINI T.E. (2018), *Declinazioni del governare*, Giappichelli, Torino.

GREEN T.H. (1973), *L'obbligazione politica*, intr. V. Frosini, Giannotta, Catania.

JELLAMO A. (1993), *Interpretazione del bene comune. Saggio su Thomas H. Green*, Giuffrè, Milano.

LA RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO Y DE SUS MIEMBROS:
CÓMO Y CON QUÉ CONSECUENCIAS
SE LES PUEDE EXIGIR RESPONSABILIDAD*

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Marco constitucional de la responsabilidad del Gobierno y de sus miembros: La distinción entre responsabilidad política y responsabilidad jurídica. – 3. Responsabilidad política en nuestro sistema parlamentario y el cese como consecuencia última: la moción de censura. – 4. La responsabilidad jurídica del Gobierno, de su presidente y de los demás miembros: las diferentes vías y sus consecuencias. – 5. Un apunte final: La pérdida de los requisitos para ser miembro del Gobierno como causa de cese y su relación con la idea de responsabilidad jurídica en sentido amplio. – 6. Reflexiones conclusivas. – 7. Bibliografía.

1. Introducción

La idea de responsabilidad jurídica, como explica GARCÍA AMADO (2011-2012, p. 126), supone “la atribución a un sujeto de la responsabilidad por un daño que han padecido una persona (física o jurídica) o un bien jurídico”, de tal manera que el sujeto jurídicamente responsable de acuerdo con el ordenamiento deberá “pagar” por tal daño, bien sea a través de una sanción (penal o administrativa), o bien indemnizando (restituyendo o compensando por el valor de lo perdido). De esta suerte, siguiendo a R. Ingarden, señalaba MONTORO BALLESTEROS (2015, pp. 813-814) como la responsabilidad jurídica se vincula a la idea de “ser hecho responsable de algo”, mientras que la responsabilidad moral se acercaría más bien a la idea de “*asumir* la responsabilidad de algo”.

El Gobierno y sus miembros no son ajenos a estas ideas de responsabilidad y, en la medida que tienen una autoridad y ejercen competencias, pueden causar daños y, más en general, pueden realizar un uso desviado de sus poderes que justifique hacerlos responsables y establecer ciertas consecuencias. Desde esta perspectiva, en un Estado democrático de Derecho hay vías

* Una versión de este trabajo ha sido publicada en el libro COBACHO GÓMEZ, J. A. (coord.), Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudio en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón. 3 vol. Aranzadi, 2021. Agradezco la lectura y las sugerencias críticas que han hecho de la primera versión de este trabajo Luis Pomed y Víctor Vázquez.

para exigirles a los miembros del Gobierno responsabilidad jurídica (penal, civil, contable e incluso disciplinaria) por sus actos, con los matices que se verán; pero la idea de responsabilidad gubernamental no se agota ahí. Y es que “hay un género de responsabilidad que es la que traza la diferencia entre los miembros del Gobierno y los demás titulares de cargos y oficios integrados en el Poder ejecutivo: es la responsabilidad política” (SANTOLAYA, 1981, p. 255). Una forma de responsabilidad que, como veremos, hoy día si quiere seguir siendo útil tendrá que trascender de su formulación clásica, centrada en el elemento sancionador, como ha advertido la mejor doctrina. Sin perjuicio de que, cuando estudiemos en concreto las vías para la exigencia de responsabilidad política, nos centremos en aquellas que pueden comportar el “cese” gubernamental. Esta ha sido, quizá, una opción incongruente con esa idea más amplia de responsabilidad política hoy día preferida, pero es oportuna a los efectos de este trabajo para centrarlo en unos instrumentos concretos, cuya poca utilidad actual vendrá a demostrar precisamente la preferencia por ese concepto amplio de responsabilidad. Y es que, si fue un logro del constitucionalismo “la «institucionalización» de la responsabilidad organizada” en los parlamentos que, “en nombre de la comunidad, son l[o]s que van a controlar y l[o]s que, en su caso, exigirán responsabilidad a los gobernantes”, es cierto también que se trata de una “pretensión que solamente quedará satisfecha con la deposición de quienes ejercen el poder cuando han perdido la confianza de la Asamblea” (MARTÍNEZ FELIPE, 1996-1999, p. 637). Porque, como ha advertido GUILLÉN LÓPEZ (2002, p. 18), “el Gobierno democrático, precisamente porque lo es, cesa”. Así, partiendo de la posición constitucional que ocupa el Gobierno y sus miembros, a lo largo de este trabajo esperamos trazar los perfiles y el fundamento de ambas formas de responsabilidad para, según se ha adelantado, valorar críticamente cuáles son las vías que prevé el ordenamiento jurídico y las consecuencias que impone, prestando particular atención a la más grave de ellas: el cese o destitución. Un tema sin lugar a dudas clásico en el constitucionalismo, pero que la evolución del sistema político y del propio ordenamiento plantean la conveniencia de que volvamos a él con una mirada crítica. Y, aunque no podamos agotar aquí el objeto estudiado, esperamos al menos poder ofrecer algunas reflexiones que puedan aportar algún destello al debate académico.

2. Marco constitucional de la responsabilidad del Gobierno y de sus miembros: La distinción entre responsabilidad política y responsabilidad jurídica

El Gobierno de acuerdo con la Constitución de 1978 es un órgano constitucional que tiene una doble *vis* política y administrativa, y cuyos miembros, como veremos, tienen un carácter netamente político aunque su estatuto se ha ido asimilando al de los altos cargos de la Administración¹. El Gobierno, además, en tanto que órgano colegiado ejerce unas competencias legalmente atribuidas, pero también opera un principio departamental de tal forma que los distintos miembros del Gobierno tienen un haz propio de funciones². Y el Gobierno mantiene una relación fiduciaria con el Parlamento, que le obliga a responder ante este por sus actos y se somete a la posible censura parlamentaria. De igual forma, en un Estado democrático de Derecho no cabe otra opción que reconocer la posibilidad de exigir responsabilidad jurídica por los actos u omisiones de cualquier poder público, sin que hoy día sea sostenible la tesis de que existen unos actos políticos del Estado inmunes a ningún género de control jurisdiccional³. No en vano el art. 9 CE en su apartado 1º declara que: “Los ciudadanos y *los poderes públicos* están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, añadiendo en el apartado 3º como principios constitucionales “la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Algo que, como estudiaremos a continuación, tiene proyección inmediata en relación con la responsabilidad del Gobierno y sus miembros.

Así las cosas, comenzábamos este trabajo sobre la responsabilidad del Gobierno y sus miembros advirtiendo cómo para acercarnos a la misma se hace

¹ Como advierten PÉREZ MONGUIÓ / FERNÁNDEZ RAMOS (2016, p. 72), el tratamiento diferencial que venía manteniendo la legislación entre los miembros del Gobierno y el resto de altos cargos ha cambiado con la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que, como se verá, prácticamente los ha identificado.

² Como ha detallado también la Ley del Gobierno en su exposición de motivos pueden identificarse tres principios que “configuran el funcionamiento del Gobierno: el principio de dirección presidencial, que otorga al Presidente del Gobierno la competencia para determinar las directrices políticas que deberá seguir el Gobierno y cada uno de los Departamentos; la colegialidad y consecuente responsabilidad solidaria de sus miembros; y, por último, el principio departamental que otorga al titular de cada Departamento una amplia autonomía y responsabilidad en el ámbito de su respectiva gestión”.

³ Sobre la “crisis de la teoría de los actos políticos del Estado”, cfr. LÓPEZ CALVO (1996, pp. 103 y ss.).

necesario deslindar las dos formas principales en las que esta se presenta: responsabilidad política, por un lado, y responsabilidad jurídica, por el otro. Y, a este respecto, antes de perfilar el marco constitucional actual, un buen punto de partida puede ser la descripción que hacía de las mismas PÉREZ SERRANO (1976, pp. 733-734) en su obra clásica Tratado de Derecho Político:

“En efecto, hay en primer término una responsabilidad *política*, que supone abuso en la utilización o en la retención del poder, y se castiga con la privación de éste; hay responsabilidad *civil*, que implica lesión en el patrimonio del Estado o de los particulares, y se corrige obligando a indemnización proporcionada; hay, finalmente, responsabilidad *penal*, que entraña infracción punible de las normas, y se sanciona con la privación de bienes jurídicos en que consiste la pena. En una catalogación más rigurosa cabe establecer un dualismo de responsabilidad, porque o ésta es meramente política, o tiene carácter de responsabilidad jurídica, pudiendo en este último caso, desdoblarse en las vertientes civil y penal antes indicadas. A lo cual debe agregarse que la responsabilidad civil va muchas veces unida a la penal, sirviéndole como de escuela o complemento, porque el reo ha de reparar el daño causado”.

Un escenario que este autor matizaba añadiendo que su contemplación “realista y sincera” obligaba a reconocer que la “única responsabilidad verdadera es la política”, ya que son extremos los supuestos en los que un ministro llega a tener responsabilidad jurídica (PÉREZ SERRANO, 1976, p. 734). A lo que añadía, además, que la responsabilidad política “tiene su lugar de predilección en el régimen parlamentario” donde se pone en juego con interpelaciones y el voto de censura, así como mediante otros instrumentos de control (PÉREZ SERRANO, 1976, p. 734).

Pues bien, tales conclusiones creo que solo en líneas generales siguen siendo válidas hoy día y, por ello, necesitan de algunas precisiones complementarias. De esta guisa, comenzando con la *responsabilidad jurídica*, esta, por mucho que se pueda apreciar una tendencia a “judicializar” la política, lo cierto es que se trata de una vía excepcional. Muy raramente nos encontramos con supuestos en los que un miembro del Gobierno tenga que responder ante los tribunales de justicia por los daños que hubieran causado sus actos u omisiones, ni en sede *penal* – referida a aquellos delitos que puedan cometer en ejercicio de sus funciones – ni en sede *civil* – como consecuencia de actos que ocasionaran daños o perjuicios tanto a la Administración como a terceros –. Porque una cosa es que los actos del Gobierno o de sus miembros sean revisables judicialmente y otra cuestión distinta son las vías que el

ordenamiento jurídico prevé para que estos tengan que “pagar” por determinados actos, es decir, para que sean hechos responsables jurídicamente, según decíamos en la introducción. Aquí nos preocupan en sentido estricto estas últimas. A las cuales, además de las dos más importantes que mencionaba Pérez Serrano (la civil y la penal), debemos añadir la responsabilidad *contable*, cuya jurisdicción corresponde al Tribunal de Cuentas en “[e]l enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos” (art. 2.b LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas –en adelante, LOTCu), y la responsabilidad *disciplinaria* que, como veremos, se extiende hoy al cumplimiento de los deberes de buen gobierno de acuerdo con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y al respeto de los requisitos prescritos por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Son por tanto estas cuatro vías para exigir responsabilidad jurídica al Gobierno y en especial a sus miembros las que aquí nos va a interesar estudiar.

Junto a esta responsabilidad jurídica, decíamos que la singularidad del Gobierno y de sus miembros es que también responden políticamente. Si nos atuviéramos a la delimitación dada por Pérez Serrano, que obedece a una visión tradicional o clásica, la *responsabilidad política* tiene lugar cuando hubiera un “abuso” en el ejercicio del poder y tendría que tener como consecuencia el cese del miembro del Gobierno correspondiente o del propio Gobierno. Así entendida, la estructura de este género de responsabilidad sería la misma que la de la jurídica: el Gobierno es “hecho responsable” por un acto que se considera dañino o perjudicial, aplicándose, a través de un procedimiento previsto por el ordenamiento jurídico, la correspondiente sanción, siendo la más grave la destitución. Su carácter político, como elemento diferenciador, radicaría, siguiendo a ARAGÓN REYES (2002, p. 136) – quien se refiere a la distinción entre control político y jurídico pero que es aplicable a la idea de responsabilidad-, primero, en que la responsabilidad política es *subjetiva*, “no existe canon fijo y predeterminado de valoración, ya que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante”. Segundo, en el parámetro de enjuiciamiento que no atiende a criterios jurídico-normativos sino de pura *oportunidad* política. Tercero, en su carácter “*voluntario*”, a diferencia del control jurídico que es necesario tanto para el órgano controlante que ha de ejercer su control si es requerido como también en cuanto al resultado o las consecuencias que debe imponer al ejercer el control. Y, por último, porque *el órgano que ejerce el control de la misma*

no es jurisdiccional, por tanto no son “órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de derecho”, sino políticos, el Parlamento o, como veremos, el propio Presidente en el caso del resto de miembros del Gobierno (ARAGÓN REYES, 2002, p. 137).

Sin embargo, para comprender en su plenitud la idea de responsabilidad política es necesario trascender de esta definición estricta de la misma⁴. Y, a tales efectos, debemos formularnos un par de preguntas: ¿por qué el Gobierno tiene que responder no sólo jurídicamente por sus actos sino también políticamente y qué implica esa obligación de responder? ¿Hasta qué punto es acertada la apreciación con la que hemos comenzado siguiendo a Pérez Serrano de que un acercamiento “realista” y “sincero” debe llevarnos a asumir que la responsabilidad política habría de eclipsar a la jurídica? La respuesta a la primera pregunta la hemos empezado a dar en el apartado anterior cuando se indicaba que el Gobierno mantiene una *relación de confianza* con el parlamento. En un sistema parlamentario, es el Parlamento el que tiene legitimidad democrática de primer grado y quien, a través de los mecanismos constitucionales correspondientes, traslada esta legitimidad al Gobierno, que deberá mantener tal confianza en el ejercicio de su mandato. Como nos explica LÓPEZ AGUILAR (2018, 1618), “[l]a forma parlamentaria de gobierno presupone asimismo que el Gobierno dimana de la confianza del Parlamento, ante el que responde, y actúa bajo su control, en modo que el Gobierno cesa cuando se quiebra el vínculo de confianza conferido por la mayoría parlamentaria”.

Ello nos lleva, por tanto, a reconocer el principio de *responsabilidad política* del Gobierno como la clave de bóveda de la arquitectura constitucional de la forma de gobierno parlamentaria. Valga para su delimitación la descripción que ha hecho de este principio constitucional la *Supreme Court* de Reino Unido:

“Como Lord Bingham of Cornhill sostuvo en el caso *Bobb v Manning* [2006] UKPC 22, para 13, “la acción de gobierno del Primer Ministro y del Gabinete colectivamente responsables y que responden ante el Parlamento se encuentra en el corazón de la democracia de Westminster. Los ministros son responsables ante el Parlamento a través de mecanismos como su deber de

⁴ Así, como explica BUSTOS GISBERT (2001, pp. 11 y ss.), la responsabilidad política es un término polisémico y complejo, cuestionando la utilidad actual de su formulación tradicional o clásica para ofrecer, como veremos más adelante, una formulación más amplia de la misma.

responder a las preguntas parlamentarias y de comparecer ante comisiones parlamentarias, y a través del escrutinio parlamentario de la legislación delegada que adopten los ministros. Por estos medios, las políticas del Ejecutivo quedan sujetas a la consideración de los representantes del electorado, el Ejecutivo es requerido para informar, explicar y defender sus acciones, y los ciudadanos quedan protegidos del ejercicio arbitrario del poder ejecutivo.” ([2019] UKSC 41 – 24/09/2019 (traducción propia)).

Como se observa, la otra cara de esta idea de responsabilidad política del Gobierno es que, en toda democracia parlamentaria⁵, el Parlamento, en tanto que órgano de representación de la ciudadanía, asume una *función de control* del Gobierno⁶, dotándose de toda una serie de instrumentos que permiten desde “el acceso a la información sobre la acción del Gobierno” hasta “acciones de inspección, supervisión y exigencia de responsabilidad de que dispone el Parlamento (concretamente, sus minorías en ejercicio de la función de oposición) para verificar el estado de la *relación fiduciaria* y depurar, en su caso, su cesación o ruptura” (LÓPEZ AGUILAR, 2018, p. 1619).

Ahora bien, es importante también tener presente que la relación fiduciaria Gobierno-Parlamento en buena medida da sentido a la responsabilidad política de aquel ante el Parlamento y al control que este ejerce, pero no agota su fundamentación⁷. La responsabilidad política del Gobierno y el consiguiente control parlamentario se reconocen así como unos principios que conectan con la idea más amplia de que la democracia constitucional es un juego “de controles entre órganos y poderes: de pesos y contrapesos recíprocos” (GARCÍA ROCA, 2016, p. 63). Porque, en palabras de Aragón Reyes: “No hay democracia sin limitación y no hay limitación sin control. De ahí que el control sea elemento inescindible de la democracia, o hablando en términos jurídicos, en cuanto que el Estado constitucional no es otra cosa que la democracia juridificada, que el control sea elemento inseparable del concepto de Constitución” (ARAGÓN REYES, 2005, p. 50).

Y, en lo que ahora más interesa, a la luz de lo dicho se ve cómo ha surgido una idea de responsabilidad política, en buena medida unida a la de control parlamentario, más amplia que aquella con la que inicialmente habíamos

⁵ Sobre la hibridación de los sistemas políticos en relación con el control parlamentario, véase GARCÍA ROCA (2016, pp. 61-99). A este respecto, véase también MARTÍNEZ FELIPE (1996-1999, pp. 642 y ss.).

⁶ En este sentido, cfr. STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ. 6.

⁷ En este sentido, véase especialmente BUSTOS GISBERT (2001).

comenzado⁸. Una idea de responsabilidad que se extiende no sólo a mecanismos de control del Gobierno que puedan comportar su cese o siquiera alguna consecuencia jurídica (pensemos, por ejemplo, en amonestaciones públicas). Sino que incluye también otras formas de control difusas, aunque se encuentren institucionalizadas –en el sentido de que existan cauces jurídicos para realizarlas–, a través de las que el Gobierno da cuenta o responde de su gestión ante el Parlamento, pero que no pueden dar lugar a sanción alguna⁹. Incluso, la idea de responsabilidad política se puede llegar a proyectar en la globalidad de las funciones parlamentarias, y no sólo en los instrumentos de control en sentido estricto¹⁰. Esto ha llevado a que se haya discutido profusamente si pueden identificarse o no conceptos que, como se ha venido viendo, están íntimamente relacionados: los de confianza, responsabilidad y control político. A este respecto, lo que señala García Roca para el control político creo que es predicable también de la idea de responsabilidad: son conceptos de “*carácter poliédrico* o de geometría variable” (GARCÍA ROCA, 2016, p. 64). Una conclusión que ha sido recientemente confirmada por el Tribunal Constitucional¹¹. Pero tampoco tenemos que caer en enredos semánticos, cuando los principios están claros: el principio democrático pero también el liberal de separación de poderes reclaman que en un sistema parlamentario el Gobierno tenga que ser responsable ante el Parlamento, lo que se traduce en que aquél tiene que dar cuenta de sus actos ante éste, que po-

⁸ A este respecto ha sido BUSTOS GISBERT (2001, pp. 27 y ss.) quien ha trazado con más nitidez los perfiles de este concepto amplio de responsabilidad política.

⁹ Cfr. BUSTOS GISBERT (2018, p. 1570). Con más detalle, véase en especial: BUSTOS GISBERT (2001).

¹⁰ Comparto con BUSTOS GISBERT (2001, pp. 39 y ss.) que la idea de responsabilidad política se proyecta en sentido amplio sobre todas las funciones parlamentarias, algo que ha terminado reconociendo el Tribunal Constitucional aunque finalmente haya centrado la idea de responsabilidad en torno a la función de control parlamentaria (STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ. 7). En relación con la función de control parlamentario, coincido también con Bustos Gisbert en que la responsabilidad política no puede entenderse como una consecuencia del mismo, anudada por tanto a la idea sancionatoria, sino “más bien un presupuesto lógico, un *præius*, de tal control parlamentario” (p. 41). En este sentido, cfr. VÍRGALA FORURIA (1988, pp. 196 y ss.).

¹¹ Así, el Tribunal Constitucional ha concluido que, “siendo la función de control una función poliédrica, dirigida solo en último término a la ruptura de la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno, no cabe descartar la utilización de algunos de los instrumentos a los que nos hemos referido para el ejercicio de la función de control de la acción del Gobierno que corresponde a las Cortes Generales (art. 66.2 CE)” (STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ. 7).

drá fiscalizarle y, llegado el caso, podrá retirarle la confianza otorgada. Y, para ello, la Constitución y los reglamentos parlamentarios deben prever, siguiendo una distinción ya consolidada, tanto instrumentos de *control-fiscalización*, que permiten un escrutinio cotidiano de Gobierno, como de *control-responsabilidad-política*, como *ultima ratio* en la exigencia de responsabilidad –más aún en un parlamentarismo racionalizado–. Eso sí, como resolvió el Tribunal Constitucional, la retirada de confianza sólo se podrá producir cuando exista una relación fiduciaria Gobierno-Parlamento¹², pero en aquellos supuestos en los que ésta no se dé (como es el caso del Gobierno en funciones o en sus relaciones con el Senado) el Parlamento puede seguir ejerciendo su función de control y el Gobierno ha de seguir dándole cuentas a éste (responsabilidad en sentido amplio), precisamente porque esta función se fundamenta en el “carácter representativo” de las Cortes¹³.

En definitiva, vemos cómo las ideas de responsabilidad, control y confianza no se confunden pero sí se entrelazan¹⁴, respondiendo, como expresa FERNÁNDEZ SEGADO (1984, pp. 20-21) siguiendo a Burdeau, a una idea “simple, lógica y práctica. Desde el momento en que los representantes del pueblo encarnan su voluntad, deben encargarse de vigilar el modo como se conduce la política del Estado para mantenerla en la línea que corresponde al voto de la colectividad nacional” De ahí su importancia e, incluso, a la luz de lo estudiado se comprende también por qué esta forma de responsabilidad política eclipsa a la jurídica, al menos teóricamente. Salvo supuestos muy extremos en los que un miembro del Gobierno haya podido sortear todos los controles para cometer un delito en ejercicio de sus funciones o en el caso de que una actuación u omisión gubernamental haya podido causar un daño o perjuicio que dé lugar a una responsabilidad patrimonial –dejo ahora fuera los supuestos de responsabilidad contable o disciplinaria–, lo cierto es que el principio de separación de poderes llama a que la fiscalización y en su caso la sanción de las actuaciones gubernamentales, aquella exigencia de responsa-

¹² Abunda en este sentido la limitación introducida en el art. 21.4.b) LG de que el presidente del Gobierno cuando está en funciones no pueda plantear una cuestión de confianza. Sin embargo, cabría plantearse la hipótesis extrema en la que un gobierno en funciones actuara de manera absolutamente desleal y, en concurso con el rey, se bloqueara la investidura de un presidente que contara con una mayoría de la Cámara, por ejemplo para forzar el plazo de disolución automática. En este caso límite parece que la única vía constitucional de la que dispondría el Congreso sería presentar una moción de censura frente a este gobierno, sorteando así la inacción del monarca en la propuesta de candidato.

¹³ STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ. 6.

¹⁴ Cfr. STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ. 7.

bilidad que va más allá de la mera revisión de la legalidad de los actos, se realice fundamentalmente en sede política y no por un juez o tribunal. Porque, además, como se ha dicho, los parámetros de evaluación de esa gestión política, del quehacer de un Gobierno y sus decisiones, tienen escasos asideros jurídicos y han de atender a criterios de oportunidad. El problema, como veremos, es que en la práctica la importancia de esta responsabilidad política es menos efectiva de lo que sería deseable para el buen funcionamiento del sistema democrático y, en demasiadas ocasiones, se termina confundiendo con la responsabilidad jurídica¹⁵.

Sobre la base de estos presupuestos, llega la hora de delimitar el marco concreto que ofrece la Constitución de 1978 en relación con la idea de responsabilidad del Gobierno y de sus miembros, el cual iremos desgranando en los siguientes apartados. A este respecto, son dos los preceptos clave: en cuanto a la responsabilidad política, el art. 108 CE, párrafo del Título V referido a las relaciones entre el Gobierno y las Cortes, el cual declara que “El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados.”; y el art. 98.2 CE, que sin distinguir si hace referencia a responsabilidad política y/o jurídica, afirma que “[e]l Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión”. Adicionalmente, hay otros preceptos que pueden resultar de interés, como el art. 102 CE, que, según veremos, regula las peculiaridades en el estatuto de los miembros del Gobierno ante procesos penales; el 56.3 CE, referido a la responsabilidad derivada del refrendo de los actos del Rey; o el art. 66.2 CE que atribuye a las Cortes Generales la función de controlar al Gobierno, y los mecanismos previstos constitucionalmente para romper la relación fiduciaria con el Gobierno (arts. 112, 113 y 114 CE).

Pues bien, como estudiaremos a continuación, desde la perspectiva de la responsabilidad política, el art. 108 CE nos lleva a analizar la responsabilidad “solidaria” que asume el Gobierno ante el Congreso, entendiendo esta además de forma estricta, es decir, vinculada a los instrumentos de control-responsabilidad antes señalados, y muy especialmente a la moción de censura. Quedarán fuera de este análisis, por tanto, aquellos otros mecanismos de

¹⁵ A este respecto BUSTOS GIBERT (2001, p. 26) se lamenta de que la crisis de la responsabilidad política esté abocando a que ésta sea sustituida por otras formas de responsabilidad, especialmente la penal, que “no pueden, ni deben, cumplir los mismos objetivos que la responsabilidad política”. El autor detalla además los problemas derivados de la identificación entre responsabilidad política y penal (pp. 75 y ss.).

control-fiscalización del Gobierno que, como se ha dicho, suponen un control difuso del mismo y no pueden comportar sanción alguna, aún cuando se ha reconocido la importancia de esas otras vías de control y de una concepción amplia del principio de responsabilidad política. Del mismo modo, de acuerdo con el art. 98.2 CE, se estudiarán también las vías para la exigencia de responsabilidad política individual a los miembros del Gobierno. Una responsabilidad política que, como veremos, es “institucional” sólo ante al presidente, que es el único que puede cesar a un miembro del Gobierno, y “difusa” ante las Cortes, aunque no por ello podemos despreciar su valor y, aunque sea de forma incidental, será necesario hacer alguna reflexión sobre las vías convencionales que se han consolidado parlamentariamente para su exigencia aún sin comportar jurídicamente sanción alguna (GARCÍA ROCA, 2003, pp. 83 y ss.). Por lo que hace a la responsabilidad jurídica, el análisis se centrará precisamente en la responsabilidad individual de los miembros del Gobierno, en el marco del art 98.2 CE, en relación con el 102 CE cuando se trate de responsabilidad penal y del 106 CE en cuanto a la patrimonial¹⁶, pero sin olvidar esas otras formas de responsabilidad no previstas expresamente en la Constitución pero que reconoce el ordenamiento, la contable y la disciplinaria. Además, plantearemos hasta qué punto el Gobierno como órgano constitucional responde también jurídicamente.

3. Responsabilidad política en nuestro sistema parlamentario y el cese como consecuencia última: la moción de censura

La Constitución española de 1978, como se acaba de decir, opta por un modelo en el que la responsabilidad política es fundamentalmente del Gobierno, solidaria, siendo el art. 108 CE la “clave de bóveda de la forma de gobierno parlamentaria” (BUSTOS GISBERT (2018, p. 1563)¹⁷. Ahora bien, el

¹⁶ VÍRGALA FORURIA (1988, p. 293) limita el ámbito del art. 98.2 CE a la responsabilidad estrictamente política, sin embargo, a mi entender, en la medida en que este precepto se refiere genéricamente a la existencia de unas competencias departamentales, propias de cada Ministerio, y de cuya gestión deben responder, entiendo que esa exigencia de responsabilidad se proyecta tanto en el ámbito político como en el jurídico, siendo el resto de preceptos constitucionales indicados una concreción del principio expresado por éste. Abonaría esta interpretación el art. 64.2 CE que hace responsables a los órganos que refrenden los actos del rey, responsabilidad no sólo política sino también jurídica.

¹⁷ En sentido similar, MATÍA PORTILLA (2008, p. 1771) y, de manera extensa, VÍRGALA FORURIA (1988, pp. 206 y ss.).

Título V de la Constitución va mucho más allá del control-responsabilidad y contempla distintos instrumentos de control-fiscalización del Gobierno y de sus miembros que, como ha destacado BUSTOS GISBERT (2018), nos acercan a ese sentido más amplio de la idea de responsabilidad¹⁸. El propio Tribunal Constitucional así lo ha reconocido en la STC 124/2018, de 14 de noviembre, donde, tras afirmar “la centralidad parlamentaria” que justifica “una posición preeminente sobre el poder ejecutivo” (FJ. 6) – al menos en el plano teórico porque, como veremos, la realidad desvirtúa esta conclusión –, el Constitucional advierte que, “normalmente, el control de la acción del Gobierno se ejercerá en el marco de la relación fiduciaria”, de tal manera que “los instrumentos de control podrán dirigirse, en último término, a exigir responsabilidad política del Gobierno”. Pero, al mismo tiempo, admite que “no todos los instrumentos de control tienen como finalidad la ruptura de la relación de confianza, por lo que pueden, en principio, ejercerse aunque no exista esa relación” (FJ. 7).

Sin embargo, como bien ha apreciado MATÍA PORTILLA (2008, p. 1771) – a quien seguimos en este punto –, por mucho que el art. 108 CE sea el pórtico del Título V donde se incluyen esta variedad de instrumentos de control, el mismo “está pensando en algo más concreto que esa dimensión que impregna todo el Derecho parlamentario”. Ello se evidencia, especialmente, en el hecho incontestable de que el art. 108 se refiera, en exclusiva, a que el Gobierno responde “ante el Congreso de los Diputados”, excluyendo así al Senado que, por el contrario, sí que participa en la función de control, como predica la Constitución en el art. 66.2 y ha sostenido el propio Tribunal Constitucional¹⁹. Pero control-fiscalización y no control-responsabilidad que, este sí, se anuda a la relación fiduciaria que en nuestro modelo constitucional le corresponde otorgarla y retirarla solo al Congreso, según lo ya dicho. El art. 108 es así el “envés” del art. 99 CE (MATÍA PORTILLA, 2008, p. 1772)²⁰.

¹⁸ Como se ha visto, la tesis de BUSTOS GISBERT (2018, p. 1564) es que la idea de responsabilidad ínsita en este precepto va más allá, y “es algo muy diferente”, de la mera “posibilidad de la retirada de la confianza al ejecutivo”. Para este autor “[e]l artículo 108 no hace sino declarar en la Constitución un principio que configura una de las más importantes convenciones constitucionales del sistema parlamentario en su formulación original en el constitucionalismo británico: la convención sobre la responsabilidad colectiva”.

¹⁹ En este sentido, cfr. STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ. 7.

²⁰ El propio BUSTOS GISBERT (2018, p. 1569) aunque critica la identificación entre confianza y responsabilidad, y sostiene que el anverso de la regla de la confianza no es la responsabilidad, sino la desconfianza, al final termina reconociendo el carácter a su entender “reduccionista” de la idea de responsabilidad ínsita en el art. 108 al limitarla al Congreso de los Diputados y vincularla así con la confianza.

De esta suerte, podemos concluir que sin lugar a dudas el Gobierno debe responder ordinariamente ante las Cortes Generales a través de los distintos instrumentos de control-fiscalización que prevén la Constitución y los reglamentos parlamentarios, pero su responsabilidad política, entendida en el grado más intenso²¹, presupone la existencia de una relación fiduciaria, que se da específicamente entre el presidente del Gobierno y el Congreso de los Diputados, y que encuentra en nuestra Constitución fuertemente racionalizada unos cauces específicos y tasados: la moción de censura (art. 113 y 114.2 CE) y la cuestión de confianza (arts. 112 y 114.1 CE)²². Sin embargo, a mi entender sólo la primera responde en sentido propio a la idea estricta de responsabilidad, e incluso en relación con la moción de censura es necesario introducir matices. Y es que, mientras que en la primera – la moción de censura- el Gobierno “es hecho responsable” por el Parlamento – en concreto el presidente del Gobierno por el Congreso – y llegado el caso se le aplica una consecuencia – su cese o destitución –²³; la cuestión de confianza sirve para comprobar la subsistencia del vínculo fiduciario y, en el mejor de los casos,

²¹ Siguiendo la tesis de BUSTOS GISBERT (2001, 27 y ss.), y GARCÍA ROCA (2016, pp. 64 y ss.), el Tribunal Constitucional ha concluido a este respecto que “podemos inferir distintos grados de intensidad en el ejercicio de dicha función de las Cortes Generales, y en algunos casos del Congreso de los Diputados, que comprenderá información, fiscalización y, en última instancia, ruptura de la relación de confianza” (STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ. 7).

²² La doctrina ha debatido si existirían otros cauces de pérdida implícita de la confianza parlamentaria y, en su caso, si podría darse algún efecto jurídico a la misma. En particular, se ha debatido sobre el rechazo parlamentario del proyecto de presupuestos o la concesión del suplicatorio por algún delito o, incluso, la autorización del Congreso para el procesamiento de un miembro del Gobierno por delitos de traición o contra la seguridad del Estado. En cuanto a los dos últimos, comparto con Satrústegui (1996-1999, p. 354), que debe distinguirse el sentido de conceder el suplicatorio –acto por así decir “obligatorio” para la Cámara aunque confíe en la inocencia del miembro del Gobierno acusado salvo que aprecie el carácter espurio del proceso judicial- de la formalización de la acusación por esos otros graves delitos donde sí que puede apreciarse esa desconfianza de la Cámara. Ahora bien, por mucho que el rechazo de la ley de presupuestos o la aprobación de la acusación por traición evidencien esa quiebra de la confianza, lo que a nivel político debería llevar a la dimisión del presidente o a la disolución de las Cámaras cuando esto sea posible, no creo que pueda atribuirse a las mismas ningún efecto jurídico y llegado el caso del enrocamiento del Presidente sólo dejaría la opción de que se promoviera una moción de censura contra el mismo. De forma incidental pueden verse sobre esta cuestión VÍRGALA FORURIA (1988, p. 307), o NARANJO DE LA CRUZ (2001).

²³ El propio tenor del art. 113.1 CE resulta esclarecedor de la función de la moción de censura como vía para la exigencia de responsabilidad política cuando comienza afirmando que “El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura”.

es el Gobierno el que “asume” ante el Parlamento la responsabilidad por algo, decidiendo su presidente, *motu proprio*, si se somete o no ante el mismo. Es cierto que, una vez sometido, es la cámara parlamentaria la que decidirá, con las consiguientes consecuencias²⁴. Se convierte así, como expresara BLONDEL (1972, p. 427), en una “amenaza de suicidio del Gobierno”.

Así las cosas, en nuestro ordenamiento constitucional “[p]ara poner en práctica la exigencia de responsabilidad política [en su grado más intenso] sólo existe un mecanismo jurídico: la moción de censura” (VÍRGALA FORURIA, 1988, p. 205). Es el único mecanismo institucionalizado a través del cual el Congreso de los Diputados, como cámara de representación de la ciudadanía, puede exigirle responsabilidad al Gobierno hasta el punto de poder deponerlo. Sin este elemento sancionatorio quebraría la lógica del sistema parlamentario²⁵. En esta forma de gobierno, como explicara Pérez Serrano, cuando se produce un choque Legislativo-Ejecutivo el mismo debe tratar de resolverse sin llegar a respuestas extremas pero, si no se logra “y la pugna se agudiza, no hay necesidad de emplear el viejo procedimiento del *impeachment*, sólo oblicuamente aplicable cuando no hay infracción punible: se plantea directamente la responsabilidad política, cuya sanción consiste en el abandono del poder” (PÉREZ SERRANO, 1976, p. 825)²⁶. Ahora bien, convie-

²⁴ Como ha estudiado SÁNCHEZ NAVARRO (2018, pp. 1605), la moción de censura y la cuestión de confianza “responden a idénticos postulados, en cuanto manifiestan el principio de responsabilidad política del Gobierno ante el Congreso. Sin embargo, su sentido es profundamente diferente, y su regulación apunta a objetivos distintos: mientras que la moción pretende obtener –como su nombre indica– la «censura» parlamentaria del Gobierno, la cuestión persigue «la confirmación del vínculo de confianza establecido con anterioridad» (López Guerra)”. Puede pensarse en que una cuestión de confianza termine actuando como una suerte de censura por una actuación gubernamental – imaginémoslo, por ejemplo, que tras la crisis del coronavirus el Presidente Sánchez se sometiera voluntariamente a una cuestión de confianza –, pero no parece que sea ésta su función. El escaso uso que se ha hecho de la misma hasta el momento en nuestro país ha estado más vinculado a la necesidad de tratar de reforzar o de evidenciar el mantenimiento de una mayoría parlamentaria que sostenía al Gobierno en momentos convulsos. De ahí que FERNÁNDEZ SEGADO (1996-1999, p. 117) haya concluido que al final la cuestión de confianza se convierte “en un mecanismo de refuerzo de la posición parlamentaria del Gobierno”.

²⁵ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA / GOIG MARTÍNEZ (1996-1999, p. 26).

²⁶ Como explica VÍRGALA FORURIA (1988, p. XVII) en la introducción y luego desarrolla extensamente, “El régimen parlamentario está indisolublemente unido a la facultad parlamentaria de exigencia de responsabilidad política del Gobierno, a través del cauce jurídico de la moción de censura”.

ne no olvidar que, aunque nos refiramos aquí a la moción de censura como vía para la exigencia de responsabilidad política, es cierto lo que advierte VÍRGALA (1988, p. 199), y es que la misma “puede exigirse incluso aunque la actividad del Ejecutivo sea acertada, ya que tal exigencia busca únicamente romper el vínculo de confianza que une a la mayoría parlamentaria con el Gobierno”. No obstante, es una hipótesis de laboratorio que pudiera prosperar una moción de censura sin que subyazca el elemento sancionatorio, es decir, la idea de que el Parlamento decida deponer a un Gobierno por un puro cambio de sensibilidad política que no vaya anudado a un reproche por la gestión gubernamental. En cualquier caso, esta posibilidad sirve para poner aún más de manifiesto que la responsabilidad política, y por ende el juicio de censura, se sostiene sobre la base de criterios de pura oportunidad política, siendo el Parlamento – en nuestro caso el Congreso – libre a la hora de apreciarla (VÍRGALA FORURIA, 1988, p. 203).

Si bien, el elemento que más distorsiona el carácter de la moción de censura como vía para la exigencia de responsabilidad política del Gobierno ha sido la opción de la Constitución de 1978, siguiendo el ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn, a favor de diseñar una moción de censura “constructiva”, es decir, donde la censura debe ir anudada a la propuesta de un candidato alternativo²⁷. Reforzada, además, por la exigencia de mayoría absoluta para que prospere. De forma que la obsesión por dar estabilidad al Gobierno que justificó este diseño constitucional ha terminado por blindarlo, llevando, como ha señalado VÍRGALA (1988, p. XIX), a la “absolutización de la estabilidad gubernamental, incluso referida a los gobiernos minoritarios y reducción de las posibilidades de exigencia de responsabilidad a su mínima expresión”²⁸. De hecho, a lo largo de la vigencia de nuestra Constitución, como es sabido, sólo ha prosperado una moción de censura, la que se presentó contra el presidente Rajoy en 2018 y que llevó a la presidencia a Pedro Sánchez. Pero es que, en realidad, aunque formalmente fuera una moción de censura constructiva, la misma se desarrolló como una moción puramente destructiva, aquí sí censora. Como ha detallado DELGADO RAMOS (2019, pp. 12 y ss.), no hubo moción de censura, solo censura; no se presentó ni debatió programa alguno de Gobierno, ni hubo una alternativa programática. La prueba de ello fue la inestabilidad y la corta duración del Gobierno que na-

²⁷ Véase LÓPEZ AGUILAR (2018, p. 1624 y ss.), así como las críticas y las disfuncionalidades apuntadas tempranamente por VÍRGALA FORURIA (1988, pp. 224 y ss.).

²⁸ En este sentido, cfr. LÓPEZ AGUILAR (2018, p. 1621). También BUSTOS GISBERT (2018, p. 1571).

ció de aquella investidura, que se vio forzado a disolver anticipadamente las Cortes en una legislatura estéril donde ni siquiera se pudieron aprobar los primeros presupuestos²⁹. Pero, además, esta censura prosperó como reacción, no ya a una actuación gubernamental, sino a la condena en el caso Gürtel por financiación ilegal al partido en el Gobierno. Algo que demuestra esa distorsionadora confusión entre responsabilidad política y jurídica: solo cuando ha habido una condena penal ha llegado a prosperar una moción de censura, es cierto que, todo sea dicho, en un escenario político donde se ha fragmentado la composición del Congreso. Porque, sin ese cambio en la composición parlamentaria, es decir, de haber tenido un Gobierno sostenido por una mayoría parlamentaria fuerte y monocolor, podemos estar seguros que ni siquiera la condena penal la hubiera resquebrajado.

Más allá, si limitadas son las vías constitucionales para exigir responsabilidad política al Gobierno, al menos en su grado más intenso, aún más débiles son las posibilidades de exigir responsabilidad individualizada a los miembros del Gobierno, distintos del presidente. Y es que, como se ha visto, la responsabilidad individual del presidente, aunque conceptualmente sea distinta de la responsabilidad solidaria del Gobierno, la preeminencia de aquel lleva a que, como ha reconocido BUSTOS GISBERT (2001, p. 115), “en la práctica tiendan a confundirse de manera inevitable”. Pues bien, por mucho que la responsabilidad colectiva sigue siendo la clave, sobre todo si tenemos en cuenta que en todo Gobierno parlamentario debe primar el elemento colectivo, esa “regla de la unidad” a la que se refiere BUSTOS GISBERT (2018, p. 1565) y que se sitúa por encima del principio departamental³⁰, al final los ministros han de ser responsables (art. 98.2 CE), también políticamente, en la medida que tienen un haz propio de competencias. Siendo esta responsabilidad individual un “complemento necesario”, que no sustituye a la colectiva, pero que no puede despreciarse ni minusvalorarse (GARCÍA ROCA, 2003, p. 83). De manera que, como de forma expresiva ha sostenido GARCÍA ROCA (2003, p. 85), la responsabilidad directa de los ministros es “una consecuencia ineludible en Derecho de la atribución de una esfera autónoma de competencia conforme al principio de que nadie puede decidir sin venir sometido a responsabilidad. Donde hay una competencia hay una responsabilidad. Como esta es difuminada y borrosa, la responsabilidad

²⁹ Véase GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2019, pp. 134-135), quien comparte la conclusión de que fue una moción de censura destructiva tras analizar la actividad parlamentaria de ese período.

³⁰ A este respecto, cfr. VÍRGALA FORURIA (1988, p. 207).

también. Y la imprevisión de un procedimiento de control específico dificulta su exigencia”³¹. Así las cosas, como advierte este autor, los problemas surgen entonces porque, por un lado, las competencias ministeriales en muchos casos no son todo lo claras que sería deseable pero, sobre todo, porque la Constitución no ha previsto ningún mecanismo para exigirle responsabilidad a los miembros del Gobierno de forma individualizada, a diferencia, por ejemplo, de lo que sí que hizo la Constitución republicana de 1931. Esta disponía en su artículo 91: “Los miembros del Consejo responden ante el Congreso: solidariamente de la política del Gobierno, e individualmente de su propia gestión ministerial”. El constituyente español, sin embargo, expresamente rechazó la posibilidad de incluir vías de censura individual a los ministros y descartó las enmiendas que específicamente las contemplaban³².

De esta suerte, de acuerdo con la Constitución de 1978 la responsabilidad política individual de los ministros es, según decíamos, “difusa” ante las Cortes Generales a través de los distintos mecanismos de control-fiscalización, y en su grado más intenso, como exigencia de responsabilidad que pueda comportar el cese, sólo puede exigirla el presidente del Gobierno que es quien materialmente decide su nombramiento y separación (art. 100 CE). Se trata de una responsabilidad “institucional e intragubernamental” (GARCÍA ROCA, 2003, p. 85). Coherente con el modelo de formación del Gobierno donde es el presidente quien personaliza la confianza y, en consecuencia, se entiende que asume como facultad discrecional la de nombrar a los restantes miembros de “su” Gobierno. Sin embargo, por vía convencional, es decir, sin reforma constitucional y ni siquiera de los propios reglamentos parlamentarios, se ha introducido la moción de reprobación de miembros del Gobierno en sede parlamentaria³³. Estas mociones permiten a las cámaras fiscalizar la actuación de los ministros y, en su caso, reprocharles su gestión, pudiendo solicitar o exigir el cese del ministro correspondiente. Eso sí, sus efectos difícilmente van a poder trascender del difuso ámbito político ya que, aunque la Constitución no lo prohíba expresamente, ha quedado claro que optó por no querer incluir mociones de censura individua-

³¹ También puede verse BUSTOS GISBERT (2001, pp. 45 y ss.).

³² En particular, pueden verse las enmiendas presentadas al art. 86 del Anteproyecto de Constitución a propuesta del Grupo Socialistas de Catalunya y del Grupo Socialista.

³³ A este respecto, detallando la experiencia española y comparada en relación con las mociones de reprobación individual de los miembros del Gobierno, cfr. GARCÍA ROCA (2003, pp. 89 y ss.), y BUSTOS GISBERT (2001, pp. 68 y ss.). Entre los primeros en tratar la cuestión véanse FERNÁNDEZ SEGADO (1984, pp. 239-291); MONTERO (1983, pp. 421-450), o VÍRGALA FORURIA (1988, pp. 289 y ss.).

les³⁴. Por lo que, por mucho que el Parlamento pueda insistir en su reprobación a un determinado ministro, al final es el presidente quien tiene la última palabra o, por mejor decir, la penúltima, porque en última instancia el Congreso podría actuar mediante la correspondiente moción de censura ahora contra un presidente “poco atento” a los reproches parlamentarios contra alguno de los miembros de su Gobierno. A este respecto, la palma se la llevó la ministra Dolores Delgado, que hasta en tres ocasiones fue reprobada (una en el Senado y dos en el Congreso) en la XII Legislatura. Reprobaciones que no llevaron a que el presidente Sánchez cesara a la misma. De manera que la “sanción” o la “consecuencia” de este género de mociones queda limitada, según advertíamos, a esa amonestación pública por parte de la cámara parlamentaria.

A la luz de este panorama se observa cómo sin lugar a dudas existen mecanismos constitucionales para exigir la responsabilidad del Gobierno pero, al mismo tiempo, la racionalización tan intensa de nuestra forma de gobierno, a la que añadir un sistema de partidos con una rígida disciplina³⁵, han llevado a una suerte de “parlamentarismo castrado³⁶ donde, como ha destacado FERNÁNDEZ SEGADO (1996-1999, p. 22) en línea con Laski, el Parlamento moderno “es un prisionero del Gabinete y éste, aún más completamente, es agente de los intereses creados a los que sirve”, en definitiva, éste es prisionero a su vez del interés del partido reducido, además, al interés electoral. Por ello debemos relativizar desde esta perspectiva realista esa centralidad que a nivel teórico atribuíamos a la responsabilidad política del Gobierno en su grado más intenso, como posibilidad de que el Parlamento derroque al Gobierno. Ésta prácticamente ha desaparecido y el sentido del control al Gobierno ha mutado. Actualmente, siguiendo con FERNÁNDEZ

³⁴ En este sentido se pronuncia también GARCÍA ROCA (2003, p. 87) que tampoco considera que sea posible introducir una “moción de censura individual, «en sentido estricto», sin proceder a la reforma de la Constitución”; o BUSTOS GISBERT (2001, p. 69).

³⁵ A este respecto RUBIO LLORENTE (1988, p. 156) destaca cómo “La disciplina de partido abole, así, en gran medida, la separación entre Gobierno y Parlamento”, y explica cómo la concordancia política entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria hacen que prácticamente no exista la posibilidad de un control parlamentario del Gobierno que pueda llevar a su derrocamiento. De forma más extensa BUSTOS GISBERT (2001, pp. 19 y ss.) aborda las razones de la crisis del concepto clásico de responsabilidad política, señalando, en particular en relación con la ausencia de responsabilidad colectiva de los gobiernos, la excesiva racionalización de la vida parlamentaria y la “férrea” disciplina interna de los partidos.

³⁶ Hace referencia al mismo FERNÁNDEZ SEGADO (1996-1999, p. 35), siguiendo a Loewenstein.

SEGADO (1996-1999, p. 26), “la responsabilidad política del Gabinete ante el Parlamento ha cedido su lugar a la responsabilidad electoral del partido en el Gobierno ante, como es obvio, el cuerpo electoral”. Esto nos debe llevar a poner en valor, según lo ya dicho, esa idea amplia de responsabilidad política defendida con especial lucidez por BUSTOS GISBERT (2001), que va más allá de la pura sanción y en particular del cese o derrocamiento de un Gobierno o de uno de sus miembros. Y para ello, como ha advertido Rubio Llorente, hemos de comprender la naturaleza dual y compleja del Parlamento, como órgano del Estado que adopta las leyes como expresión de la voluntad estatal, lo cual debe responder a la voluntad de la mayoría, pero también como “sede privilegiada del pluralismo político de la sociedad” en el que “las distintas fuerzas políticas organizadas se enfrentan para debatir en público, y de manera continua, la acción del Gobierno”, donde la voluntad y la voz de los distintos grupos políticos es igualmente importante (FERNÁNDEZ SEGADO, 1996-1999, pp. 156-157). Lo cual puede llevarnos a repensar el diseño de los actuales instrumentos de control al Gobierno y de las vías para exigirle responsabilidad. Es cierto que el control-responsabilidad, anudado a la confianza, seguirá dependiendo de las mayorías parlamentarias –quizá, en una revisión crítica de la actual regulación, cabe plantearse el excesivo blindaje de la moción de censura con el doble requisito de mayoría absoluta y candidato alternativo–, pero en línea con lo señalado podrían también revisarse los mecanismos de control-fiscalización, por ejemplo dando un mayor protagonismo a la oposición³⁷, o se puede estudiar introducir consecuencias jurídicas como las amonestaciones públicas que añadirían un elemento sancionador a estos instrumentos del que hoy día carecen y que, aunque sea de forma difusa ante la opinión pública, pueden servir para enmarcarlos de forma más precisa en ese ideal de responsabilidad política del Gobierno y de sus miembros. En todo caso, es cierto lo que señala BUSTOS GISBERT (2001, p. 61), y que es que, al final, en este ámbito más que confiarnos a soluciones jurídicas – que algo pueden aportar, sin duda –, “lo que sería deseable sería una sustancial transformación de la práctica parlamentaria: tanto por parte del ejecutivo, como por parte de la mayoría y de la oposición”.

³⁷ Así, RUBIO LLORENTE (1988, p. 160). De forma reciente he abordado esta cuestión brevemente en TERUEL LOZANO (2017, pp. 398 y ss.). Y pueden verse también GARRORENA MORALES (2015, p. 201); GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2015, p. 188); y TAJADURA TEJADA (2014, p. 176). Y, de forma más extensa, SÁNCHEZ NAVARRO (1995) y LÓPEZ AGUILAR (1991).

4. La responsabilidad jurídica del Gobierno, de su presidente y de los demás miembros: las diferentes vías y sus consecuencias

La responsabilidad jurídica del Gobierno y de sus miembros, como se ha dicho, resulta muy excepcional y no debe confundirse con la revisión judicial de los actos que estos adopten. Cuando nos referimos a la responsabilidad jurídica nos ceñimos a aquellas vías que dispone el ordenamiento jurídico para “hacer pagar”, vía sanción o vía indemnización, el haber causado un daño o perjuicio (algo que, en el orden sancionador, exige la infracción de una norma que tutela un bien jurídico). Y, a este respecto, hemos adelantado las cuatro vías que prevé el ordenamiento jurídico en España para hacer responder a los miembros del Gobierno por sus actos o incluso al propio Gobierno como órgano: la responsabilidad penal, la civil, la contable y, por último, la administrativa o disciplinaria³⁸. Es importante advertir que este género de responsabilidad se circunscribe a los actos que adopten en ejercicio de sus funciones. Como explica Pérez Serrano, “[s]i un Ministro mata en accidente de caza a un amigo, o causa daño a la propiedad ajena habrá una responsabilidad penal o civil, pero de tipo privado, no de carácter ministerial; y a lo sumo, y teniendo en cuenta el puesto que el culpable ocupa, procederá establecer para su enjuiciamiento un privilegio de jurisdicción (que lo juzgue el Tribunal Supremo, v.gr.). La auténtica responsabilidad ministerial, en cambio, se refiere a los actos en que la investidura oficial es lo primario, y la encarnación personal lo subalterno: actos de la función de gobernar, en que cabe cometer transgresión merecedora de sanciones” (PÉREZ SERRANO, 1976, p. 733).

Así las cosas, en cuanto a la *responsabilidad penal* debemos comenzar descartando radicalmente, en sentido constitucional, la posibilidad de exigir una responsabilidad penal al Gobierno, como órgano constitucional. La actual regulación penal de la responsabilidad de las personas jurídicas excluye expresamente al Estado y a las distintas Administraciones públicas (art. 31quinquies CP) pero, más allá, creo que constitucionalmente debemos entender que no cabe exigir responsabilidad de tipo penal al Gobierno como tal, al tratarse de un órgano constitucional necesario sobre el que sería imposible proyectar las sanciones y la lógica de este régimen. Algo que creo que sería extensible al resto de órdenes sancionadores. Cuestión distinta es que, como veremos, pueda plantearse la responsabilidad patrimonial por ciertas decisiones del Gobierno. De tal manera que la responsabilidad penal únicamente puede ser

³⁸ Para una panorámica general, véase RAYÓN BALLESTEROS (2015, p. 133).

individual de los miembros del Gobierno por aquellas actuaciones u omisiones en ejercicio de sus funciones que fueran constitutivas de delito.

En concreto, podrán incurrir en responsabilidad por aquellos delitos especiales cualificados porque la conducta sea cometida por autoridad pública – los miembros del Gobierno tienen tal condición –, ya sean delitos especiales propios – en los que el sujeto activo tiene necesariamente que reunir tal cualificación (así, por ejemplo, el delito de prevaricación – art. 404 CP-) – o impropios – en los que además de la modalidad con sujeto activo cualificado también admiten modalidades para sujetos no cualificados (por ejemplo, el delito de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197-198 Cp.)–. En cuanto a los delitos comunes, estos sólo interesarían aquí en la medida que fueran cometidos en ejercicio de sus funciones, según lo ya dicho. Asimismo, como consecuencia de la comisión de un delito es sabido que se puede deducir también responsabilidad civil, sobre la cual no habría en principio especialidades salvo el aforamiento.

Entre los sistemas para exigir responsabilidad penal a los miembros del Gobierno que se encuentran³⁹, la Constitución española de 1978 opta por un sistema judicial puro, si bien en su art. 102 establece un estatuto especial para los miembros del Gobierno. En concreto: un fuero especial para los miembros del Gobierno (apartado 1º); una condición de procedibilidad en los delitos de traición u otros contra la seguridad del Estado por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, cuya acusación deberá ser formulada y aprobada por el Congreso de los Diputados (apartado 2º); y la exclusión de la prerrogativa de gracia en los supuestos anteriores (apartado 3º). En cuanto al ámbito de aplicación de este estatuto especial, el artículo 102 CE se circunscribe al presidente y a los miembros del Gobierno (ministros y, en su caso, vicepresidentes), quedando fuera del mismo otras figuras como los secretarios de Estado⁴⁰. Asimismo, mientras que el aforamiento lo será para cualquier delito enjuiciado en tanto que la persona sea miembro del Gobierno⁴¹; la condición de procedibilidad ha sido delimitada expresamente

³⁹ Véase a este respecto OBREGÓN GARCÍA (1996, pp. 17-23).

⁴⁰ Sobre esta cuestión, que no resulta del todo pacífica, véase Díez-PICAZO (1996, pp. 5-9) y OBREGÓN GARCÍA (1996, pp. 58-62).

⁴¹ Podría darse el caso, por tanto, de que el Tribunal Supremo juzgara como aforado a un miembro del Gobierno por un delito previo al nombramiento, pero también que una conducta en ejercicio del cargo ministerial fuera enjuiciada por el órgano judicial ordinario que correspondiera si es enjuiciada tras el cese como miembro del Gobierno, siempre y cuando el procedimiento no se hubiera ya iniciado y operara en consecuencia la *perpetuatio iurisdictionis*. A este respecto, cfr. Díez-PICAZO (1996, p. 21).

por la Constitución a los delitos “en el ejercicio de sus funciones”, lo que lleva a entender que la misma sea exigible incluso cuando se formulara habiendo ya cesado del cargo⁴². La exclusión de la prerrogativa de gracia parece lógico interpretarla restrictivamente, como ha hecho Díez-Picazo, limitándola a aquellos supuestos que hubieran sido juzgados por el Tribunal Supremo en tanto que aforados o en los que hubiera mediado la acusación del Congreso de acuerdo con el art. 102.2 CE, con independencia de si la persona sigue siendo o no miembro del Gobierno en el momento de aplicarla (DÍEZ-PICAZO, 1996, pp. 25 y ss.)⁴³. Asimismo, en el caso de que los miembros del Gobierno sean también parlamentarios disfrutarían de la inmunidad y de la inviolabilidad que prevé la Constitución para estos últimos (art. 71.1 y 2 CE).

Por último, en relación con las consecuencias jurídicas de este género de responsabilidad, la comisión de un delito comportará la correspondiente pena. Ahora bien, llama la atención que la Constitución no haya previsto expresamente como causa de cese del Gobierno en el art. 101 el supuesto de condena firme al presidente del Gobierno que comportara, como pena principal o accesoria, la suspensión o la inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de cargo público, o la privación del derecho de sufragio pasivo⁴⁴. Tampoco el art. 21 LG lo contempla como causa de cese del Gobierno, pero el art. 11 LG sí que prevé como requisito para ser miembro del Gobierno “disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme”. De manera que mientras que la imposición de cualquiera de estas penas a un miembro del Gobierno distinto de su presidente comportaría *ipso iure* su

⁴² Así lo concluye también DÍEZ-PICAZO (1996, p. 16).

⁴³ En distinto sentido pero también apuesta por una interpretación restrictiva que, llegado el caso, permitiera el indulto de miembros del Gobierno, aunque se exigiera que fuera a propuesta del propio Congreso, OBREGÓN GARCÍA (1996, pp.143 y ss.).

⁴⁴ Esta deficiencia ha sido puesta también de manifiesto, entre otros, por NARANJO DE LA CRUZ (2001, p. 18); GUILLÉN LÓPEZ (2002, pp. 43 y ss.); o CARRILLO LÓPEZ (2008, p. 1670). A este respecto, creo que conceptualmente sería conveniente distinguir lo que es la privación de los derechos al sufragio activo y pasivo, de la inhabilitación para cargo público. Mientras que la segunda claramente impide ejercer un cargo como miembro del Gobierno, la privación de los derechos al sufragio no lo impiden necesariamente, ni siquiera al sufragio pasivo. Así se concluye del hecho de que los miembros del Gobierno y ni siquiera el presidente tienen por qué ser cargos representativos. A este respecto, será interesante ver en qué termina la polémica por la retirada del escaño al Presidente Torra decidida por la Junta Electoral tras su condena no firme por un delito de desobediencia en aplicación de la Ley electoral que reconoce ésta como causa de inelegibilidad (art. 6.2.b LOREG).

cese, si la misma se impusiera al presidente en buena lid tendría que comportar el cese de todo el Gobierno. Así las cosas, aunque esta causa de cese gubernamental quede fuera de las previstas constitucionalmente⁴⁵, debemos entender que el ejercicio del derecho fundamental al ejercicio del cargo (art. 23.2 CE) está sujeto a las restricciones impuestas por la ley, en este caso la ley penal de acuerdo con la Ley del Gobierno, y, en lo que se refiere al necesario equilibrio entre los poderes del Estado, el aforamiento previsto en el art. 102.1 CE tiene pleno sentido a este respecto ya que sería la garantía que salvaguarda que el Tribunal Supremo sea el único órgano jurisdiccional que, en aplicación del Código penal, puede “deponer” un Gobierno como consecuencia de la exigencia de responsabilidad penal a su presidente.

Por lo que hace a la *responsabilidad civil* del Gobierno o de sus miembros, la Constitución de 1978 no contiene ninguna referencia específica, a diferencia, por ejemplo, de la Constitución de 1931. Esta última preveía que los ministros iban a ser responsables, no sólo política y penalmente, sino también civilmente, por los actos que refrendaran del presidente de la República (art. 84) y especificaba en su artículo 92 que los miembros del Gobierno serían individualmente responsables “en el orden civil y en el criminal”. Sin embargo, esto no quiere decir que el Gobierno y sus miembros no puedan responder civilmente por sus actos de acuerdo con la Constitución española de 1978. Así, ya se ha señalado que a nuestro entender el art. 98.2 CE supone un reconocimiento de la responsabilidad individual de los miembros del Gobierno en sus ámbitos de gestión, no sólo en sentido político sino también jurídico. Pero, además, con carácter general el art. 106.2 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por toda lesión que puedan sufrir en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, lo que se ha traducido en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, actualmente regulada el Capítulo IV de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Una responsabilidad patrimonial que, a mi entender, en principio puede exigirse en el marco de esta normativa por cualquier acto u omisión del Gobierno o de sus miembros, tanto aquellos que podemos con-

⁴⁵ Esta interpretación creo que no contradice la apreciación de un importante sector doctrinal de que una de las causas de cese del Gobierno recogidas por la Constitución se trata de “supuestos manifiestamente tasados” (REVIRIEGO PICÓN (2018, p. 1474)). Y es que tanto el art. 102 CE como su desarrollo en el 21.1 LG dejan importantes cuestiones abiertas. Como ha señalado SATRÚSTEGUI (1996-1999, p. 348), el art. 101 CE no ha cumplido su propósito ordenador del cese del gobierno y deja irresueltos muchos aspectos. A nivel monográfico, entre otras, puede verse la excelente obra DE GUILLÉN LÓPEZ (2002).

siderar ejercicio de funciones “administrativas” como de los actos con naturaleza más puramente “política”⁴⁶. De hecho, esta interpretación extensiva del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones se ve en cierto modo confirmada cuando la actual normativa ha previsto que la misma alcance a la responsabilidad del “Estado legislador” (art. 32.3 LRJSP). Ahora bien, cuando se trate de responsabilidad derivada de la actuación de los miembros del Gobierno, de acuerdo con el art. 36 LRJSP, los particulares deberán dirigirse contra la Administración General del Estado, siendo luego la Administración la que repita frente a las autoridades –en nuestro caso los miembros del Gobierno– si hubieran incurrido en dolo o culpa o negligencia grave. Y de forma residual, si algún espacio escapara de esta responsabilidad patrimonial, puede plantearse la posibilidad de exigir la correspondiente responsabilidad civil extracontractual de acuerdo con el art. 1902 Código civil⁴⁷. En este último caso el presidente y los demás miembros del Gobierno disfrutarían del aforamiento ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo “por hechos realizados en el ejercicio de su cargo” (art. 56.2º LOPJ).

Con respecto a la *responsabilidad contable*, quisiera señalar únicamente que ésta es compatible con la responsabilidad penal (art. 18 LOTCu), pudiendo incurrir en la misma, de forma directa o subsidiaria, quienes “por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados” (art. 38.1 LOTCu). Los miembros del Gobierno, por tanto, quedan sujetos a esta responsabilidad por alcance en la medida que tengan “a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos” (art. 2.b) LOTCu)⁴⁸.

Por último, cabe plantearse hasta qué punto es extensible a los miembros del Gobierno, y especialmente a su presidente, la *responsabilidad disciplinaria* a la que en principio quedan sometidos funcionarios y empleados públicos. Pues bien, a este respecto debe descartarse que les sea de aplicación el régimen disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, ya

⁴⁶ Discrepa en este punto BAR CENDÓN (1983, pp. 172-173).

⁴⁷ A este respecto, aunque el supuesto partiera de un caso a mi entender absolutamente desatinado jurídicamente, puede recordarse lo que sostuvo la STS 51/2004, de 23 de enero en relación con la responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional. Una sentencia que, en todo caso, terminó siendo anulada por la STC 133/2013, de 5 de junio, que amparó a los Magistrados condenados por violación de su derecho a la tutela judicial efectiva.

⁴⁸ Sirva a estos efectos como ejemplo la reciente condena por el Tribunal de Cuentas al Presidente Artur Mas y a varios de sus consejeros por los gastos en los que incurrieron en la consulta ilegal del 9-N.

que los miembros del Gobierno no pueden asimilarse ni a funcionarios ni a personal laboral al servicio de la Administración, que es a los que se limita el ámbito de aplicación del mismo (art. 2). Sin embargo, como ya se adelantó, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, incluye una serie de principios de buen gobierno y un régimen sancionador que sí que se prevé expresamente que sea aplicable “a los miembros del Gobierno” (art. 25.1). El mismo regula tanto infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria como otras infracciones disciplinarias (arts. 28 y 29), todas ellas referidas a actuaciones en ejercicio de sus funciones, y que pueden comportar sanciones que van desde la mera amonestación, la declaración del incumplimiento y su publicación en el BOE, la no percepción de la indemnización para el caso de cese en el cargo que pudiera corresponderle, hasta la destitución del cargo y la prohibición de que puedan volver a ser nombrados para ningún puesto o alto cargo o asimilado durante un período de entre cinco y diez años, en casos de infracciones muy graves (art. 30). En cuanto al procedimiento sancionador, si se trata de un miembro del Gobierno, deberá incoarlo el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, siendo el propio Consejo de Ministros a quien le corresponda la imposición de la correspondiente sanción llegado el caso (art. 31). De forma análoga, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, prevé también un régimen sancionador aplicable a los miembros del Gobierno en relación con el incumplimiento del régimen de incompatibilidades o de los requisitos de idoneidad que ésta norma regula. Las sanciones y el procedimiento reproducen las establecidas en la Ley de transparencia.

Nos encontramos así con unos regímenes sancionadores que, a mi entender, presentan serias dudas de constitucionalidad al proyectarlos de forma un tanto indiscriminada e irreflexiva, ayuna de los necesarios matices, sobre los miembros del Gobierno. En primer lugar, es cierto que, aunque no haya apoyatura constitucional expresa en lo referido a un posible régimen sancionador de tipo administrativo para los miembros del Gobierno, tampoco hay una prohibición del mismo. El silencio, en este caso – como ocurría con la responsabilidad civil –, puede interpretarse a favor de que el legislador puede regularlo. Ahora bien, la lógica de la responsabilidad civil, exigible ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, encaja en las categorías y principios que vertebran la responsabilidad de los poderes públicos en general. Sin embargo, más dudas surgen cuando la responsabilidad disciplinaria se proyecta sobre los miembros del Gobierno.

De esta guisa, siendo esta una tendencia legislativa bastante extendida y cada vez más intensa, surge entonces la necesidad de realizar una reflexión crítica sobre su regulación, como se ha señalado. Por lo que, en segundo lugar, aunque se admita en abstracto que pueden existir este tipo de regímenes sancionadores de tipo administrativo, hay que indagar en el concreto diseño del régimen jurídico y, en particular, cabe plantearse tres cuestiones de principio: ¿Puede exigirse responsabilidad al Gobierno como tal y/o a cualquiera de sus miembros incluido el presidente? ¿qué tipo de sanciones pueden imponerse? ¿Qué órgano puede imponerlas?

En relación con la primera de las preguntas –quién puede ser hecho responsable en virtud de estos regímenes administrativos–, la legislación actual se proyecta sobre todos los miembros del Gobierno, sin hacer distinciones⁴⁹. Ni siquiera se excluye al propio presidente del Gobierno, como sí que hacen otras normativas autonómicas⁵⁰. Lo que sí que parece quedar fuera de este ámbito de responsabilidad es el Gobierno como tal. Se trataría, por tanto, de responsabilidad individual de sus miembros. Pues bien, aunque en abstracto pueda plantearse la posibilidad de prever un régimen sancionador de tipo administrativo para los miembros del Gobierno, incluido su presidente, lo que no resulta adecuado es trasladarles sin más el régimen del resto de altos cargos. Porque, por mucho que se haya sostenido que “el Gobierno «es» Administración” (LÓPEZ CALVO, 1996, p. 81)⁵¹, al final sus miembros se configuran como “unidades políticas absolutas”⁵². De hecho, en el seno del propio Gobierno el presidente cuenta con una particular posición institucional que lo distingue singularmente de sus ministros, no es un mero *primus inter pares*, y, aunque lo normal es que los ministros sean cabeza de un departamento administrativo, cabe la posibili-

⁴⁹ El art. 1.2.a) de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, establece que se considerarán altos cargos “los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado”, y el art. 25.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en el mismo sentido, declara que “En el ámbito de la Administración General del Estado las disposiciones de este título se aplicarán a los miembros del Gobierno”.

⁵⁰ Así, por ejemplo, la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos del País Vasco excluye al Lehendakari del régimen sancionador regulado, remitiéndose a los procedimientos de control que prevea el Reglamento parlamentario (art. 3.1). En relación con la normativa nacional, PÉREZ MONGUIÓ / FERNÁNDEZ RAMOS (2016, p. 72), aunque no se prevé esta exclusión, han concluido que “parece evidente que tal régimen no podrá ser de aplicación al presidente del Gobierno”. Una interpretación restrictiva que tiene pleno sentido si se tiene en cuenta la actual regulación en relación con la posición institucional del presidente del Gobierno.

⁵¹ A este respecto véase también BAR CENDÓN (1985, p. 18).

⁵² LÓPEZ CALVO (1996, p. 132), quien lo refiere para todos los miembros del Gobierno.

dad de nombrar ministros “sin cartera” (art. 4.2 LG). En esta posición singular en la que se encuentran destaca el que los miembros del Gobierno responden políticamente, lo que supone el elemento diferenciador que los distingue del resto de altos cargos⁵³. Tanto es así que, a mi entender, esta tendencia a “administrativizar” la fiscalización de las actuaciones del Gobierno, en definitiva el cumplimiento de sus deberes legales más allá de la revisión judicial de sus actos, lo que evidencia es la crisis de la responsabilidad política. Podríamos concluir que la debilidad del control parlamentario al final termina por justificar este tipo de controles o de mecanismos de exigencia de responsabilidad administrativos fuera de lo que podríamos entender como la lógica clásica de funcionamiento de un sistema parlamentario. Lo que, por otro lado, no puede hacer olvidar que cualquier régimen de responsabilidad administrativa que quiera configurarse debe atender a la naturaleza de los miembros del Gobierno como órganos esencialmente políticos y a la responsabilidad política que también incide sobre los mismos y que los diferencia.

Así las cosas, respondiendo a la segunda de las preguntas, entre las sanciones que prevé la normativa hoy día vigente y que acaban de indicarse, habría que descartar de plano la constitucionalidad de la destitución del cargo de Presidente o de cualquier otro miembro del Gobierno. Cuando estamos hablando del presidente del Gobierno y de los ministros las posibilidades de destitución, políticas y jurídicas, aquí sí que debemos entenderlas tasadas constitucionalmente. Como de forma incidental ha reconocido DE MIGUEL (2019, p. 109), “la Constitución española solo prevé, a nuestro modo de ver, dos modos para remover –siquiera temporalmente– a los representantes elegidos democráticamente: la responsabilidad política y la responsabilidad penal. No hay vías intermedias”.

De hecho, aunque sea un supuesto impensable en la práctica, una lectura apegada a la literalidad de esta normativa permitiría una suerte de “rebelión ministerial” que llevara a que el Consejo de Ministros cesara a un presidente por causas disciplinarias, lo que en buena lógica tendría que comportar la caída de todo el Gobierno, dando así lugar a un supuesto de cese gubernamental.

⁵³ Como explica BUSTOS GISBERT (2001, pp. 46 y ss.) la especialidad de los ministros es precisamente que, aunque son elegidos por el presidente del Gobierno, también deben responder ante el parlamento, a quien se encuentran unidos de forma mucho más intensa que cualquier otro cargo público. En particular, ALBA NAVARRO (1996-1999, p. 243), cuestiona la equiparación entre el estatuto de los miembros del Gobierno y el de los altos cargos de la Administración. Véase también SÁNCHEZ AGESTA / GOIG MARTÍNEZ (1996-1999, p. 26).

mental no previsto por la Constitución. De igual manera, permitiría al Consejo de Ministros destituir a un ministro, algo que es una competencia propia y exclusiva del presidente del Gobierno que, según lo estudiado, es el único a quien corresponde materialmente separar a los miembros de su Gobierno de acuerdo con el art. 100 CE. En definitiva, estos singulares regímenes de responsabilidad disciplinaria permiten a un órgano político-administrativo, el Consejo de Ministros, que adopte decisiones que ni siquiera el Parlamento puede porque, como hemos visto, el Parlamento no puede obligar jurídicamente al presidente del Gobierno a que cese a uno de sus ministros; y que, desde el punto de vista de la responsabilidad jurídica, sólo se admiten como consecuencia de una pena determinada en sentencia firme por el Tribunal Supremo en un proceso con todas las garantías.

De igual forma, tengo serias dudas de que pueda imponerse administrativamente la prohibición de volver a ser nombrado para otro puesto como ministro o presidente del Gobierno en un período de tiempo. Esto supondría admitir una sanción administrativa gravemente limitativa del derecho fundamental de acceso al cargo público (art. 23.2 CE) que debe entenderse reservada al juez penal, no siendo suficiente el hecho de que la misma que esté prevista legalmente y haya posibilidad de recurso judicial. Por mucho que en los últimos tiempos nos hayamos acostumbrado a sanciones administrativas de notable rigor –sobre todo en el ámbito pecuniario pueden ser más graves que las multas impuestas penalmente–, cuando se trate de restricciones a un derecho fundamental debe ser un juez, y no una autoridad administrativa, la que imponga las mismas. Amén de que es el ámbito penal el que se reserva para reprochar aquellas conductas más graves que impliquen lesión o puesta en peligro de un bien jurídico constitucional, con la consecuente imposición de las penas más severas, a través de un procedimiento especialmente garantista. En cierto modo ese es el espíritu del art. 25.3 CE, aunque el mismo se limite a la libertad personal. Y, lo que considero indiscutible, es que unas sanciones de este tipo deben regularse en ley orgánica al afectar al desarrollo de un derecho fundamental (art. 81 CE).

Menos problemas plantea, a mi entender, la posibilidad de interponer sanciones de pura amonestación o declarativas del incumplimiento. Incluso, aunque la legislación actual no las prevea, cabría plantearse la posibilidad de incorporar las multas como sanciones. Asimismo, más allá de la lógica de la sanción, también podrían articularse mecanismos como multas coercitivas para forzar el cumplimiento de una determinada obligación. Pongamos, por ejemplo, que un miembro del Gobierno se negara a publicar una información que legalmente tuviera el deber de hacer pública.

Por último, abundando en estas ideas, cabe preguntarse si tiene sentido que sea el Consejo de Ministros el órgano al que corresponde la imposición de las correspondientes sanciones. Y la respuesta creo que tiene que ser negativa. Como se ha venido viendo, el Consejo de Ministros es un órgano político-administrativo con un funcionamiento muy peculiar. Según se decía, es un absurdo pensar que el Consejo de Ministros vaya a sancionar a uno de sus miembros. Y es que si un miembro del Gobierno actuara inadecuadamente, incumpliendo alguna obligación legal, lo que tendría que hacer su presidente es reconvenirlo y, de no corregir su actuación, cesarlo. No cabe otra lógica. De ahí que si algún sentido tiene establecer estos regímenes sancionadores para los miembros del Gobierno, tendría que ser una autoridad independiente la que pudiera conocer del incumplimiento e imponer las correspondientes sanciones. Si así fuera, tendríamos al final una vía que permitiría, sin pasar por la vía jurisdiccional, la exigencia de responsabilidad jurídica por incumplimiento de ciertos deberes legales que también pesan sobre los miembros del Gobierno. No obstante lo cual, cualquier regulación del género debe tener especialmente presente que los miembros del Gobierno no son un cargo público cualquiera sino que, como se ha advertido, son primero y antes que nada órganos políticos, vinculados por una estrecha relación de confianza con el Parlamento y sometidos a su control. De manera que por muy deteriorado que esté el control parlamentario, al final el diseño constitucional sitúa a éste como pilar fundamental de forma que, aunque no excluya otras formas de exigencia de responsabilidad, sí que obliga a ser muy cautelosos al regularlas.

A mayores, estos procedimientos sancionadores no resultan tan garantistas como un proceso penal y, además, adolecen en la definición de las infracciones de una notable falta de taxatividad, al recurrir a normas en blanco que se remiten al incumplimiento de ciertos deberes o principios legales. A lo que añadir que aunque su resolución se atribuyera a un órgano independiente, el mismo nunca gozaría de la independencia propia de los jueces y tribunales. Razones adicionales que abundan en la cautela a la hora de innovar con estos regímenes que pueden introducir cuerpos “extraños” los cuales pueden presentar contraindicaciones inesperadas y que, irreflexivamente aplaudidos al calor del ideal de lucha contra la corrupción y de profesionalización de la política, terminan por desconocer algunos de los postulados derivados del principio democrático sobre el que se construye el sistema.

5. Un apunte final: La pérdida de los requisitos para ser miembro del Gobierno como causa de cese y su relación con la idea de responsabilidad jurídica en sentido amplio

En esta misma línea, y aunque se aleje parcialmente del objeto concreto del estudio, parece oportuno introducir un apunte final sobre la pérdida de los requisitos para ser miembro del Gobierno como causa de cese y, en particular, de los requisitos de idoneidad previstos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, los cuales, de acuerdo con el art. 11 LG, son también exigibles a los miembros del Gobierno. Nuevamente sin diferenciar ni siquiera al Presidente del Gobierno. Así las cosas, la Ley 3/2015 incluye dentro de la idea de idoneidad dos aspectos: por un lado, la honorabilidad y, por otro, la formación y experiencia⁵⁴. En cuanto al último, la formación y experiencia está totalmente desconectada de la idea de responsabilidad aquí estudiada, pero sí que se vincula a la idea señalada de que los miembros del Gobierno son órganos esencialmente políticos, por lo que no puede exigirse ninguna capacitación especial para ostentar estos cargos (SÁNCHEZ AGESTA / GOIG MARTÍNEZ, 1996-1999, p. 26). De hecho, al final la propia Ley no contempla exigencia específica alguna en relación con la cualificación y experiencia exigible a los miembros del Gobierno, como sí que específica para otros cargos.

Sin embargo, esta Ley sí es especialmente minuciosa en relación con las causas de honorabilidad, cuyo falseamiento o incumplimiento puede dar lugar a una infracción según lo visto en el epígrafe anterior, pero que, además, son requisitos que deben concurrir “en el alto cargo durante el ejercicio de sus funciones. La falta de honorabilidad sobrevenida será causa de cese a estos efectos”, añadiéndose, como consecuencia *ex lege*, que “en los supuestos en que el alto cargo sólo puede ser cesado por determinadas causas tasadas, será considerada como un incumplimiento grave de sus obligaciones del cargo declarado a través del correspondiente procedimiento.” (art. 2.2 Ley 3/2015). De manera que cuando analizamos con atención cuáles son esos requisitos de honorabilidad se aprecia como, al final, se está estableciendo una suerte de consecuencias jurídicas “accesorias” a determinadas sanciones jurídicas que, aunque no sean el resultado de la exigencia de responsabilidad por actuaciones en ejercicio de sus funciones, su justificación última es que incapacitan a la persona para ejercer su cargo. Y es que entre los requisitos

⁵⁴ Sobre los requisitos para la designación de los altos cargos véase PÉREZ MONGUIÓ / FERNÁNDEZ RAMOS (2016, pp. 83 y ss.).

de honorabilidad el art. 2.2 de la Ley 3/2015 contempla a los condenados por sentencia firme por la comisión de ciertos delitos (aunque no estén inhabilitados para ejercicio de cargo público ni privados de su derecho al sufragio pasivo); los inhabilitados de acuerdo con la ley concursal; los inhabilitados o suspendidos para empleo o cargo público mientras dure la sanción penal o administrativa; y los sancionados por la comisión de infracciones muy graves de acuerdo con la Ley de transparencia.

Así las cosas, además del problema de fuentes que, como ha advertido ALBA NAVARRO (1996-1999, p. 242), se puede producir en la medida que se está haciendo por ley ordinaria un desarrollo directo del art. 23.2 de la Constitución que quizá requeriría de ley orgánica, en la línea de lo que se ha venido manteniendo en este trabajo, veo difícil sostener la constitucionalidad del establecimiento de estos requisitos adicionales para ser miembro del Gobierno. Allí donde la Constitución no ha querido especificar ninguna cualificación ni ninguna exigencia para el acceso al cargo, por mucho que el art. 98.4 CE se remita a la ley para regular su estatuto, parece que tales requisitos resultan desproporcionados. Hemos llegado a admitir, con plena lógica, que los penados en sentencia firme a inhabilitación para el ejercicio del cargo no puedan ser miembros del Gobierno, justificando su cese en caso de condena, pero la extensión de ello a otros delitos que no comporten esta pena o a casos en los que ni siquiera media condena judicial, supone limitar de forma extraordinaria la facultad constitucionalmente reconocida al Parlamento de elegir a quien entienda oportuno como presidente del Gobierno y de la de éste para nombrar a sus ministros o separarlos discrecionalmente (arts. 99 y 100 CE). Y es que, como se viene diciendo, la regeneración democrática pasa por mejorar la cultura política pero no por imponer limitaciones legales que rompen el equilibrio de poderes diseñado por la Constitución.

6. Reflexiones conclusivas

A lo largo de este trabajo hemos tratado de perfilar cómo se concreta un principio esencial de todo orden liberal-democrático: que el Gobierno y sus miembros deben responder por sus actos. Ahora bien, si la sujeción de todos los poderes al Derecho reclama vías para que estos respondan jurídicamente, principalmente la penal y la civil; el principio democrático y la especial relación de confianza que vincula al Gobierno con el Parlamento en una forma de gobierno parlamentaria, como la establecida por la Constitución española, llama a que sea la responsabilidad política del Gobierno la que adquiera una

posición fundamental. Sólo en casos excepcionales veremos que un Gobierno o sus miembros son responsables en sentido jurídico, mientras que la responsabilidad política debe estar presente en la cotidianeidad del funcionamiento parlamentario.

De ahí que, según se ha visto, se haya optado por una delimitación amplia de la idea de responsabilidad política, que va más allá del componente sancionador, en línea con lo sostenido por un sector doctrinal que ha visto recientemente confirmada su posición, de forma muy clara, por el propio Tribunal Constitucional. Y es que, como se ha podido comprobar, reducir la idea de responsabilidad a los mecanismos que permiten derrocar a un Gobierno o sus ministros, teniendo en cuenta la fuerte racionalización de los mismos y la rígida disciplina de los propios partidos, condena la misma a la inoperancia. El Gobierno es responsable y, como tal, no sólo puede ser cesado sino que de forma colectiva e individual deben responder y dar cuenta ante el Parlamento y ante la opinión pública de su gestión de forma ordinaria. A tales efectos se ha propuesto incorporar mecanismos sancionatorios, como las amonestaciones o publicación del incumplimiento, en los instrumentos de control-fiscalización hoy día previstos, así como reforzar el estatuto de la oposición en el control al Gobierno. Del mismo modo, se ha cuestionado la tendencia a identificar responsabilidad política con responsabilidad jurídico-penal. Como expresara Séneca, “¡qué menguada inocencia la del atenerse solo a lo legal! ¡Cuánto más se extiende el ámbito de los deberes morales [y de los políticos –añadimos-] que el del derecho!”⁵⁵.

Y precisamente esa preferencia de la responsabilidad política vinculada al ideal democrático es la que ha llevado a la que quizá sea la parte más original del trabajo: la crítica a los nuevos regímenes disciplinarios en los que se confunde a los miembros del Gobierno con el resto de altos cargos, olvidándose de la naturaleza netamente política de aquellos y de las implicaciones constitucionales que esta tiene. A este respecto se ha observado cómo al igual que se ha producido un proceso de “gubernamentalización” de los altos cargos (LÓPEZ CALVO, 1996, p. 44), al tiempo que la propia Administración se ha ido “politizando” (BAR CENDÓN, 1985, p. 18), también ha tenido lugar una evolución en sentido inverso al haberse dado “una demanda de mayor cualificación técnica por parte de la clase política gobernante” que ha llevado a una “«administrativización del Gobierno»”. Ahora bien, esta equiparación entre el estatuto de los miembros del Gobierno y el de los altos cargos de la Administración resulta, como incidentalmente reconoce ALBA NAVA-

⁵⁵ Recogida en SENECA (1998, p. 67).

RRO (1996-1999, p. 243), “tan fácil como inadecuada” y, como se ha estudiado en este trabajo, da lugar a importantes distorsiones en relación con las vías para la exigencia de responsabilidad. Al final, por mucho que cada vez sea más difícil separar lo político de lo administrativo, no podemos desconocer que los miembros del Gobierno “conforman una categoría con perfil propio” (PÉREZ MONGUIÓ / FERNÁNDEZ RAMOS, 2016, p. 72), de manera que, como han sostenido SÁNCHEZ AGESTA y GOIG MARTÍNEZ (1996-1999, p. 26) – en línea con lo aquí defendido –, esta condición comporta implicaciones “en el doble sentido de que no es preciso superar ninguna prueba ni acreditar una capacitación especial para el ejercicio de un puesto en el Gobierno y de que están sujetos a lo que se llama en sentido estricto «responsabilidad política», esto es, que pueden ser hechos cesar, no solo en el régimen parlamentario cuando se rompe la relación de confianza con el Parlamento, sino incluso en cualquier otra modalidad de régimen, por los mismos órganos que los han designado en virtud de un juicio discrecional sobre su acierto”⁵⁶. Esa responsabilidad política de los mismos, unida a su nombramiento político, en definitiva la relación fiduciaria y de responsabilidad que mantienen con el Parlamento, debería marcar una diferencia sustancial, hoy difuminada, con respecto a los directivos públicos e incluso al resto de altos cargos de la Administración tanto en relación con su estatuto como en cuanto a las posibilidades de exigencia de responsabilidad administrativa.

7. Bibliografía

- ALBA NAVARRO, M. (1996-1999). «Artículo 98. Composición y estatuto del Gobierno». En Alzaga Villaamil, Oscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VIII. Madrid: Edersa
- ARAGÓN REYES, M. (2002). «Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control». En Id., *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México
- ARAGÓN REYES, M. (2005). «Gobierno y forma de gobierno: problemas actuales». En Aragón Reyes, Manuel / Gómez Montoro, Ángel J. (coords.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*. Madrid: CEPC

⁵⁶ Es cierto que, como advierte PÉREZ MONGUIÓ / FERNÁNDEZ RAMOS (2016, p. 72), el tratamiento diferencial que venía manteniendo la legislación entre los miembros del Gobierno y el resto de altos cargos, no exigiendo a aquellos ningún requisito para su desempeño, ha cambiado con la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que, como se ha visto, prácticamente los ha identificado.

- BAR CENDÓN, A. (1983). *El Presidente del Gobierno en España. Encuadre constitucional y práctica política*. Madrid: Civitas
- BAR CENDÓN, A. (1985). «La estructura y funcionamiento del Gobierno en España: una aproximación analítica». En *El Gobierno. En la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*. Barcelona: Diputación de Barcelona
- BLONDEL, J. (1972). *Introducción al estudio comparativo de los Gobiernos*. Madrid
- BUSTOS GISBERT, R. (2001). *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*. Madrid: Colex
- BUSTOS GISBERT, R. (2018). «Título V. De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. Artículo 108». En Pérez Tremps, Pablo / Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, T. II. Valencia: Tirant lo Blanch
- CARRILLO LÓPEZ, M. (2008). «Artículo 101». En Casas Baamonde, María Emilia / Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. Madrid: Wolters Kluwer
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2019). *Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*. Zaragoza: Reus
- DELGADO RAMOS, D. (2019). «Teoría y práctica de la moción de censura: notas críticas a propósito de la experiencia reciente». *Revista General de Derecho Constitucional*, 29
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (1996). *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*. Madrid: CEPC, Madrid
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1984). «Las mociones de reprobación y la responsabilidad política individual (un paradigma de dinamicidad del Derecho Parlamentario)». En AA.VV., *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, vol. I. Madrid: Congreso de los Diputados (pp. 239-291)
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1996-1999). «Artículo 113». En Alzaga Villaamil, Oscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. IX. Madrid: Edersa
- GARCÍA AMADO, J. A. (2011-2012). «Responsabilidad jurídica». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 1.
- GARCÍA ROCA, J. (2003). «La fragilidad de los Ministros (de su competencia y responsabilidades directas)». *Cuadernos de Derecho Público*, 18
- GARCÍA ROCA, J. (2016). «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo». *Teoría y Realidad Constitucional*, 38 (pp. 61-99)
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2015). «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana». *Teoría y Realidad Constitucional*, 36

- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2019). «Balance de la moción de censura constructiva en un Parlamento fragmentado». *Teoría y Realidad Constitucional*, 44
- GARRORENA MORALES, Á. (2015), *Escritos sobre la democracia*. Madrid: CEPC
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2002). *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el Ordenamiento Constitucional Español*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1991). *Minorías y oposición en el parlamento. Una aproximación comparada*. Madrid: Congreso de los Diputados
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2018). «Artículos 113 y 114». En Pérez Tremps, Pablo / Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, T. II. Valencia: Tirant lo Blanch
- LÓPEZ CALVO, J. (1996). *Organización y funcionamiento del Gobierno*. Madrid: Tecnos
- MARTÍNEZ FELIPE, L. (1996-1999). «Artículo 108. La responsabilidad política», Revisado y actualizado por José Antonio Moreno Ara. En Alzaga Villaamil, Oscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VIII. Madrid: Edersa.
- MATÍA PORTILLA, F. J. (2008). «Artículo 108». En Casas Baamonde, María Emilia / Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. Madrid: Wolters Kluwer
- MONTERO, J. R. (1983). «Moción de censura y mociones de reprobación». En *El desarrollo de la Constitución española de 1978*. Madrid: Libros Pórtico (pp. 421-450)
- MONTORO BALLESTEROS, A. (2015). «Responsabilidad jurídica y fines del Derecho». En *Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Madrid: Congreso de los Diputados, Madrid.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2001). «Las causas del cese del Gobierno en el ordenamiento constitucional español». *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 4
- OBREGÓN GARCÍA, A. (1996). *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*. Madrid: Civitas
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M., FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016). *El Estatuto de los Altos Cargos*. Cizur: Aranzadi
- PÉREZ SERRANO, N. (1976). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas
- RAYÓN BALLESTEROS, M. C. (2015). «Responsabilidades de empleados públicos y altos cargos de la Administración». *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVIII

- REVIRIEGO PICÓN, F. (2018). «Artículo 101». En Pérez Tremps, Pablo / Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, T. II. Valencia: Tirant lo Blanch
- RUBIO LLORENTE, F. (1988). «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes». En *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales
- SÁNCHEZ AGESTA, L., GOIG MARTÍNEZ, J. M. (1996-1999). «El Gobierno, la función de gobierno y la Administración. Comentario introductorio al Título IV». En Alzaga Villaamil, Oscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VIII. Madrid: Edersa
- SÁNCHEZ NAVARRO, Á. (1995). *La oposición parlamentaria*. Madrid: Congreso de los Diputados
- SÁNCHEZ NAVARRO, Á. (2018). «Artículo 112. La cuestión de confianza». En Pérez Tremps, Pablo / Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, T. II. Valencia: Tirant lo Blanch
- SANTOLAYA, P. (1981). «La reprobación individual de los Ministros». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63
- SATRÚSTEGUI, M. (1996-1999). «Artículo 101. El cese del Gobierno y el Gobierno cesante». En Alzaga Villaamil, Oscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VIII. Madrid: Edersa
- SÉNECA, L. A. (1998). *Tesoro de máximas, avisos y observaciones*. Barcelona: Edhasa
- TAJADURA TEJADA, J. (2014). *Diez propuestas para mejorar la calidad de la democracia en España [informe Funciva]*, Madrid: Biblioteca Nueva
- TERUEL LOZANO, G. M. (2017). «La reforma de los reglamentos parlamentarios como instrumento para la regeneración democrática». *Administración y Ciudadanía*, 12. (pp. 398 y ss.)
- VÍRGALA FORURIA, E. (1988). *La moción de censura en la Constitución de 1978*. Madrid: CEPC

PRESIDENTE DEL CONSIGLIO E RUOLO DEL PARLAMENTO: IL MOSAICO DELL'INDIRIZZO POLITICO (EUROPEO)

ANDREA CONTIERI

SOMMARIO: 1. Introduzione: il *deficit* democratico dell'Unione europea e il rafforzamento degli esecutivi "derivante da Bruxelles". – 2. I procedimenti parlamentari di "general scrutiny". – 3. Il caso italiano. – 4. Le Comunicazioni del Presidente del Consiglio prima delle riunioni del Consiglio europeo nella XVIII Legislatura. – 5. Conclusioni. Verso un maggiore coinvolgimento parlamentare attraverso i procedimenti di indirizzo-controllo? Il ruolo del Parlamento nell'adozione dei d.P.C.M. nell'emergenza Coronavirus.

1. Introduzione: il *deficit* democratico dell'Unione europea e il rafforzamento degli esecutivi "derivante da Bruxelles"

Il presente contributo intende soffermarsi sulle procedure informative e di indirizzo-controllo parlamentare che si svolgono in relazione alla partecipazione dell'esecutivo ai processi decisionali dell'Unione europea. In particolare, si porrà l'attenzione sui procedimenti parlamentari finalizzati ad esercitare un'attività di indirizzo nei confronti del Presidente del Consiglio in vista delle riunioni del Consiglio europeo. Difatti, tali procedure, tradizionalmente considerate di secondo piano rispetto alla principale attività legislativa delle Camere¹, hanno assunto ormai un peso decisamente rilevante nella vita parlamentare e politica nazionale e possono essere considerate una cartina di tornasole per soppesare il coinvolgimento del Parlamento nelle attività derivanti dal processo di integrazione europea e, più in generale, all'interno delle attuali dinamiche della forma di governo parlamentare. Inoltre, come si vedrà in conclusione del lavoro, tali schemi procedurali sembrerebbero essere stati ripresi per garantire la "parlamentarizzazione" dei d.P.C.M. con cui sono state disposte le misure emergenziali per fronteggiare la diffusione della pandemia di COVID-19.

Per affrontare il tema è necessario svolgere alcune premesse generali par-

¹ Si veda, ad esempio, CIAURRO (2004), p. 99 s., che, ironicamente, riporta l'opinione comune per cui "tutto quello che fanno le Commissioni, che non sia attività legislativa, è tempo perso".

tendo dal c.d. *deficit democratico* dell'Unione² (o "*democratic disconnect*"³), ovvero l'asserita mancanza di un'adeguata legittimazione democratica delle istituzioni europee. Com'è noto, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, uno degli "itinerari"⁴ seguiti per superare tale mancanza di legittimazione è stato il riconoscimento ai parlamenti nazionali di un ruolo di rilievo all'interno delle dinamiche di funzionamento dell'Unione. Difatti, accanto al riconoscimento al Parlamento europeo di funzioni sempre più importanti (dall'ampliamento dei casi in cui si ricorre alla procedura di codecisione, divenuta "procedura legislativa ordinaria", al ruolo svolto nella procedura di bilancio dell'Unione)⁵ e dello *status* di "organo rappresentativo dei cittadini dell'Unione"⁶, si è affiancato un vero e proprio "inglobamento" dei parlamenti nazionali all'interno del sistema giuridico dell'Unione. Ciò è avvenuto anche attraverso l'attribuzione a questi ultimi del ruolo di "cani da guardia" delle competenze nazionali (RIZZONI, 2018, p. 285 ss.). Non è un caso che il coinvolgimento dei parlamenti nazionali nelle dinamiche di funzionamento dell'Unione sia l'oggetto dei primi due protocolli allegati ai Trattati: il primo espressamente sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea e, il secondo, sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in cui essi sono coinvolti nel sistema giuridico dell'Unione attraverso il c.d. "*early warning system*".

Il coinvolgimento degli organi parlamentari è avvenuto seguendo due strade⁷: la più nota è quella che ha visto la diretta attribuzione di competenze di rilievo europeo ai parlamenti nazionali, in parte elencate dall'art. 12 TUE⁸. L'altra strada è stata quella rappresentata dal secondo comma dell'art. 10 TUE, per cui i governi degli Stati membri, che fanno parte delle istituzioni dell'Unione, sono a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai ri-

² Sul problema della legittimazione democratica dell'Unione europea, cfr., *ex plurimis*, RIDOLA (2010), p. 323 ss.; MANZELLA (2013); PINELLI (2008), p. 925 ss.; nonché, in generale, tra gli altri, i contributi di HABERMAS; GRIMM; WEILER in ZAGREBLESKY, PORTINARO, LUTHER (1996).

³ Termine coniato da P. LINDSETH (2010).

⁴ In questo senso, cfr. RIDOLA (2010) p. 328.

⁵ Cfr. ADAM (2015) p. 135 ss.

⁶ Si veda l'art. 10 del TUE secondo cui «i cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo».

⁷ In generale, sul rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali a seguito del trattato di Lisbona, secondo i due itinerari tracciati, cfr., *ex multis*, RIZZONI (2018); GIUPPONI (2020); DRIGO (2019); GIANNITI, LUPO (2018) p. 307 ss., IANNI (2019).

⁸ È proprio l'art. 12 del TUE ad affermare che «I parlamenti nazionali contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione».

spettivi parlamenti nazionali e ai loro cittadini. Difatti, com'è noto, la quasi totalità delle forme di governo degli Stati membri (con l'eccezione di Cipro) prevede forme di responsabilità dei governi nei confronti dei parlamenti nazionali. Enfatizzando tale vincolo di responsabilità, si è cercato, pertanto, di ricondurre la partecipazione degli esecutivi nelle istituzioni europee alla dimensione della rappresentanza democratica nazionale⁹.

Il coinvolgimento dei parlamenti nazionali costituisce anche il tentativo di risposta al contestuale rafforzamento degli organi esecutivi (e dei loro vertici), caratterizzante le attuali dinamiche delle forme di governo nazionali, che, in parte, può essere fatto derivare dalle stesse modalità di funzionamento delle istituzioni europee¹⁰. Difatti, essi sarebbero, a ben vedere, i veri "protagonisti del processo di integrazione europea" (LUPO, 2018b, p. 175). Inoltre, è indubbio che l'evoluzione del sistema di governo dell'Unione, anche a seguito del riconoscimento del Consiglio europeo come istituzione ufficiale dell'Unione, avvenuta con il trattato di Lisbona, abbia rafforzato indirettamente i vertici degli esecutivi che a tale istituzione prendono parte¹¹. La tendenza all'accentramento della determinazione delle politiche europee nell'organo intergovernativo per eccellenza (il Consiglio europeo) si è accentuata nel c.d. "diritto della crisi"¹², che lo ha reso "la sede effettiva di gestione dell'emergenza economico-finanziaria" (RIZZONI, 2018, p. 273 ss.) e, successivamente, delle più importanti e urgenti questioni riguardanti l'Unione, come la crisi migratoria e, da ultimo, l'emergenza sanitaria. Insomma, il Consiglio europeo dopo Lisbona ha assunto un ruolo strategico¹³, "di chiusura"

⁹ Non si può negare che ad influenzare tale itinerario sia, senz'altro, intervenuta la giurisprudenza del Tribunale Federale tedesco, che in più occasioni ha rimarcato che l'unica vera forma di legittimazione del sistema europeo sia quella che deriva dagli organi nazionali e, in particolare, dai parlamenti nazionali. Cfr., sul punto, ADAM (2015), p. 129 ss.

¹⁰ Il rafforzamento degli esecutivi derivante dalle modalità di funzionamento dell'Unione risulta ormai un dato pacifico in dottrina, cfr., sul punto, CARETTI (1981), p. 311 s.; LUPO (2018); RIVOCCHI (2018), p. 361 ss.; PEREZ TREMPES (1991), 93 s.; BARONCELLI (2008), p. 99 ss.; FRANCHINI (1991), p. 775 ss.; LUPO, RIVOCCHI (2010), p. 288 s., LONGO (2018), da ultimo, CAPPUCIO (2020). Infine, per uno sguardo d'insieme si veda PASQUINO (2015), p. 295 ss.

¹¹ Sulla "presidenzializzazione" dovuta all'evoluzione del processo di integrazione europea cfr. LUPO (2018). Più in generale, sul concetto di europeizzazione delle istituzioni nazionali degli stati membri cfr. FABBRINI (2003), pp. 3 ss.

¹² Su cui si rinvia a MARTINICO (2016).

¹³ Cfr. RIVOCCHI (2018), p. 371. secondo cui "è soltanto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che la riduzione delle decisioni da assumere secondo il principio di unanimità ha consentito di decidere politiche a maggioranza qualificata (art. 17 TUE e art. 235

del sistema (LUPO, 2018b, p. 177), tanto da poter essere considerato ormai “l’organo centrale di decisione politica dell’Unione” (CATELANI, 2019, p. 438).

Pertanto, in tale contesto ordinamentale, è divenuto imprescindibile, a livello nazionale, il coinvolgimento dei parlamenti, attraverso procedure di informazione e strumenti per concorrere alla determinazione dell’indirizzo politico che il governo nazionale “porterà a Bruxelles”, per salvaguardare il ruolo degli organi della rappresentanza politica all’interno della forma di governo nazionale ed eurounitaria.

2. I procedimenti parlamentari di “*general scrutiny*”

A questa situazione hanno cercato di rispondere i parlamenti nazionali, provando a rendere più serrati ed efficienti gli strumenti con i quali orientare e monitorare l’azione dei governi in sede europea, attraverso procedimenti e modalità che prevedono, in vario modo, il coinvolgimento degli stessi nella determinazione della posizione nazionale che gli esecutivi porteranno all’interno delle istituzioni europee a cui essi prendono parte, cioè il Consiglio europeo e il Consiglio dell’Unione europea (c.d. procedimenti di *general scrutiny*)¹⁴. È evidente che le modalità di coinvolgimento dell’organo parlamentare dipendono principalmente dalle dinamiche intrinseche della forma di governo dei singoli ordinamenti, riuscendo ad essere più forti e penetranti “laddove esista un rapporto fiduciario tra assemblea ed esecutivo (e dunque nelle forme di governo parlamentari), anche se con diverse graduazioni, consentendo [...] alle camere nazionali di accrescere la propria influenza nel processo decisionale europeo” (BILANCIA 2016, p. 4 ss.).

Le modalità in cui ciò è avvenuto sono state assai varie. Nel tentativo di adottare una classificazione, la COSAC¹⁵ ha individuato due macromodelli che sono stati definiti “*document-based systems*” e “*mandating or procedural systems*”¹⁶. Il primo sistema si focalizza sull’esame delle proposte legislative e

TFUE) e, in taluni casi, a maggioranza semplice (art. 48 TUE e art. 235, par. 3, TFUE), con ciò favorendo il riposizionamento dei governi in seno all’organo di vertice degli esecutivi dell’Unione”.

¹⁴ Su cui si veda DRIGO (2019) p. 2790 s.

¹⁵ La Conferenza degli organi parlamentari specializzati negli affari dell’Unione dei parlamenti dell’Unione europea, istituita a Parigi il 16-17 novembre 1989.

¹⁶ Cfr. *Eighth bi-annual report: Developments in European Union Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny* (2007), consultabile sul sito www.cosac.eu, p. 8 ss.

di altri documenti provenienti dalle istituzioni dell'U.E., mentre non pone attenzione in generale sui lavori delle singole riunioni delle istituzioni europee, né determina sistematicamente il conferimento di un mandato formale o informale ai membri del governo. I sistemi mandatarî o procedurali, invece, hanno ad oggetto il processo decisionale dell'Unione. Il principale oggetto di controllo è spesso proprio la posizione del governo nazionale in seno al Consiglio. Questi modelli includono, in alcuni casi, il potere del Parlamento, o di un suo organo, di conferire un mandato diretto al governo prima che possa esprimere il proprio voto favorevole nelle riunioni del Consiglio. Nel complesso, comunque, nella maggior parte degli ordinamenti europei si riscontrano soluzioni ibride, che combinano aspetti di entrambi i modelli. Solo in alcuni limitati casi di sistemi procedurali, il potere di *general scrutiny* parlamentare consente l'esercizio di un vero e proprio potere di "mandato negoziale" nei confronti del governo, che dovrà, pertanto, attenersi obbligatoriamente alla posizione parlamentare nella sua attività in sede europea¹⁷. Un sistema diffuso in molti modelli procedurali, adottato anche dall'Italia, è quello della c.d. clausola "*comply or explain*", ai sensi della quale i governi assicurano che la posizione che esprimono in sede europea sia coerente con le posizioni espresse dai rispettivi parlamenti e qualora non vi si attengano sono tenuti a riferire ai competenti organi parlamentari esplicitando le ragioni della diversa posizione assunta (DRIGO, 2019, *ibidem*). In tal modo, non vi è per l'esecutivo un obbligo giuridico di mantenere in sede europea la posizione espressa dal Parlamento, come nei casi di "mandato parlamentare", ma alla maggiore flessibilità riconosciuta all'esecutivo, corrisponde la possibilità per il Parlamento di chiamarlo a rispondere davanti a sé ed adottare, nel caso, gli opportuni atti per sanzionare politicamente il comportamento dell'esecutivo.

Venendo, invece, ai procedimenti parlamentari riguardanti più propriamente la definizione della posizione governativa prima delle riunioni del Consiglio europeo, pur nella differenza dei diversi modelli procedurali¹⁸, si possono tracciare delle tendenze comuni alla maggior parte dei parlamenti

¹⁷ Sul c.d. "mandato negoziale" si veda CANNIZZARO (2009), p. 459 ss.

¹⁸ Tutte le analisi svolte sono contenute in WESSELS, ROZENBERG (2013), p. 30 ss. nel quale si identificano 6 tipologie di procedimenti con i rispettivi paesi di riferimento: 1. *the traditional model* (e.g. Hungary, Luxembourg, Romania), 2. *the "Europe as usual" model* (e.g. Italy, Czech Republic, Estonia, Latvia, Poland, Slovakia), 3. *the expert model* (e.g. Finland, Belgium, Lithuania, Slovenia), 4. *the "public forum" model, based on plenary sessions* (e.g. Ireland), 5. *the "government accountability" model* (e.g. Malta, Bulgaria, Spain), 6. *the "policy maker" model* (e.g. Germany), 7. *the "full parliamentarization" model* (e.g. Denmark).

nazionali: in primo luogo, nella maggioranza degli Stati membri (17 su 27) esistono regole formali che menzionano esplicitamente il controllo parlamentare sulla posizione nazionale del governo al Consiglio europeo¹⁹. Tali regole prevedono, variamente, obblighi di informazione nei confronti dei parlamenti (sempre), di consultazione degli stessi (a volte) e il diritto dei medesimi di poter esprimere pareri vincolanti (raramente). Inoltre, vi è quasi sempre, ed è una tendenza in forte aumento, un coinvolgimento personale del capo dell'esecutivo nel controllo parlamentare. Difatti, in 17 dei 27 Stati membri dell'U.E., è il capo dell'esecutivo a esporre la posizione dell'esecutivo prima delle riunioni del Consiglio europeo. Infine, si è assistito, in generale, ad un passaggio da un controllo parlamentare effettuato esclusivamente *ex post* alle riunioni del Consiglio europeo, ad un controllo *ex ante* o combinato, difatti, solo in questo ultimo caso i parlamenti possono riuscire a controllare e ad orientare effettivamente la posizione dei governi nelle istituzioni europee²⁰.

3. Il caso italiano

Guardando all'esperienza italiana, le dinamiche europee si inseriscono in una più ampia tendenza di rafforzamento del ruolo dell'esecutivo e, al suo interno, del Presidente del Consiglio²¹, in cui il governo ha enormemente espanso il suo potere d'intervento in aree tradizionalmente riservate al Parlamento, come ad esempio, in generale, l'ambito normativo²².

Sul versante dei rapporti con l'Unione europea, ciò ha comportato che il Presidente del Consiglio sia divenuto, nei fatti, il responsabile unico sia della determinazione che dell'attuazione nazionale dell'indirizzo politico europeo²³. Difatti, il potere ancora rilevante delle istituzioni a cui prendono parte i governi ha senz'altro contribuito a riconoscere un ruolo di primo piano al Presidente del Consiglio, garantendogli "un'emancipazione dalle decisioni

¹⁹ Cfr. *Ibidem*. Si tratta di: Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Germania, Ungheria, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Polonia, Portogallo, Slovacchia, Spagna e Svezia.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr., *ex plurimis*, TARLI BARBIERI (2020), p. 82 ss.

²² Su tale evoluzione, cfr. LUPO (2018b) p. 165 ss., più in generale, sull'evoluzione del ruolo del Presidente del Consiglio si veda CIOLLI (2018).

²³ Già AMATO (2002), p. 259 s., riteneva che vi fosse un "pluspotere" politico del capo dell'esecutivo derivantegli dalla sua partecipazione a organismi sovranazionali. Sul punto, cfr. CATELANI (2017), p. 203 e ss.; IBRIDO, LUPO (2018a); CIANCIO (2017), LUPO (2020a), p. 3 ss.

del proprio Consiglio” (CATELANI, 2019, p. 432) e facendolo divenire vero baricentro e punto di raccordo dell’azione di governo. Tale “verticizzazione” del rapporto con le istituzioni europee può essere intravista formalmente nel d.lgs. n. 303 del 1999, sull’ordinamento della Presidenza del Consiglio, nel quale, all’art. 3, viene affidato al Presidente del Consiglio il compito di promuovere e coordinare l’azione del Governo per assicurare la piena partecipazione dell’Italia all’Unione e lo sviluppo del processo di integrazione; inoltre, egli viene individuato come responsabile per l’attuazione degli impegni europei, divenendo il vero “garante degli obblighi comunitari” (CAPPUCCIO, 2020, p. 7 s.).

Pertanto, in tale contesto, si è avvertito il bisogno di un opportuno coinvolgimento del Parlamento, attraverso procedure di informazione e strumenti che possano concorrere a determinare l’indirizzo politico nazionale in sede europea²⁴, dal quale altrimenti il Parlamento risulterebbe irrimediabilmente estromesso.

Tradizionalmente, il coinvolgimento del Parlamento in quella che viene comunemente definita “fase ascendente”²⁵ ha sempre avuto un ruolo di secondo piano rispetto alla c.d. “fase discendente”. Difatti, l’attenzione dell’organo parlamentare, sin da tempo risalente, si è concentrata “quasi esclusivamente [sul] problema del (mancato) rispetto dei vincoli comunitari, con particolare riferimento al tardivo adempimento degli obblighi derivanti dalle direttive” (GIUPPONI, 2020, p. 187). Al contrario, il ruolo del Parlamento nel concorso nella formazione del diritto e delle politiche europee è stato caratterizzato da una certa debolezza. Ciò può essere in parte spiegato anche in considerazione del marcato accento intergovernativo delle iniziali istituzioni comunitarie, che giustificava un ruolo di primo piano degli esecutivi nazionali. Pertanto, per lungo tempo, il coinvolgimento del Parlamento nella fase ascendente si è risolto in quanto sancito della legge n. 871 del 1965 che, all’art. 2, terzo comma, prevedeva l’obbligo per il governo di presentare una relazione annuale alle Camere sulla partecipazione dell’Italia alla CEE e all’EURATOM²⁶. È stato soltanto con la c.d. “legge Fabbri” (l. n. 183 del 1987) e con la successiva “legge La Pergola” (l. n. 86 del 1989) che ha iniziato a profilarsi, seppur in maniera embrionale, il riconoscimento di un ruolo

²⁴ Sulla discussa applicazione della nozione di indirizzo politico all’ordinamento dell’Unione, si veda IBRIDO, LUPO, (2018b), p. 9 ss.

²⁵ Anche se, come si vedrà, la classica distinzione tra fase ascendente e discendente sembra essere diventata, alla luce dei più recenti interventi normativi, posticcia. Cfr. FASONE (2018), p. 103 ss.

²⁶ Sul punto, cfr. VUOLO (2008), p. 53.

più marcato di indirizzo delle Camere nella determinazione delle politiche europee²⁷. Nonostante le successive leggi comunitarie abbiano apportato ulteriori modifiche nel senso del rafforzamento degli obblighi informativi del governo rispetto alle Camere²⁸, è solo a partire dalla legge n. 11 del 2005 che si può riconoscere una maggiore attenzione alla fase ascendente, che ha comportato “un significativo incremento degli strumenti parlamentari di controllo sulla formazione delle decisioni europee” (GIUPPONI, 2020, p. 188). Difatti, oltre a confermare e riordinare quanto previsto dai precedenti interventi normativi, la c.d. “legge Buttiglione” ha posto in capo al Governo più stringenti obblighi informativi nei confronti delle Camere²⁹. In particolare, il comma 5 dell’art. 3, ha previsto l’obbligo per l’esecutivo di riferire alle Camere prima dello svolgimento delle riunioni del Consiglio europeo riguardo alla posizione che intende assumere e, su richiesta, di riferire ai competenti organi parlamentari prima delle riunioni del Consiglio dei Ministri dell’Unione europea. Tuttavia, nella prassi, come si vedrà, tale particolare obbligo non ha rivestito un ruolo primario nelle dinamiche parlamentari.

A seguito del Trattato di Lisbona e delle tendenze di cui si è detto, l’Italia ha risposto alla rinnovata necessità di coinvolgimento del Parlamento attraverso la legge n. 234 del 2012³⁰.

Nello specifico, per quanto riguarda il coinvolgimento parlamentare prima delle riunioni delle istituzioni europee, e in particolare del Consiglio europeo, la legge ha codificato una prassi emersa sotto il governo Monti (IANNI, 2019, p. 2827). Difatti, forse proprio a causa della caratterizzazione tecnica di questo governo e del vasto appoggio parlamentare di cui godeva, il Presidente del Consiglio fu attento a valorizzare le prerogative e il ruolo del

²⁷ Per una ricostruzione di tali interventi normativi si vedano VUOLO (2008), p. 531 ss.; CODUTI (2010). In particolare, all’art. 9 venivano individuati obblighi informativi del governo nei confronti della Camere, per quanto riguardava, tra l’altro, i progetti dei regolamenti, delle direttive e delle raccomandazioni europee, finalizzati all’esercizio da parte delle camere dell’attività di indirizzo politico. Difatti, le Camere, insieme alle Regioni e alle Province autonome, avrebbero potuto inviare delle “osservazioni sugli schemi di atti ricevuti. Allo stesso modo, la legge La Pergola è intervenuta (art. 7) prevedendo l’obbligo di una relazione semestrale sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo comunitario, in cui erano esposti i principi e le linee caratterizzanti della politica nazionale rispetto all’attività normativa comunitaria.

²⁸ Su cui si veda, ancora, VUOLO (2008), p. 535.

²⁹ Si vedano gli artt. 3, 4, 8, 9 e 15 della l. n. 11 del 2005, sui quali si vedano VUOLO (2008); CARTABIA, VIOLINI (2005).

³⁰ Su cui, *ex plurimis*, COSTATO, ROSSI, BORGHI (a cura di) (2015); ADAM E ALTRI (2015), 9 ss.; ESPOSITO (2013); MOAVERO MILANESI, PICCIRILLI (2015).

Parlamento, attraverso un personale e diretto coinvolgimento nell'attività di informazione alle Camere nelle materie europee. Al contrario, la prassi formatasi durante la precedente legge "Buttiglione" del 2005 prevedeva che le comunicazioni venissero affidate al Ministro degli Affari Esteri e che esse si svolgessero per lo più presso le Commissioni congiunte Esteri e Politiche dell'Unione europea (rispettivamente III e XIV alla Camera e 3° e 14° al Senato). La codificazione di tale prassi è avvenuta all'art. 3 in virtù del quale "prima dello svolgimento delle riunioni del Consiglio europeo, il Governo illustra alle Camere la posizione che intende assumere". Inoltre, viene espressamente fatto obbligo al governo di "tener conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati". Pertanto, si può dire che l'effetto dell'intervento normativo del 2012, anche per come esso è stata poi applicato nella prassi, sia stato quello di rafforzare il controllo parlamentare, da un lato, individuando nel Presidente del Consiglio l'interlocutore privilegiato ed effettivamente responsabile degli indirizzi assunti sulle politiche europee e, dall'altro, affidando all'assemblea il compito di ascoltare le comunicazioni in materia europea e, eventualmente, intervenire con atti di indirizzo³¹, ben più incisivi di quelli eventualmente votati dalle commissioni permanenti.

Per quanto riguarda le riunioni del Consiglio dell'Unione europea, invece, è stato previsto l'obbligo per il governo di riferire ai competenti organi parlamentari solo su richiesta delle Camere. Oltre agli obblighi informativi *ex ante*, vengono, al pari, previsti obblighi informativi *ex post*, per cui "il Governo informa i competenti organi parlamentari sulle risultanze delle riunioni del Consiglio europeo e del Consiglio dell'Unione europea, entro quindici giorni dallo svolgimento delle stesse". Inoltre, tali disposizioni vanno lette congiuntamente all'art. 7, primo e secondo comma, della medesima legge che, adottando la clausola di "*complain or explain*" di cui si è detto, impegna il Governo ad assicurare che la posizione rappresentata dall'Italia negli organi e nelle istituzioni europee sia coerente con gli indirizzi definiti dalle Camere in proposito. Nel caso in cui il Governo non abbia potuto attenersi agli indirizzi delle Camere, il Presidente del Consiglio (o il Ministro competente) riferisce tempestivamente ai competenti organi parlamentari, fornendo le adeguate motivazioni della posizione assunta. Pertanto, il legislatore, pur non adottando un vero e proprio "mandato negoziale", come in altri Stati membri, sembra aver voluto rafforzare il peso specifico del Parlamento nella determinazione dell'indirizzo politico nazionale in sede europea, pur lasciando un necessario margine di manovra al governo, indispensabile per poter por-

³¹ Cfr. SCUTO (2015), p. 14 s.

tare avanti in maniera soddisfacente e con la giusta flessibilità le frequenti trattative in sede europea (SCUTO, 2015, p. 9 ss.).

Come si può notare, emerge un disallineamento fra le sedute che precedono il Consiglio europeo e le riunioni del Consiglio dei ministri dell'Unione europea. Mentre per le prime il coinvolgimento delle Camere è previsto come obbligatorio, nel caso delle riunioni del Consiglio dell'U.E. esso è soltanto facoltativo, e deve essere preceduto da un'espressa richiesta degli organi parlamentari interessati. Nei fatti, pertanto, di rado si svolgono riunioni tra ministro e commissione competente prima delle riunioni del Consiglio, non andandosi così a creare un vero e proprio rapporto continuativo tra ministro che partecipa alle riunioni europee e commissione dello stesso settore (SCUTO, 2015, p. 15).

Al contrario, come si vedrà, sembrano aver dato buona prova le comunicazioni preventive del Presidente del Consiglio prima delle riunioni del Consiglio europeo, attraverso il coinvolgimento diretto delle assemblee e una certa attenzione mediatica per le parole del Presidente del Consiglio, che ha portato alla previsione di dirette televisive delle sedute delle Camere in questione. Inoltre, a tale rilevanza ha corrisposto un uso particolarmente elevato della possibilità riconosciuta di poter presentare atti di indirizzo, nella specie risoluzioni, per poter impegnare il governo sui temi europei (IANNI, 2019, *ibidem*).

4. Le Comunicazioni del Presidente del Consiglio prima delle riunioni del Consiglio europeo nella XVIII Legislatura

Nella prassi la previsione normativa si è tradotta nello svolgimento di comunicazioni del Presidente del Consiglio alle Camere, dopo le quali si apre un dibattito e possono essere presentate e votate apposite risoluzioni³². A tal proposito, si esamineranno i dati riguardanti la XVIII legislatura, ancora in corso, per verificare l'effettivo rendimento di tale tentativo di coinvolgimento del Parlamento³³. In particolare, è opportuno soffermarsi sulla frequenza con

³² L'istituto delle comunicazioni, sia in commissione che in Assemblea, viene tradizionalmente ricondotto all'ultimo comma dell'art. 64 Cost., per il quale i membri del governo devono essere sentiti ogni volta che lo richiedono. A livello regolamentare, esso è disciplinato dagli artt. 22, comma 3, 30, comma 4, e 118 R.C. e 28, 46, comma 3, e 105 R.S. Sul punto, si vedano DICKMANN (2008), p. 506 ss.; DE VITIS (2010) p. 100 s.

³³ Tutti i dati sono aggiornati al 31 dicembre 2020 e sono reperiti sul sito della Camera dei Deputati, www.camera.it.

cui è intervenuto il Presidente del Consiglio prima delle riunioni del Consiglio europeo.

Nel corso del suo primo governo, il Presidente Conte ha reso comunicazioni prima dei Consigli europei 4 volte³⁴. È interessante notare che in totale le comunicazioni del Presidente del Consiglio alle Camere, nel corso del suo primo governo, sono state 5 (comprendendo l'iniziale comunicazione dopo la quale si vota la mozione di fiducia "genetica" dell'esecutivo). Ciò vuol dire che le uniche volte in cui il Presidente del Consiglio si è presentato alle Camere per rendere comunicazioni, dopo l'assunzione della carica, sono state proprio quelle in vista dei Consigli europei.

Nel corso del secondo governo Conte³⁵, invece, le comunicazioni prevertice sono state 6, su un totale di 9³⁶. È da sottolineare che le comunicazioni del Presidente sono aumentate anche a causa della necessità di riferire in merito alla crisi pandemica, ma in ogni caso le comunicazioni precedenti agli incontri europei risultano ancora la maggioranza.

Se si guarda alle riunioni del Consiglio europeo che si sono tenute nel corso della XVIII Legislatura³⁷, tra le diverse tipologie – formali, informali, straordinarie e in videoconferenza (a causa della pandemia) – esse sono state 26³⁸. Il Presidente Conte ha riferito alle Camere soltanto in 10 di questi casi: 9 volte prima di Consigli europei ordinari e una volta eccezionalmente prima della riunione straordinaria che si è tenuto tra il 18 e il 21 luglio 2020, in cui si è discusso e deciso in merito al programma economico "*NextGenerationEU*", ovvero il c.d. *recovery fund*. Pertanto, come si può notare, la prassi, al di là di casi davvero straordinari, prevede l'adempimento dell'obbligo posto dalla legge n. 234 del 2012 soltanto nei casi di riunioni formali del Consiglio europeo.

Un aspetto interessante da evidenziare è che al posto di queste comuni-

³⁴ Poiché in tutti i casi esaminati le Comunicazioni sono tenute dal Presidente del Consiglio in entrambe le Camere, a titolo meramente esemplificativo si prenderanno in considerazione solo quelle svolte presso la Camera dei Deputati.

³⁵ Sul diverso atteggiamento rispetto ai temi europei dei due governi guidati dal Giuseppe Conte si vedano CATELANI (2019), p. 443 ss.; LUPO (2020a).

³⁶ Delle rimanenti, una riguarda le comunicazioni iniziali a seguito delle quali viene presentata la mozione di fiducia e due riguardano "la situazione epidemiologica" e "le iniziative in relazione all'emergenza da Covid-19".

³⁷ Il riferimento temporale è al giuramento del primo governo Conte, cioè il 1° giugno 2018.

³⁸ Si tratta di 9 riunioni ordinarie del Consiglio europeo, 3 riunioni informali, 6 riunioni straordinarie e 8 riunioni in videoconferenza.

cazioni, che prevedono la possibilità di votare atti di indirizzo, si aggiungono e, talvolta, si sostituiscono le c.d. “informative urgenti”, altro strumento informativo, che però non consente, per prassi alla Camera e per espressa previsione regolamentare al Senato³⁹, la possibilità di votare atti di indirizzo⁴⁰. Spesso il ricorso a tale strumento da parte del governo avviene anche al di fuori di situazioni di vera urgenza per evitare l’approvazione di atti di indirizzo che possano limitare la propria libertà di azione⁴¹. Ciò è avvenuto, talvolta, anche a proposito di riunioni del Consiglio europeo, emergendo così un probabile contrasto con quanto disposto dalla legge n. 234, la quale, all’art. 4, come ricordato, dispone che il governo tiene conto “degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati”. Tali situazioni si sono verificate prima della videoconferenza del Consiglio europeo del 19 giugno e (a consuntivo) dopo la riunione del Consiglio europeo straordinario del 18-21 luglio, non senza creare qualche malumore tra le forze parlamentari, per la mancata possibilità di poter presentare e votare atti di indirizzo all’esecutivo. Inoltre, vi è stata un’altra informativa urgente del Presidente Conte, il 2 dicembre 2019, il cui oggetto è stato la procedura di modifica del trattato internazionale riguardante il M.E.S., o c.d. “fondo salva-Stati”⁴². Difatti, anche per le procedure informative riguardanti il M.E.S. e, in generale, gli strumenti intergovernativi indirettamente riconducibili alle politiche europee sono previsti procedimenti finalizzati al coinvolgimento degli organi parlamentari nei processi decisionali⁴³. A tal proposito, un aspetto sicuramente problematico, come notato in

³⁹ Cfr. art. 105, comma 1-*bis*, R.S.

⁴⁰ Cfr., *amplius*, DE VITIS (2010), p. 100 ss.; GIANNITI, LUPO (2018), p. 233 ss.

⁴¹ In questo senso GIANNITI, LUPO (2018), p. 233 ss.

⁴² Sulla riforma del M.E.S. si veda, da ultimo, ANTONELLI, MORRONE (2020). Com’è noto, il “*Meccanismo europeo di stabilità*” non rientra all’interno del perimetro del diritto dell’Unione. Si tratta, infatti, di un trattato internazionale sottoscritto nel 2011, quindi di uno strumento di natura intergovernativa, anche se si può dire che esso faccia perno sull’ordinamento e sulle istituzioni dell’Unione, in quanto il perimetro di applicazione coincide bene o male con la zona Euro. Proprio per questa ragione, la sua riforma è stata discussa nei c.d. “Vertici euro” o “*Euro-Summit*” (che riuniscono i capi di Stato o di governo dei paesi della “zona Euro”, il Presidente del “Vertice euro” e quello della Commissione europea) e nelle riunioni dell’“*Eurogruppo*” (formato dai ministri delle finanze dei paesi della zona Euro, anche se molte delle riunioni sono avvenute nel c.d. “*inclusive format*” ovvero con i ministri dei 27 Stati membri). Cfr., sul punto, BARTOLUCCI (2020), p. 154 ss.

⁴³ A tal proposito la legge n. 234 del 2012 è intervenuta prevedendo procedure sull’informazione e sulla consultazione delle Camere in riferimento ad accordi e ipotesi di accordi intergovernativi tra Stati membri dell’Unione e su accordi in materia finanziaria o monetaria (artt. 4, comma 4, *lett. c*), e 5). Tali articoli sembrano proprio essere stati introdotti

dottrina⁴⁴, riguarda le discussioni parlamentari che hanno avuto ad oggetto le modifiche al M.E.S. Difatti, nella percezione generale esse si sono spesso confuse con i dibattiti riguardanti i Consigli europei, nel senso che esse sono state svolte contestualmente alle comunicazioni previste dall'art. 4, comma 1, della legge n. 234 del 2012. Ciò è dovuto al fatto che le riunioni dell'*Eurosummit* avvengono, di solito, negli stessi giorni dei Consigli europei. Di conseguenza, il Presidente del Consiglio si reca un'unica volta alle Camere e queste votano risoluzioni che impegnano il governo in riferimento alle riunioni di entrambi gli organi, determinando con ciò più di qualche fraintendimento⁴⁵.

Un ulteriore punto interessante è offerto dall'analisi del seguito degli atti di indirizzo parlamentari. Un seguito apparentemente obbligatorio sembrerebbe esserci, come visto, nei casi in cui il Governo non abbia potuto attenersi agli indirizzi delle Camere, attraverso l'obbligo di riferire "tempestivamente ai competenti organi parlamentari, fornendo le adeguate motivazioni della posizione assunta", in applicazione della formula del "*complain or explain*" prevista ai sensi dell'art. 7. Allo stesso modo, sempre l'art. 4 prevede, in via generale, che "il Governo informa i competenti organi parlamentari sulle risultanze delle riunioni del Consiglio europeo e del Consiglio dell'Unione europea, entro quindici giorni dallo svolgimento delle stesse".

La prassi attuativa di tali disposizioni prevede che dopo le riunioni del Consiglio europeo (esclusivamente quelle ordinarie) vi sia una comunicazione da parte dell'esecutivo presso gli organi parlamentari coinvolti. Nello specifico, ormai, tali comunicazioni vengono rese per lo più alle Commissioni riunite in sede congiunta Affari esteri e Politiche dell'Unione europea (rispettivamente III e XIV alla Camera e 3° e 14° al Senato). Anche in questo caso, la prassi prevede che sia il Ministro per gli Affari europei a riferire, anche se nel primo governo Conte vi sono stati casi in cui si è recato a riferire il Ministro degli Affari esteri, mentre invece durante il secondo governo Con-

a causa dello scarso coinvolgimento parlamentare avuto per l'approvazione del *Fiscal Compact*. Sul punto, si veda MOAVERO MILANESI (2018), p. 12. In generale sullo scarso coinvolgimento parlamentare nella *governance* economica europea si veda, da ultimo, FASONE (2020), p. 203 ss.

⁴⁴ Cfr. BARTOLUCCI (2020), p. 155 s.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 155. Al contrario, non si sono registrate comunicazioni del Ministro dell'Economia prima delle riunioni dell'*Eurogruppo*, confermando la tendenza a non utilizzare lo strumento informativo per quanto riguarda le riunioni europee a livello ministeriale, creando così una sorta di "buco nero" dell'informazione parlamentare in questo settore, cfr. *ibidem*.

te tale competenza sembra essere stata riassunta stabilmente dal Ministro per gli affari europei.

Tuttavia, in relazione alla questione specifica del seguito dato dall'esecutivo agli indirizzi e alle proposte delle Camere, inizialmente non si è riscontrato un sistema di monitoraggio effettivo e sistematico di *feedback* delle direttive parlamentari⁴⁶. Lo strumento che, almeno in teoria, dovrebbe consentire un controllo *ex post* generalizzato sugli atti di indirizzo al governo, è la "Relazione consuntiva annuale sulla partecipazione dell'Italia all'U.E.". Inizialmente, il governo non adempiva correttamente a quanto disposto dall'art 13, comma 2, *lett. d*, della legge n. 234, per cui la relazione consuntiva annuale presentata alle Camere deve contenere anche riferimenti al seguito dato agli atti di indirizzo delle Camere. Ciò costituiva, come evidenziato più volte dalla XIV Commissione della Camera, una "grave lacuna"⁴⁷, in quanto non consentiva la verifica del puntuale adempimento dell'obbligo posto in capo al Governo dagli artt. 4 e 7 della l. n. 234 del 2012 di assicurare che la posizione rappresentata dall'Italia nelle istituzioni europee tenga conto degli indirizzi definiti dalle Camere stesse. Tuttavia, è da evidenziare che nelle relazioni più recenti il governo sembra aver recepito tali moniti, provvedendo ad indicare puntualmente ed analiticamente il seguito degli atti parlamentari di indirizzo⁴⁸.

5. Conclusioni. Verso un maggiore coinvolgimento parlamentare attraverso i procedimenti di indirizzo-controllo? Il ruolo del Parlamento nell'adozione dei d.P.C.M. nell'emergenza Coronavirus

Come visto, la prassi seguita per l'attuazione delle disposizioni della legge n. 234 del 2012 ha portato senza dubbio ad un maggiore coinvolgimento del Parlamento nella determinazione della posizione nazionale che poi il Presi-

⁴⁶ Cfr. IANNI (2019), p. 2828.

⁴⁷ Relazione della XIV Commissione Politiche dell'Unione europea della Camera, relativa alla Relazione consuntiva del Governo sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea per l'anno 2012 (Doc. LXXXVII, n. 1-A). Tale tendenza sembrerebbe essere stata confermata anche dalle successive, cfr. Relazione della XIV Commissione Politiche dell'Unione europea della Camera, relativa alla Relazione consuntiva del Governo sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea per l'anno 2013 e 2014 (Doc. LXXXVII, n. 2-A).

⁴⁸ Si veda ad esempio, l'ultimo atto presentato, la Relazione consuntiva sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea per l'anno 2019 (doc. LXXXVII n. 3), p. XLV ss.

dente del Consiglio “porterà a Bruxelles”⁴⁹. La rilevanza di questo strumento, che spesso si avverte anche attraverso il coinvolgimento degli organi di informazione, con la predisposizione di dirette televisive delle comunicazioni del Presidente e del seguente dibattito parlamentare, è indubbia, anche perché nella maggior parte dei casi nel successivo dibattito parlamentare sono coinvolti i principali leader delle forme politiche di maggioranza e di opposizione. La pubblicità del dibattito parlamentare e il considerevole seguito mediatico che questi appuntamenti sembrano aver riscosso, soprattutto in vista di scelte assai importanti del Consiglio europeo, come quelle che di recente hanno riguardato il c.d. *Recovery fund*, hanno il senz’altro positivo effetto di determinare una certa trasparenza nella formazione della posizione politica del governo in Europa, utile, non soltanto in un’ottica di confronto/scontro con le forze di opposizione, ma anche per la creazione, all’interno della dimensione nazionale, di un sano e informato dibattito pubblico sui temi europei.

Il generale buon rendimento di tali schemi procedurali sembrerebbe potersi notare anche osservando le modalità scelte per coinvolgere il Parlamento nella procedura di adozione dei d.P.C.M., scelti come strumento emergenziale per disporre le misure di contenimento della diffusione dell’epidemia di COVID-19. Sin dai primi atti adottati, la critica principale rivolta alle modalità di gestione della pandemia da parte dell’esecutivo è stata quella della scelta dell’utilizzo dei decreti del presidente del Consiglio⁵⁰, con la conseguente estromissione di qualsiasi ruolo del Parlamento nella procedura di adozione. La prima risposta a tali critiche, seppur blanda ed evidentemente inadeguata, è stata quella di prevedere nel decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 l’obbligo per il Presidente del Consiglio (o un ministro delegato) di riferire dopo l’adozione di tali atti ogni quindici giorni⁵¹. L’inadeguatezza di tale soluzione, che ha previsto solo un coinvolgimento delle Camere *a posteriori*, ha portato alla presentazione di diverse proposte emendative alla legge di conversione del decreto al fine di coinvolgere adeguatamente le Ca-

⁴⁹ Di questo avviso LUPO (2020d), p. 63.

⁵⁰ Sulle modalità di gestione della crisi sanitaria tramite Decreti del Presidente del Consiglio e i connessi aspetti problematici si vedano, tra i tanti, ARCURI (2020); CAVINO (2020); SORRENTINO (2020); LONGO, MALVICINI (2020); RAFFIOTTA (2020); LUCIANI (2020); CARDONE (2020).

⁵¹ Cfr. art. 2, comma 5, d.l. n. 19 del 2020 per cui “i provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto”.

mere nell'adozione di tali atti. Una delle prime proposte avanzate in sede parlamentare prevedeva un parere delle commissioni parlamentari competenti sullo "schema di atto governativo"⁵², che il governo avrebbe dovuto far pervenire alle Camere prima dell'adozione dei d.P.C.M. La scelta del parere preventivo delle commissioni parlamentari sullo schema di atto ricalca il classico procedimento di coinvolgimento del Parlamento per quanto riguarda gli atti normativi del governo, come ad esempio, in alcuni casi, i decreti legislativi e i regolamenti dell'esecutivo⁵³. Alla fine, attraverso la riformulazione in corso di seduta del c.d. "emendamento Ceccanti", poi approvato, si è previsto che l'adozione di tali atti sia preceduta da una relazione dello stesso Presidente del Consiglio (o del Ministro della Salute) su cui le Camere possono votare atti d'indirizzo⁵⁴. L'applicazione pratica di tale disposizione ha visto per 9 volte il Presidente del Consiglio (o il Ministro della Salute) riferire preventivamente o, in alcuni casi, successivamente alle Camere con comunicazioni o con informative urgenti⁵⁵. In particolare, nei casi più recenti, le Camere hanno potuto votare atti di indirizzo, spesso con risoluzioni convergenti tra maggioranza e opposizione, che poi sono stati recepiti dal governo nella predisposizione degli atti e richiamati nelle premesse dei successi d.P.C.M.⁵⁶.

⁵² Si veda, a tal proposito, l'emendamento (poi riformulato in corso di seduta) presentato alla Camera dall'On. Ceccanti e altri al disegno di legge di conversione del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Tale emendamento (n. 2.51.) prevedeva "Al comma 1, dopo il secondo periodo aggiungere il seguente: Gli schemi di decreto di cui al presente comma sono trasmessi alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica per l'espressione del parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia, che si pronunciano nel termine di sette giorni, decorso il quale il decreto può essere comunque adottato". In senso parzialmente analogo si veda anche l'emendamento n. 2.80. presentato dall'On. Lollobrigida e altri.

⁵³ Sul punto, cfr. GIANNITI, LUPO (2018), p. 283 ss.

⁵⁴ Cfr. art. 2 comma 1 decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, come convertito dalla legge 22 maggio 2020, n. 35 per cui "Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo". Su tale evoluzione normativa, cfr. LIPPOLIS (2021), p. 271 ss.

⁵⁵ Il ricorso a tali procedure è avvenuto nella quasi totalità dei casi attraverso il coinvolgimento di entrambi i rami del Parlamento, solo per il d.P.C.M. del 7 agosto 2020 si è svolta una sola informativa del Ministro della Salute presso il Senato. Cfr. sul punto LUPO (2020b), p. 13; LIPPOLIS (2021), p. 271 ss.

⁵⁶ Ciò è avvenuto nel caso del d.p.c.m. del 3 novembre e in quello del 3 dicembre 2020. Su tali procedure cfr. LUPO (2020b), p. 12 ss.

Le analogie con le procedure analizzate sembrano evidenti, sottolineate soprattutto dalla scelta di non ricorrere al classico *iter* previsto per gli atti normativi, con parere delle Commissioni, ma di utilizzare l'istituto delle comunicazioni (o delle informative), con classici atti d'indirizzo, per lo più, preventivi all'adozione degli atti⁵⁷. Pertanto, anche in virtù di queste recenti evoluzioni, sembrerebbe che vi sia una generale tendenza che prevede che il coinvolgimento del Parlamento, in campi in cui altrimenti rimarrebbe escluso, passi più per procedure riconducibili all'attività di indirizzo-controllo, che attraverso l'esercizio del potere legislativo, su cui il Parlamento sembrerebbe aver perso o, comunque, fortemente attenuato il proprio ruolo trainante⁵⁸.

Riferimenti bibliografici

- ADAM, R.; CAPUANO, D.; ESPOSITO, A.; CIAFFI, A.; ODONE, C.; RICCIARDELLI, M. (2015). *L'attuazione della legge n. 234 del 24 dicembre 2012. Norme, prassi, risultati, dal livello statale a quello regionale*, in *Istituzioni del federalismo, numero speciale*.
- ADAM, R. (2015). *Rappresentanza democratica e Parlamento europeo*, in *Il diritto internazionale come professione. Studi in onore di Luigi Ferrari Bravo*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 129 ss.
- ANTONELLI, G.; MORRONE, A. (2020). *La riforma del MES: una critica economica e giuridica*, in *Federalismi.it*, n. 34.
- AMATO, G. (2002). *La funzione di governo oggi. Relazione generale (ricordando Alberto Predieri)*, in AA.VV., *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2001. Il Governo*, CEDAM, Padova.
- ARCURI, A. (2020). *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in *Federalismi.it*, n. 28.

⁵⁷ Cfr., però, LUPO (2020b), p. 15, che ritiene insufficiente tale procedura e sottolinea la necessità, pure proposta in più sedi, di «istituzione di una commissione bicamerale “ad hoc”, composta da un numero limitato di senatori e deputati, sul modello del COPASIR-Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, istituito dalla legge n. 124 del 2007, composto paritariamente da parlamentari di maggioranza e opposizione (5 senatori e 5 deputati), e presieduto, secondo quanto espressamente dispone il legislatore, da un parlamentare appartenente a un gruppo di opposizione».

⁵⁸ Cfr. MANZELLA (2020), p. 59 s. il quale ritiene che ormai la funzione di controllo «si espande quasi ad assorbire l'attività legislativa». Per una breve ma esaustiva analisi dello stato di salute del procedimento legislativo si veda LUPO (2020c).

- BARONCELLI, S. (2008). *Il ruolo del Governo nell'indirizzo e il coordinamento della politica europea*, in Id. (a cura di), *Il ruolo del Governo nella formazione e applicazione del diritto dell'Unione europea. Le peculiarità di un sistema costituzionale multilivello*, Giappichelli, Torino, p. 99 ss.
- BARTOLUCCI, L. (2020). *Il Parlamento italiano nella vicenda del Meccanismo Europeo di Stabilità: un coinvolgimento con qualche ambiguità*, in *Quad. cost.*, n. 1.
- BILANCIA, P. (2016). *Il crescente coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea. In particolare sul controllo di sussidiarietà nell'area di sicurezza, libertà e giustizia*, in Id. (a cura di), *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, CEDAM, Padova.
- CANIZZARO, E. (2009). *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto inedito di Leopoldo Elia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 459 ss.
- CAPPUCCIO, P. (2020). *Forma di governo italiana ed integrazione europea: il progressivo rafforzamento del governo*, in *Diritto pubblico europeo, Rassegna online*, n.1.
- CARDONE, A. (2020). *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti, Fasc. speciale. Le fonti normative dell'emergenza Covid-19*, p. 313 ss.
- CARETTI, P. (1981). *I riflessi dell'ordinamento comunitario nella forma di governo italiana*, in *Quad. cost.*, n. 2, p. 311 s.
- CARTABIA, M.; VIOLINI L. (2005). *Le norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. Commento alla legge 4 febbraio 2005, n. 11*, in *Le Regioni*, n. 4, p. 475 ss.
- CATELANI, E. (2017). *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Tipografia Editrice Pisana, Pisa.
- CATELANI, E. (2019). *Presidente del Consiglio e Unione europea*, in L. Tedoldi (a cura di), *Il Presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione Europea*, Biblion edizioni, Milano, p. 431 ss.
- CAVINO, M. (2020). *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza COVID-19*, n. 1.
- CIANCIO, A. (2017). *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino.
- CIAURRO, L. (2004). *Maggioranza e opposizioni nelle procedure di controllo parlamentare: l'esperienza del Senato* in E. Rossi (a cura di), *Maggioranza e opposizioni nelle procedure parlamentari*, CEDAM, Padova, p. 99 ss.
- CIOLLI, I. (2018). *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli.
- CONDUTI, D. (2010). *La partecipazione dell'Italia alla c.d. fase ascendente dei processi decisionali comunitari: il ruolo del Parlamento*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. I, Jovene, Napoli, p. 383 ss.

- COSTATO, L.; ROSSI, L.S.; BORGHI, P. (a cura di) (2015). *Commentario alla Legge 21.12.2012 n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- DE VITIS, R.S. (2010). *Le informative urgenti nell'ambito del rapporto tra Parlamento e Governo: aspetti evolutivi*, in *Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati*, n. 10, Camera dei Deputati, Roma, p. 91 ss.
- DRIGO, C. (2019). *I parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea, fra partecipazione al decision-making process e coinvolgimento delle istanze territoriali*, DPCE online, n. 4, p. 2785 ss.
- ESPOSITO, A. (2013). *La Legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. Parte I – Prime riflessioni sul ruolo delle Camere*, in *Federalismi.it*, n. 2.
- FABBRINI, S. (2003). *Introduzione. L'uropeizzazione: teorie, comparazioni e implicazioni per l'Italia*, in Id. (a cura di), *L'uropeizzazione dell'Italia. L'impatto dell'Unione europea sulle istituzioni e le politiche italiane*, Laterza, Roma-Bari.
- FASONE, C. (2018). *La distinzione tra "fase ascendente" e "fase discendente", e il suo superamento*, in E. Moavero Milanesi - G. Piccirilli (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia*, Cacucci editore, Bari. p. 103 ss.
- FASONE, C. (2020). *La debolezza della rappresentanza democratica nell'unione economica e monetaria: lezioni da trarre e sviluppi possibili per i parlamenti*, in C. Caruso; M. Morvillo, *Il governo dei numeri, Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, p. 203 ss.
- FRANCHINI, C. (1991). *L'impatto dell'integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell'amministrazione. Poteri governativi e poteri amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 3, p. 775 ss.
- GIANNITI, L.; LUPO, N. (2018). *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, Bologna.
- GIUPPONI, T.F. (2020). *Il ruolo dei Parlamenti nazionali alla luce del Trattato di Lisbona. L'esperienza italiana*, in *Federalismi.it*, n. 19.
- IANNI, P. (2019). *I Parlamenti nazionali preferiscono dialogare con i propri Governi o con le Istituzioni europee?*, in DPCE online, n. 4.
- IBRIDO, R.; LUPO, N. (2018a). *Le dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna.
- IBRIDO, R.; LUPO, N. (2018b). *"Forma di governo" e "indirizzo politico": la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in R. Ibrido; N. Lupo, *Le dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna.

- LINDSETH, P. (2010). *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-state*, OUP, Oxford.
- LIPPOLIS, V. (2021). *Il rapporto Parlamento – Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1, p. 271 ss.
- LONGO, E. (2018). *Gli effetti diretti e indiretti dell'integrazione costituzionale europea sulle fonti statali: spunti ricostruttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- LONGO, E.; MALVICINI, M. (2020). *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in *Federalismi.it, Focus, Il Governo. Prospettive organizzative e funzionali*, n. 28.
- LUCIANI, M. (2020). *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2.
- LUPU, N.; RIVOSECCHI, G. (2010). *I limiti di un approccio esclusivamente nazionale ai problemi della forma di governo*, in R. Cerreto (a cura di), *La democrazia italiana: forme, limiti, garanzie*, Italianieuropei, Roma.
- LUPU, N. (2018a). *L'uropeizzazione delle forme di governo degli Stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in R. Ibrido, N. Lupo, *Le dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna.
- LUPU, N. (2018b). *Il governo italiano settant'anni dopo*, in *Rivista AIC*, n. 3.
- LUPU, N. (2020a). *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in *Federalismi.it*, n. 28.
- LUPU, N. (2020b). *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, "Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata": Come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6.
- LUPU, N. (2020c). *Le quindici tappe di un processo legislativo che non funziona*, in *Policy Brief della Luiss School of Government*, n. 13, Open LUISS.
- LUPU, N. (2020d). *I rapporti tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e gli altri organi di rilevanza costituzionale*, in AA.VV., *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, p. 51 ss.
- MANZELLA, A. (2013). *Sui principi democratici nell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- MANZELLA, A. (2020). *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*. Mucchi editore, Modena.
- MARTINICO, G. (2016). *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della letteratura*, in *Federalismi.it*, n. 26.
- MOAVERO MILANESI, E. (2018). *Introduzione. L'Italia in Europa, dopo la legge n. 234 del 2012*, in E. Moavero Milanese - G. Piccirilli (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia*, Cacucci editore, Bari.

- PASQUINO, G. (2015). *Governments in European Politics*, in J. Magone (a cura di), *Routledge Handbook of European Politics*, Routledge, London, p. 295 ss.
- PEREZ TREMPES, P. (1991). *Il rafforzamento dell'esecutivo come conseguenza della integrazione nella Comunità europea*, in G. Rolla (a cura di), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Giuffrè, Milano, p. 93 s.
- PINELLI, C. (2008). *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, n. 4, p. 925 ss.
- RAFFIOTTA, E.C. (2020). *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, n. 2.
- RIDOLA, P. (2010). *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino.
- RIVOSACCHI, G. (2018). *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del governo*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Le dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna, p. 261 ss.
- RIZZONI, G. (2018). *I Parlamenti nazionali e la loro tardiva emersione nei trattati europei*, in R. Ibrido, N. Lupo, *Le dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna, p. 285 ss.
- SCUTO, F. (2015). *L'evoluzione del rapporto parlamento-governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1.
- SORRENTINO, F. (2020). *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- TARLI BARBIERI, G. (2020). *L'attività normativa del Governo*, in AA.VV., *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, p. 82 ss.
- VUOLO, A. (2008). *Il Parlamento nella fase ascendente della formazione del diritto comunitario*, in R. Dickmann, S. Staiano (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza italiana*, Giuffrè, Milano, 529 ss.
- WESSELS, W.; ROZENBERG, O. (2013). *Democratic Control in the Member States of the European Council and the Eurozone summits*, European Parliament's Committee on Constitutional Affairs.
- ZAGREBLESKY, G.; PORTINARO, P.P.; LUTHER L. (1996). *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino.

VERSO UNA NOZIONE DI INDIRIZZO POLITICO “INTEGRATO”:
EFFETTI DELL’ANTICIPAZIONE DEI MECCANISMI DECISIONALI
DAL LIVELLO NAZIONALE A QUELLO EUROPEO

YLENIA MARIA CITINO

SOMMARIO: 1. Premessa: proiezione e rifrazione dell’indirizzo politico. – 2. La nozione di indirizzo politico elaborata dalla dottrina italiana. – 3. Indirizzo politico e competenze dell’Unione. – 4. La difficoltosa individuazione della titolarità dell’attività di indirizzo politico in ambito eurolunitario. – 5. L’indirizzo politico europeo. – 6. Conclusione: se l’indirizzo politico integrato possa accompagnarsi a una *koiné* costituzionale europea.

1. Premessa: proiezione e rifrazione dell’indirizzo politico

Fra i percorsi di ricerca individuati da questo congresso, il tema del rapporto fra le istituzioni europee e i cittadini pone in primo piano, per citare le parole esatte della *call*, la necessità di “verificare e sondare l’impatto delle decisioni prese ai livelli intergovernativi”. Da questa specifica scelta semantica bisogna aprire le presenti riflessioni, poiché la parola “impatto” evoca un urto violento, rimanda a un oggetto che si sposta ad alta velocità per andare incontro ad un bersaglio. La connotazione negativa del termine si associa all’idea che i cittadini, bersaglio dei “proiettili” virtuali dell’Unione europea, ne subiscano le conseguenze in maniera quasi inaspettata, come se fossero colti di sorpresa.

Tuttavia, non è poi molto sorprendente che le istituzioni dell’Unione prendano posizione su certe materie, scolpite da anni nei trattati istitutivi. Ogni atto decisionale scaturisce dall’interlocuzione dialettica con gli esponenti dei vari governi nazionali, assistiti dai loro rappresentanti permanenti.

La diffusa percezione di questo “impatto”, dunque, altro non è che una maniera – che sottende un po’ di leggerezza, se non anche una pavida ipocrisia – di deresponsabilizzarsi, affidando la paternità delle politiche ad entità lontane, irraggiungibili, quasi, per usare una figura iperbolica, appartenenti all’iperuranio.

E invece bisogna raffigurarsi un diverso contesto, tale da indurre ad una riconcettualizzazione dell’indirizzo politico: la tradizionale definizione che lo identifica nell’attività di determinazione delle priorità politiche e dei fini secondari dello Stato – essendo quelli di rango primario già fissati a livello co-

stituzionale – è ormai manchevole. Oltre al prodotto del circuito politico-istituzionale nazionale va annessa, infatti, quell’“integrazione” derivante dallo scambio con l’Unione Europea. Come in un gioco di specchi, la proiezione esterna dell’indirizzo politico, coincidente con l’azione del governo nello spazio giuridico eurounitario, si misura con la rifrazione di un diverso indirizzo, in qualche modo arricchito, che si ripresenta sul livello nazionale immedesimandosi con le priorità già esistenti. Con la valorizzazione di questa compenetrazione biunivoca fra ordinamenti, dunque, ci si può promettere, senza troppe ambizioni, di convertire quell’idea forte di impatto in una più mite idea di “influenza”.

Una simile operazione non può avvenire se non attraverso la previa individuazione delle componenti endogene dell’architettura istituzionale europea che influiscono sull’indirizzo politico interno, rendendolo “integrato”. Questo stilema non rappresenta un mero esercizio accademico ma è, al contrario, funzionale ad inquadrare il livello di partecipazione e di interferenza che i singoli Stati Membri possono rivendicare rispetto alle decisioni collettive. Non solo, esso può servire a comprendere qual è il grado di volontarietà che accompagna le scelte prese collegialmente, a identificare l’adesione dei singoli governi e a spiegare la presentazione delle decisioni fatta al proprio elettorato. Il dibattito che ne viene fuori è senza ombra di dubbio il più immediato dispiegamento di una democrazia che ci si aspetta diventi sempre meno deficitaria e sempre più conciliante.

Dietro tutto, del resto, si nasconde il macrotema delle alterazioni nei rapporti fra esecutivo e legislativo. Quelle che già TOSI (1959) e PIERANDREI (1965) chiamavano con lungimiranza le “modificazioni tacite della Costituzione”, e che si sono effettivamente manifestate anche per effetto dell’appartenenza dell’Italia all’Unione Europea¹. Non è difficile constatare a prima vista che la determinazione delle politiche nazionali, un tempo accentrata nel serrato dialogo fra Parlamento e Governo, oggi è arricchita da una pluralità di interazioni, sempre più spesso anticipate al livello europeo².

¹ In particolare, PIERANDREI (1965, 85 e ss.) spiega che le norme scritte non devono essere considerate tali quali appaiono agli occhi del lettore, altrimenti l’ordine supremo dello Stato risulterebbe incomprensibile: esse vivono al momento della loro affermazione nella realtà. Le forze politiche, che si muovono all’interno di questo spazio, agiscono in direzioni diverse e contrastanti, spesso cambiando tacitamente i significati letterali delle disposizioni. Sul tema anche CARDUCCI (1999); SICLARI (2008); RUGGERI (2018); IADICICCO (2018) e BARTOLE (2019).

² A tal fine, RUGGERI (2017, 491) parla di «sovranità condivisa» fra l’Unione e gli Stati membri, tale da dar luogo a un «indirizzo politico condiviso» la cui fetta più consistente sarebbe, però, sempre più «a beneficio della prima».

Ciò rappresenta un significativo cambiamento della forma di governo nazionale, in relazione alla quale non è banale chiedersi quali siano le ripercussioni sulla percezione di democrazia e sul rapporto con i cittadini³.

2. La nozione di indirizzo politico elaborata dalla dottrina italiana

L'indirizzo politico è un concetto tutto italiano, per questo chi scrive ha preferito lasciare impregiudicata la formula testuale nella traduzione spagnola. Esiste infatti una nozione di "*dirección política y función de gobierno*" ma le due categorie, come è lecito aspettarsi, non combaciano perfettamente. Quella italiana, riassunta perfettamente dalla nota voce di MARTINES (1971)⁴, deve la sua paternità alla giuspubblicistica degli anni Trenta, i cui fermenti intellettuali spaziavano dalle questioni metodologiche al rapporto fra diritto e politica⁵.

La crisi della mistica orlandiana provocava all'epoca una maggiore apertura verso le scienze sociali e permetteva ai giovani MORTATI (1931 e 1940) e CRISAFULLI (1939), per citare i principali contributi, di approntare una nozione di indirizzo politico che è il portato dell'era fascista⁶. Lo Stato "unitario e totalitario" (CHELI, 1968, 56), infatti, implicava un rafforzamento dell'organo di governo, abilitato ad adottare "atti politici" che fuoriuscivano dal perimetro delle attività sindacabili dalla giurisdizione amministrativa. Si sosteneva che il governo disponesse, in certi casi, di margini di azione *extra ordinem* in quanto logicamente anteriori e precedenti all'attività legislativa e, dunque, particolarmente creativi.

Questo comportava un'evidente compressione del principio di supremazia della legge: l'indirizzo politico, consistente nella libera determinazione dei fini statali, veniva anteposto ad ogni altra funzione dello Stato e collocato in un rango superiore rispetto alla triade di matrice montesquiviana, assumendo la consistenza di una "quarta funzione statutale" (CRISAFULLI, 1939, 56).

³ Sul punto, v. GRASSO (2019, 135 e ss.) che, partendo dal fatto che l'Unione europea rappresenta un importante fattore di trasformazione della forma di governo, si domanda se esistano convenzioni costituzionali determinate dall'appartenenza dell'Italia all'UE.

⁴ Anche se l'A. aveva già ampiamente affrontato l'argomento in un lavoro precedente (MARTINES, 1957).

⁵ Su cui, se si vuole, CITINO (2016, spec. 6).

⁶ Cfr. il pensiero di PANUNZIO (1939, 118, ma anche 1927, 173 e ss.). Il tema fu poi ripreso anche da MORTATI (1940, 73 e ss. e 1942) e CRISAFULLI (1939, 53 e ss.). Per una recente rilettura, cfr. TRIPODINA (2018).

Al contrario, il Parlamento veniva sminuito: PANUNZIO (1987, 250), ad esempio, criticava il fatto che esso non fosse capace di sintetizzare in un solo indirizzo “tutte le forze della Nazione”, cosa che lo rendeva “sordo” alle reali necessità del Paese.

Anche il principio di separazione dei poteri veniva marginalizzato: l’indirizzo politico era concepito come un potere di impulso primario, “preminente” e “preesistente” (CHELI, 1968, 60), funzionalizzato alla realizzazione dell’unità e coordinamento dello Stato (DONATI, 1938, 9 e ss.). La teoria della tripartizione dei poteri era rifiutata in ragione degli antagonismi che veniva ad alimentare e, pertanto, ad essa veniva opposta la diversa idea di “ripartizione istituzionale dei compiti” (MORTATI, 2000/1931, 81). La funzione di governo, infatti, associata alla direzione politica, spettava a un “organo complesso”, formato dal Re, dal Primo Ministro, dai Ministri considerati isolatamente o in sede di Consiglio, nonché dal Gran Consiglio del Fascismo.

Lo spirito cooperativo doveva essere canalizzato verso la realizzazione del supremo interesse dello Stato (LESSONA, 1934, 45), che si identificava con l’ideologia sostenuta dalle forze politicamente egemoniche (MORTATI, 1940, 83 e ss.). Non a caso, anche sul piano amministrativo si assisteva al rafforzamento degli organi tradizionalmente rappresentanti la proiezione dell’esecutivo sul territorio: i prefetti, in quanto autorità periferiche dello Stato, venivano dotati di poteri più penetranti, come quello di adottare ordinanze di necessità ed urgenza.

Così strutturata, dunque, la funzione di indirizzo non sarebbe potuta promanare da quel potere neutro di schmittiana memoria (SCHMITT, 1988/1931). Il pacato “custode della Costituzione” arretrava dinanzi all’imponenza del partito unico di epoca autoritaria, lasciando il posto alla viscerale istintività del Duce, le cui direttive, lungi dall’essere *neutre*, erano piuttosto orientate a *neutralizzare* ogni forma di pluralismo. Da ciò conseguiva una profonda modifica nella posizione costituzionale del Primo Ministro il quale, rispetto all’antico Presidente del Consiglio, assumeva su di sé i poteri di coordinazione, potendoli esercitare sul Consiglio dei Ministri in maniera autonoma e con autorità “esterna”.

In estrema sintesi, dunque, in regime autoritario con partito unico, l’indirizzo politico assumeva una specifica valenza giuridica, che si manifestava attraverso le direttive politiche da esso promananti, capaci di vincolare l’azione di tutti gli organi dello Stato (MORTATI, 1940, 88 e ss.). Messa in questi termini, la giuspubblicistica del fascismo non poteva cogliere la distinzione, compiuta posteriormente, fra indirizzo politico *costituzionale* o *generale*, proprio degli organi di garanzia e di controllo, e indirizzo politico *contin-*

gente o di maggioranza, dato dalle priorità delle forze politiche del Paese, priorità che, rispetto ai supremi fini costituzionali, appaiono più transitorie, o quantomeno secondarie (BARILE, 1958, 308).

La fortuna della nozione di indirizzo politico è tale da sopravvivere alla caduta del regime⁷: essa «non è scalfita dalla normativizzazione al più alto e imponente livello, quello costituzionale, dei fini dell'ordinamento» (FERRARA, 2003). Al contrario, depurata dai condizionamenti della torsione autoritaria, la sua trasposizione e affermazione nell'alveo repubblicano dà luogo a una ricca e variegata letteratura che tiene conto delle insidie assiologiche insite nel concetto⁸. D'altronde, tale figura teorica presenta una «natura essenzialmente dinamica, per il fatto di manifestarsi strettamente e costantemente condizionat[a] al perenne divenire della realtà costituzionale» (CHELI, 1968, 76).

Fra le molteplici notazioni che andrebbero fatte assieme al richiamo delle accennate dottrine, si consenta, per lo meno, di evidenziare come alla posizione di supremazia del Governo sia andata a sostituirsi una "preminenza funzionale" (MARTINES, 1971) dovuta principalmente al fatto che l'esecutivo, posto a capo degli apparati amministrativi dei vari dicasteri, dispone di informazioni tecniche privilegiate. La fase cd. *strumentale* o *concreta* dell'indirizzo politico, che consegue a quella *teleologica*, già esercitata ed esauritasi nelle mani del potere costituente, richiede l'esercizio di competenze atte a orientare l'organizzazione e la predisposizione dei mezzi (personali e finanziari) dell'apparato amministrativo al conseguimento dei fini iscritti nella Costituzione.

⁷ Secondo CHELI (1968, 92), è possibile individuare in ogni ordinamento una funzione "direzionale", che è «essenzialmente funzione di predisposizione dei fini politici fondamentali, d'impulso, di stimolo, di armonizzazione delle diverse competenze statuali in relazione al perseguimento di questi fini».

⁸ Tra le varie ricostruzioni, si possono segnalare CHELI (1961, 75 e ss.); DOGLIANI (1984; 1993, spec. 45-76 e 2001); PREDIERI (1976); MARTINES (1957, 146 e ss. e 1971, 134 e ss.); DEMURO (2015, 223 e ss.); RUGGERI (2017, 490 e ss.); MORRONE (2018, 7-46), che apre il suo contributo invitando la dottrina a «rompere il nesso di derivazione» dell'indirizzo politico dall'attività di governo. Sull'indirizzo politico "finanziario" così come condizionato dai vincoli europei, si vd. RIVOCCHI (2007). Sull'attuazione dell'indirizzo politico tramite gli apparati amministrativi, v. CERRI (1970) e COLAPIETRO (2004, 5 e ss.). Cfr. altresì il recente lavoro di CIOLLI (2018, 119 e ss.). Per la teoria cd. esistenziale si vedano LAVAGNA (1942, 68 e ss.); GUARINO (1951, 932); CUOMO, (1957, 162); PALADIN (1958, 262); FERRARA (1965, 257); AMATO (1969, 529 e ss.). Contiene una densa raccolta di contributi sul tema anche AINIS ET AL. (1998).

3. Indirizzo politico e competenze dell'Unione

Per tentare la sovrapposizione di questo impianto teorico sul terreno eurounitario, dunque, occorre domandarsi dove siano rintracciabili i fini generali dell'Unione europea, corrispondenti al momento teleologico dell'indirizzo politico, e a chi spetti la titolarità del momento strumentale ed attuativo dei suddetti fini⁹. Un'operazione non semplice, visto che si tratta di prendere un teorema valido nel contesto di uno stato nazionale e sovrano per spostarlo all'interno di un ambiente sovranazionale connotato da una limitazione o parziale cessione della sovranità dei singoli Stati¹⁰. Eppure, «sembra innegabile che l'indirizzo politico italiano sia oggi il frutto anche, in misura significativa, dell'azione delle istituzioni europee» (IBRIDO, LUPO, 2018, 32): questa eterointegrazione va, dunque, vagliata alla luce delle premesse teoriche appena esposte.

Per quanto riguarda il primo quesito, può affermarsi con sufficiente certezza che i fini generali dell'Unione Europea siano contenuti nei due trattati (TUE e TFUE) che, sul piano interno del quadro giuridico eurounitario «assolv[ono] ad una funzione di natura costituzionale» (DANIELE, 2018, 166; CGUE, caso *Vand Gend & Loos*, 1963). Il dilemma si sposta al momento successivo, poiché non c'è unanimità di vedute sul fatto che l'attività concreta di “governo”, specificativa ed attuativa dei suddetti fini, sia meccanicamente predeterminata o, al contrario, si distingua per il mantenimento in capo alle istituzioni UE di un certo grado di creatività. Solo in questo secondo caso, infatti, si può parlare di indirizzo politico “europeo”, suscettibile di integrare i singoli indirizzi “nazionali” in un sistema composito.

Per l'orientamento negativo va riportato FERRARA che, chiedendosi se l'indirizzo politico, una volta scoperto, possa essere “un'entità permanente del panorama dei dati del diritto pubblico” (2003), negava la configurabilità di tale istituto a livello europeo (2005), sulla base del fatto che le politiche della Comunità fossero “pietrificate” nel dettame dei Trattati istitutivi e che,

⁹ Dalla teorizzazione di MARTINES (1971) è possibile enucleare una serie di condizioni ulteriori perché si possa parlare di “indirizzo politico”: posto che non è determinante se l'ente titolare dell'indirizzo sia a fini generali o particolari, occorre, invece, che a) agisca all'interno di un ordinamento “giuridico”; b) nell'esercizio di una “azione di governo” che sia c) connotata dall'attributo della “politicalità”. Per questo, ad esempio, secondo l'A. non sarebbe configurabile un indirizzo politico della “comunità internazionale”, il cui equilibrio è determinato da fattori di origine “extragiuridica”.

¹⁰ Tale distinzione, che aprirebbe un denso argomento di discussione, è approfondita dai vari contributi al XXXI Convegno AIC (2017), cui si fa rinvio.

quindi, non lasciassero alcun margine di libertà ai soggetti politici che volessero influenzarne i contenuti. Questa teorizzazione, tuttavia, incontra i suoi limiti in due considerazioni: in primo luogo, bisogna tenere conto del fatto che è stata formulata anteriormente alla riforma del Trattato di Lisbona; in secondo luogo, essa colloca sullo stesso piano le prescrizioni di un trattato, che sono *statiche*, e l'indirizzo politico, che invece è *dinamico*, in quanto espresso dalla «tensione della volontà verso il conseguimento di un fine» (MARTINES, 1971).

L'orientamento positivo, invece, pone l'accento sul carattere aperto delle norme europee attributive delle competenze e sull'intreccio fra norme di diversa natura, cosa che lascerebbe ulteriori margini d'azione alle dinamiche partitiche a livello europeo (GRASSO, 2008) ovvero a quelle delle varie istituzioni eurounitarie (IBRIDO, LUPO, 2018, 30 e ss.)¹¹.

Tenendo conto, poi, delle ulteriori peculiarità nel quadro delle attribuzioni dell'Unione – sia sufficiente il richiamo all'abolizione dell'antica struttura a pilastri e all'applicazione del metodo comunitario ai settori facenti parte del vecchio III pilastro –, la proposta di una ridefinizione dell'indirizzo politico in chiave "integrata" impone di distinguere fra le situazioni in cui le priorità politiche dell'Unione investono una competenza *esclusiva* (art. 2.1 TFUE), *concorrente* (art. 2.2 TFUE) ovvero *di sostegno, coordinamento e completamento - cd. competenze di terzo tipo* (art. 2.5 TFUE).

Nel primo caso, infatti, spetta all'UE l'adozione degli atti legislativi vincolanti, mentre non esiste un eguale potere in capo agli Stati membri, che non possono emanare leggi nazionali sulle materie riservate, nemmeno nel caso in cui l'Unione resti inerte. Questa caratteristica determina una pienezza di facoltà di indirizzo politico in capo all'UE, che si esteriorizza principalmente attraverso i regolamenti. Gli Stati, pertanto, possono esercitare la loro influenza informale contribuendo all'azione del Consiglio (v. *infra*).

Nel caso delle competenze concorrenti, si registra una compresenza del potere di adottare atti legislativi e vincolanti in capo sia all'UE che ai singoli Stati Membri. L'indirizzo politico nazionale, tuttavia, è efficacemente esplicabile soltanto in caso di inazione dell'Unione. Altrimenti, la produzione di atti a livello europeo, che privilegia lo strumento delle direttive, preclude ai singoli Stati di legiferare in maniera indipendente sulla stessa materia ma la-

¹¹ Diversa è la chiave di lettura scelta da PISANESCHI (2015, 5), il quale attribuisce al Presidente della Repubblica la titolarità di un "indirizzo politico europeo". Esso si esprime nel suo essere garante della coesione nazionale *anche* in funzione del rispetto dei principi su cui si basa l'Unione Europea.

scia la possibilità di stabilire le modalità di attuazione dell'atto (forme e mezzi) purché si raggiunga il risultato voluto. Gli Stati possono riacquistare la pienezza delle competenze «nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria» (art. 2.2 TFUE). Di conseguenza, la quota di indirizzo politico è variabile a seconda del grado di intervento in ambito europeo e dei margini di decisione lasciati dalla direttiva.

Per quanto riguarda le competenze del terzo tipo, l'indirizzo politico si può esplicare a livello europeo soltanto nell'ambito di azioni o misure adottate con finalità di “sostegno, coordinamento o completamento” dell'azione degli Stati membri: l'UE non può, dunque, intervenire con atti di tipo legislativo che vadano ad armonizzare i sistemi giuridici dei vari Stati. In particolare, come risulta dall'art. 5.1 TFUE, il Consiglio adotta «gli indirizzi di massima per [le] politiche» di coordinamento in ambito economico e gli «orientamenti» per il coordinamento delle politiche occupazionali (art. 5.2 TFUE). Il tenore letterale del Trattato, del resto, non può mentire: esiste una potestà di indirizzo che, in questo caso, è affidata al Consiglio ma essa, negli specifici settori elencati per queste competenze, non può mai inibire o sostituirsi alle misure adottate dagli Stati membri.

Infine, vanno compiute due ultime notazioni. La prima riguarda il fenomeno in via di fatto della “strisciante” espansione delle competenze dell'Unione, cd. *competence creep*, in assenza di revisione dei Trattati (GARBEN, 2017): questo avviene, spesso problematicamente, per effetto sia della giurisprudenza della Corte di giustizia (si pensi alla teoria dei poteri impliciti) sia della dilatazione dell'agenda della Commissione¹². La seconda riguarda la presenza della clausola di flessibilità ex art. 352.1 TFUE: sebbene essa operi «nel quadro delle politiche definite dai trattati», può permettere nondimeno di estendere il raggio d'azione dell'Unione oltre il suo perimetro. In entrambe le circostanze, dunque, si è in presenza di “valvole” dalle quali, di volta in volta, possono “fuoriuscire” nuovi interventi in settori originariamente non inclusi nelle tassative elencazioni dei Trattati, andando a potenziare il versante “europeo” dell'indirizzo politico.

Come si può vedere, ancorché all'esercizio delle varie competenze prendano parte gli stessi soggetti, diversa è la modalità di formazione del consenso e diversi sono gli effetti che ogni circuito decisionale produce sul contenuto degli atti di indirizzo. Può, dunque, concludersi che l'indirizzo politico di

¹² Basti rammentare le iniziative straordinarie adottate a livello europeo per effetto della pandemia in materia economica o sanitaria, ad esempio la strategia europea sui vaccini contro il coronavirus.

cui all'art. 95 Cost. ha assunto nuove forme rispetto alla tradizionale endiadi che vedeva il Parlamento confrontarsi con il Governo: questo, per rievocare il macrotema accennato in apertura, è un mutamento tacito della Costituzione.

Resta da affrontare, in questa sommaria esposizione, il problema della *titolarietà* di un eventuale indirizzo politico a livello europeo, cui si associa l'esigenza di verificare l'esistenza e il corretto funzionamento del circuito politico sovranazionale. Il problema, infatti, sta nel riscontrare una anche minima fungibilità con i congegni costituzionali interni che legano il legislativo all'esecutivo. Solo in tal caso si potrebbe affermare che l'attività di indirizzo europea si svolga in abbinamento al principio di rappresentatività e sia, pertanto, il prodotto sincero della dialettica fra maggioranza e opposizione.

4. La difficoltosa individuazione della titolarità dell'attività di indirizzo politico in ambito eurolunitario

Se, procedendo con le dovute semplificazioni, si adotta l'accezione più generica di indirizzo politico, identificando in esso «la manifestazione di una volontà armonica e coerente da parte di uno o più soggetti in funzione del conseguimento di un fine politico» (MARTINES, 1971), l'interrogativo posto in apertura va risolto osservando chi potrebbe essere ritenuto incaricato di esprimere una tale volontà.

A livello interno essa fa capo a un'articolazione complessa risultante dal circuito Parlamento-Governo. Tuttavia, la progressiva anticipazione delle scelte al livello europeo dà luogo ad un processo plurifasico di formazione dell'indirizzo politico: smembrato fra molteplici soggetti e centri di imputazione, articolato in numerosi passaggi¹³. Diventa sempre più complicato stabilire se la decisione finale assicuri realmente «la rispondenza dei fini prescelti ai valori espressi nella comunità» (MARTINES, 1971).

In primo luogo, gli esecutivi nazionali che, ad un occhio inesperto, potrebbero apparire esautorati, continuano a detenere un certo grado di partecipazione al processo decisionale europeo¹⁴, variabile a seconda del settore di in-

¹³ Per CARROZZA (2015, 94), si riscontra una vera e propria «impotenza del diritto costituzionale statale» a sopravvivere in questo nuovo contesto politico-istituzionale, non previsto quando la Costituzione fu scritta.

¹⁴ E infatti «dal momento che la sovranità odierna è fatta soprattutto di relazionalità tra livelli di governo, gli esecutivi tendono a monopolizzare questa relazionalità perché funzionalmente sono molto più adatti dei parlamenti o dei consigli». Così, CARROZZA (2015, 91).

tervento e della procedura. Sia sufficiente il richiamo al ruolo del COREPER e ai vari formati dei *Working Groups* all'interno del Consiglio, nonché alle competenze del COPS in materia di PESC/PSDC, settori ancora sostanzialmente intergovernativi. A controbilanciare questa constatazione, sta la circostanza di segno opposto che anche «politiche apparentemente rimaste [...] nella sfera nazionale [...] risentono delle opzioni di fondo maturate in ambito di Unione europea» (IBRIDO, LUPO, 32). Questo sistema di reciproche «contaminazioni» non può che fortificare l'idea di un indirizzo politico integrato.

In secondo luogo, va tenuta in debito conto l'anomalia «tutta eurounitaria» della parcellizzazione della funzione esecutiva fra le varie istituzioni, cosa che in qualche modo interferisce sulla trasparenza della quota di indirizzo politico sulla quale il Governo nazionale deve incidere¹⁵.

Da un lato, l'art. 15 TUE attribuisce al Consiglio europeo il compito di indicare le «*general political directions and priorities*» dell'Unione¹⁶, concentrando su tale organo il potere di impulso politico rispetto a tutte le decisioni europee. Certamente, il Consiglio europeo è un organo *sui generis*: sorto in via di prassi, poi istituzionalizzato e, da ultimo, rafforzatosi, esso lavora attraverso il *modus operandi* intergovernativo¹⁷. Questo comporta un rilevante spazio di manovra degli esecutivi nazionali: nella *consensus democracy* ciascun Capo di Stato o di Governo persegue gli interessi del proprio Paese purché a ciò gli altri Stati non si oppongano¹⁸. Potrebbe, dunque, ipotizzarsi che l'espressione dell'indirizzo politico sia spostata (ma solo in parte) all'interno di tale consenso: l'incapacità di cogliere quest'opportunità sarebbe piuttosto da attribuire ad esecutivi nazionali miopi, che siedono passivamente ai tavoli decisionali facendosi imporre gli orientamenti di schieramenti contrapposti¹⁹.

¹⁵ Questa «commistione di ruoli» che caratterizza il quadro istituzionale europeo fa sì che si possa riscontrare anche «un'attività *lato sensu* direttiva» anche in capo ai giudici (RUGGERI, 2017, 499). Secondo CIANCIO (2018, 330), la mancanza di un indirizzo politico «strutturato» ovvero «di programma» a livello europeo ha ripercussioni anche sul fronte della «carezza di *accountability*».

¹⁶ Su cui, soprattutto, LUPO (2018, 44).

¹⁷ Si pensi, ad esempio, alle vicende che hanno condotto all'istituzione del cd. *Recovery Fund*, il fondo di aiuti economici straordinari per fronteggiare la pandemia da Coronavirus: proposto da Francia e Germania, negoziato con estenuanti trattative in Consiglio europeo, l'accordo finale si è basato sul progetto della Commissione, ulteriormente modificato.

¹⁸ Cfr. IBRIDO, LUPO (2018, 43).

¹⁹ Secondo CUNIBERTI (2015, 63), i condizionamenti derivanti dalla necessità di adeguarsi ai vincoli derivanti dall'Unione Europea comportano la rottura del legame di continuità fra programma elettorale e azione di governo. L'unico vero atto di indirizzo non legislativo che

Dall'altro lato, non si dimentichi che la Commissione «promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine» (art. 17.1 TUE): questa norma sembra racchiudere la dicotomia che sta alla base dell'indirizzo politico. Ci sono i fini generalissimi, custoditi dai Trattati, e ci sono le iniziative derivate, promananti dall'organo strutturato come il propulsore dell'indirizzo politico. Oltre alla già menzionata prerogativa dell'*agenda setting*, la Commissione si vede attribuite dallo stesso articolo «funzioni di coordinamento, di esecuzione, di gestione» secondo le condizioni prestabilite dai Trattati. Non ci sono dubbi, dunque, che, pur nella contitolarità dell'attività di indirizzo, la Commissione rivesta un ruolo di primo piano.

Infine, va menzionata la parziale sovrapposizione di ruoli fra il Presidente del Consiglio europeo e il Presidente del Consiglio dell'UE, carica che spetta allo Stato che esercita la presidenza semestrale di turno. Entrambe le figure portano avanti un proprio indirizzo politico, che si incrocia e tende all'armonizzazione ma che non si esclude possa entrare in contraddizione. La presidenza semestrale, infatti, prepara un proprio elenco di priorità²⁰, che vanno a far parte del programma del cd. trio, il gruppo di tre Stati Membri che si alternano alla presidenza per una durata di diciotto mesi.

5. L'indirizzo partitico europeo

L'integrazione dell'indirizzo politico nazionale con quello espresso a livello europeo deve tener conto altresì del Parlamento europeo, che grazie ai poteri in materia di bilancio, è riuscito nel corso degli anni a guadagnare un peso maggiore nella determinazione delle scelte e delle priorità dell'Unione. L'emersione del Parlamento, per effetto dell'estensione della procedura di codecisione, della revisione della comitologia e, come si vedrà, dei cambiamenti nella procedura di elezione della Commissione, esige che in un discorso sull'indirizzo politico si dia conto anche della fase pregiudiziale di esso, cioè l'indirizzo "partitico".

Non si pensi solo al problema della valorizzazione del Parlamento euro-

residua nelle mani del Governo, per l'A., è il Documento di Economia e di Finanza (anche quello soggetto a vincoli esterni), altrimenti l'indirizzo si esprime attraverso atti legislativi di iniziativa governativa.

²⁰ Al momento in cui si scrive, le priorità della presidenza portoghese sono racchiuse in un documento disponibile in: <http://2021portugal.eu>.

peo, sulla scorta del momento elettorale che coinvolge tutti i cittadini degli Stati Membri, chiamati alle urne per l'elezione diretta degli europarlamentari. Il vero punto cruciale è analizzare se i fini politici dell'Unione europea, così come enucleati dai Trattati, siano effettivamente tradotti in puntuali istanze politiche da soggetti a ciò preposti. In altre parole, occorre verificare se i partiti politici europei rivestano un ruolo paragonabile a quello degli omologhi nazionali, ponendosi come mediatori fra Governo e Parlamento nel circuito dialettico instaurato dalle elezioni, creando così «un flusso continuo di sollecitazioni» (MARTINES, 1971).

La tematica è potenzialmente molto vasta ma in questa sede si possono solo aprire alcune piste di ricerca che, per la loro complessità, dovrebbero essere oggetto di approfondimenti ulteriori. In linea di principio, i partiti politici europei, come da trattato, devono contribuire a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione (art. 10.4 TUE). Il problema, tuttavia, è valutare se le elezioni europee possano essere un sincero presupposto per l'identificazione dello schieramento politico al quale spetterà fattivamente di assumere la direzione politica. Quella contrapposizione fra maggioranza e opposizione che si riscontra negli stati nazionali e che ci aspetterebbe di vedere anche nell'Unione Europea, quando la si critica per la mancanza di democrazia, è un fattore da tenere in considerazione.

Ebbene, la mancanza di un sistema partitico europeo strutturato ha inciso sul tentativo di rendere sempre più stringente il legame fra l'elezione del Parlamento europeo e la composizione politica della Commissione. L'affermarsi di una forma di governo parlamentare, o "quasi parlamentare" (MANZELLA, 2014), assieme alla formazione in via convenzionale del meccanismo dello *Spitzenkandidat*, mutuato dal sistema tedesco (LUPO, 2018, 48 e 2020, 27; CIANCIO, 2018, 337 e ss.; ALLEGRI, 2019, 27) «è stato praticamente vanificato dal ruolo dominante che il Consiglio europeo ha acquisito a causa delle ricadute della crisi finanziaria globale» (PINELLI, 2020, 3).

A conferma di ciò, uno studio (BRAUN, SCHWARZBÖZL, 2019), basato sull'uso di Facebook a fini comunicativi durante la campagna elettorale del 2014, proverebbe che il tentativo di nominare gli *Spitzenkandidaten* sarebbe risultato fallimentare *ab origine* in considerazione del fatto che i partiti nazionali, in assenza di incentivi, non avrebbero promosso a sufficienza i loro candidati di testa a livello europeo. La stessa copertura mediatica dello *Spitzenkandidat process* si è dimezzata fra una tornata elettorale e l'altra, segnando il declino della rilevanza del tema (FOTOPOULOS, MORGANTI, 2021).

Inoltre, le elezioni europee del 2019 avrebbero decretato la fine prematura della convenzione (LUPO, 2020, 3 e ss.). La vicenda è, anzi, un'emblematica testimonianza del ruolo etereo che sembrano ancora rivestire gli europartiti visto che la designazione di Jean Claude Juncker si deve in maggior parte all'accordo intervenuto in sede di Consiglio europeo e quella di Ursula Von del Leyen è avvenuta sconfessando proprio il meccanismo delle candidature sostenute al momento del voto dai partiti europei. È lecito, quindi, dubitare, come fa GRASSO nella voce enciclopedica sui partiti europei (2008), che questi conducano effettivamente una "lotta per il potere", come accade a livello nazionale.

Concludendo queste brevi riflessioni, certamente l'indirizzo politico di cui all'art. 95 Cost. ha assunto nuove forme rispetto alla tradizionale endiadi che vedeva un confronto tra Parlamento e Governo. Il peso che deriva dagli influssi europei è variabile ma non trascurabile: da qui la necessità di avviare ulteriori riflessioni su questo tema, comprese le ripercussioni che esso potrebbe avere sulla cittadinanza europea.

6. Conclusione: se l'indirizzo politico integrato possa accompagnarsi a una *koiné* costituzionale europea

Gli Stati Membri, nel redigere il Trattato sull'Unione Europea, hanno espresso una volontà comune intesa a superare l'ambito esclusivamente economico dell'esperienza comunitaria, andando a prospettare il nucleo di una comunità politica basata su una *koiné* costituzionale europea. Un tratto evidente di questa ambizione alla politicità è ravvisabile nella previsione di un indirizzo politico, come enucleato dai vari articoli sopra citati. Esso, dunque, si estrinseca in un coerente fascio di attribuzioni: il potere di indicare le priorità generali dell'Unione, nell'ambito delle sue competenze; il potere di specificare i fini più generici declamati dai trattati; il potere di fissare l'agenda ed assegnare, quindi, una dimensione temporale all'insieme di obiettivi; il potere, infine, di attribuire le risorse necessarie al conseguimento degli obiettivi e di approvare le politiche di bilancio. Tutto questo complesso di attribuzioni, come si è visto, è variamente distribuito fra i soggetti dell'articolata architettura europea, laddove a livello nazionale esso è normalmente ripartito all'interno del circuito legislativo-esecutivo.

Questa apparente "dispersione", però, non necessariamente deve essere letta in maniera negativa. Basti ricordare le tesi che leggono il rapporto fra gli ordinamenti degli Stati Membri e quello dell'Unione europea come un si-

stema “composito” (BESSELINK, 2007), convalidando l’idea di un indirizzo politico “integrato”. Solo pensando a un fascio di reciproche interazioni e “contaminazioni” è possibile identificare una linea comune di progressione, che influenzi in maniera parallela ciascun Paese appartenente all’Unione, dando luogo a un’identità condivisa (BARTOLE, 2020, 9 e ss.). Non tenere conto di queste “interazioni” e “integrazioni” causerebbe, al contrario, la perdita di dati fondamentali.

L’esistenza di un patrimonio comune di valori e tradizioni costituzionali deve, quindi, convivere con l’attuazione di un indirizzo politico che, assecondando le priorità a livello europeo, avvenga in una maniera tale da non ledere le identità “nazionali”. In questo gioco reciproco, gli equilibri e i contrappesi sono sottili e non di rado si è riscontrata la rivendicazione da parte di alcuni Stati di poter “mantenere” la propria “identità” anche qualora questa si scontri con le visioni condivise su cui si fonda l’Unione. Parlare di indirizzo politico “integrato”, invece, consente di esaltare l’idea della condivisione delle scelte, della programmazione armonica e armonizzata delle iniziative. Si scongiura, così, quell’utilizzo strumentale della specificità nazionale, compiuto sovente da Paesi come l’Ungheria o la Polonia²¹, e volto a introdurre elementi di differenziazione fra ordinamenti che rischiano di destabilizzare quella che è stata correttamente definita l’«omogeneità costituzionale europea» (ATRIPALDI ET AL., 2003; CAPONI ET AL., 2014). In altre parole, solo tenendo conto della particolare valenza politica della nozione di indirizzo “integrato”, se ne può cogliere l’utilità in ambito giuridico: essa permette, infatti, di identificare e valorizzare quel momento di determinazione e di scelta che incide sulla forma di governo europea e rappresenta un primo tangibile invero di democrazia.

²¹ A tal fine, MANZELLA, 2019, 205 e ss., illustra bene alcuni elementi nuovi che stanno dando luogo ad un inedito «protagonismo parlamentare», come ad esempio la capacità del Parlamento di difendere lo stato di diritto e la dimensione di valori che ruota attorno all’art. 2 TUE, attivandosi quasi fosse «una sorta di giudice politico *a quo*: capace di sollevare di fronte alla Corte questioni di costituzionalità generale»; o ancora il cd. processo degli Sherpa, che ha permesso ad alcuni delegati parlamentari di compiere rilevanti negoziazioni, quali quelle per il MES; oppure, per fare un terzo esempio, la rilevanza politica del discorso di apertura del Presidente del Parlamento Europeo alle riunioni del Consiglio europeo.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. (2017). *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*. XXXI Convegno AIC - 2016, Trento. In *Rivista del Gruppo Di Pisa*, 3.
- AINIS, M.; RUGGERI, A.; SILVESTRI, G.; VENTURA, L. (a cura di). (1998). *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*. Giuffrè, Milano.
- ALLEGRI, M.R. (2019). *Ancora sui partiti politici europei: cosa c'è di nuovo in vista delle elezioni europee 2019*. In *Federalismi.it*, 9.
- AMATO, G. (1969). *L'indirizzo degli enti di gestione*. In *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*.
- ATRIPALDI, V.; MICCÙ, R. (a cura di) (2003). *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea: dopo il «caso Austria» e la Carta dei diritti fondamentali*. CEDAM, Padova.
- BARILE, P. (1958). *I poteri del Presidente della Repubblica*. In *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2.
- BARTOLE, S. (2019). *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*. In *Rivista AIC*, 1.
- BARTOLE, S. (2020). *Identità e trasformazioni costituzionali*. In *Diritto Costituzionale*, 1/2020.
- BESSELINK, L.F.M. (2007). *A Composite European Constitution*. Europa Law Publishing, Groningen.
- BRAUN, D.; SCHWARZBÖZL, T. (2019). *Put in the spotlight or largely ignored? Emphasis on the Spitzenkandidaten by political parties in their online campaigns for European elections*. In *Journal of European Public Policy*, 3.
- CARDUCCI, M. (1999). *La revisione costituzionale parziale come "modificazione tacita" della Costituzione. Profili comparativi*. In E. Rozo Acuña (a cura di), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato, Atti del convegno internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino 23-24 aprile 1997*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- CAPONI, G.; CAPUOZZO, V.; DEL VECCHIO, I.; SIMONETTI, A. (2014). *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*. In *Federalismi.it*, 24.
- CARROZZA, P. (2015). *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*. In G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*. Editoriale Scientifica, Napoli.
- CERRI, A. (1970). *Imparzialità ed indirizzo politico nella Pubblica Amministrazione*. CEDAM, Padova.
- CHELI, E. (1968). *Atto politico e funzione di indirizzo politico*. Giuffrè, Milano.
- CIANCIO, A. (2018). *Alla ricerca della forma di governo dell'Unione Europea: lo snodo dei partiti politici europei*. In R. Ibrido; N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione Europea e Stati Membri*. Il Mulino, Bologna.

- CIOLLI, I. (2018). *La questione del vertice di Palazzo Chigi: Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*. Jovene, Napoli.
- CITINO, Y.M. (2016). *Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*. In *Nomos*, 2.
- COLAPIETRO, C. (2004). *Governo e amministrazione: la dirigenza pubblica tra imparzialità e indirizzo politico*. Giappichelli, Torino.
- CRISAFULLI, V. (1939). *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*. In *Studi urbinatei*, 1-4.
- CUNIBERTI, M. (2015). *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*. In G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*. Editoriale Scientifica, Napoli.
- CUOMO, G. (1957). *Unità ed omogeneità nel Governo parlamentare*. Jovene, Napoli.
- DEMURO, G. (2015). *L'indirizzo politico e il principio d'identità della politica*. In M. Dogliani et al., *La ricerca dell'ordine perduto: scritti scelti*. Il Mulino, Bologna.
- DOGLIANI, M. (1984). *Indirizzo politico: riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*. Athena, Torino.
- DOGLIANI, M. (1993). *Indirizzo politico*. UTET, Torino.
- DOGLIANI, M. (2001). *Costituzione materiale e indirizzo politico*. Giuffrè, Milano.
- DONATI, D. (1938). *Divisione e coordinamento dei poteri nello Stato fascista*. In *Archivio di diritto pubblico*.
- FERRARA, G. (1965). *Il presidente di assemblea*. Giuffrè, Milano.
- FERRARA, G. (1968). *Regolamenti parlamentari e indirizzo politico*. In Aa. Vv., *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauero nel quarantesimo anno dell'insegnamento*. Giuffrè, Milano.
- FERRARA, G. (2003). *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*. In Aa.Vv., *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana*. Atti del Convegno AIC, Padova, 19-20-21 giugno. Disponibile online su: https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/20030619_padova/ferrara.html
- FERRARA, G. (2005). *Commissione europea e indirizzo politico*. In *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005.
- FOTOPOULOS, S.; MORGANTI, L. (2021). *Does personalisation further Europeanise national public spheres? The Spitzenkandidat process in the 2014 and 2019 European parliamentary elections*. In *European Politics and Society*.
- GARBEN, S. (2019). *Competence Creep Revisited*. In *Journal of Common Market Studies*, 57.
- GRASSO, G. (2008). *Partiti politici europei*. In *Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Agg.to.*, III. UTET, Milano-Torino.
- GRASSO, G. (2019). *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*. In *Rivista del Gruppo Di Pisa*, 2.

- GUARINO, G. (1951). *Il presidente della repubblica italiana*. In *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*.
- IADICICCO, M.P. (2018). *Settant'anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*. In *Rivista del Gruppo Di Pisa*.
- IBRIDO, R.; LUPO, N. (2018), «Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione Europea. In *Iid.* (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione Europea e Stati Membri*. Il Mulino, Bologna.
- LAVAGNA, C. (1942). *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra capo del Governo e ministri*. Edizioni universitarie, Roma.
- LESSONA, C. (1934). *La potestà di governo nello stato fascista*. In *Rivista di Diritto Pubblico*.
- LUPO, N. (2018). *La forma di governo italiana nella forma di governo dell'Unione Europea*. In *Il Politico*, 2-3.
- LUPO, N. (2020), *La forma di governo dell'Unione dopo le elezioni europee del maggio 2019*. In *Aa. Vv., Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. VI. Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale*. In *Consulta Online*.
- MANZELLA, A. (2014). *Verso un governo parlamentare euro-nazionale?*. In A. Manzella; N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*. Giappichelli, Torino.
- MANZELLA, A. (2019). *Parlamento europeo: un nuovo inizio?* In *Annali AISDUE*.
- MARTINES, T. (1957) *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*. Giuffrè, Milano.
- MARTINES, T. (1971). *Indirizzo politico*. In *Enc. dir.*, XXI. Giuffrè, Milano.
- MORRONE, A. (2018). *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*. In *Quaderni Costituzionali.*, 1.
- MORTATI, C. (2000). *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*. (Rist., 1931) Giuffrè, Milano.
- MORTATI, C. (1940). *La Costituzione in senso materiale*. Giuffrè, Milano.
- MORTATI, C. (1942). *Sulla partecipazione del Gran Consiglio alla determinazione dell'indirizzo politico*. Soc. Tip. Modenese, Modena.
- MORTATI, C. (2000). *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*. (Rist. inalt. con pref. di E. Cheli, già pubbl. nel 1931). Giuffrè, Milano.
- PALADIN, L. (1958). *La potestà legislativa regionale*. CEDAM, Padova.
- PANUNZIO, S. (1927). *Il sentimento dello Stato*. Libreria del Littorio, Roma.
- PANUNZIO, S. (1932). *Leggi costituzionali del regime*. Roma.
- PANUNZIO, S. (1939). *Teoria generale dello Stato fascista*, II ed. CEDAM, Padova.
- PIERANDREI, F. (1965). *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione* (Già in *Foro padano*, 1951, IV). In *Scritti di diritto costituzionale*, I. Giappichelli, Torino.

- PINELLI, C. (2020). *Input legitimacy e output legitimacy dell'Unione Europea: a che punto siamo?* In Aa. Vv., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. VI. Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale*. In *Consulta Online*.
- PISANESCHI, A. (2015). *Il Presidente Mattarella garante del nuovo assetto costituzionale e la "funzione di indirizzo politico europeo"*. In *Federalismi.it*, 3.
- PREDIERI, A. (1976). *Mediazione e indirizzo politico nel parlamento italiano*. Il Mulino, Bologna.
- RIVOSACCHI, G. (2007). *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*. CEDAM, Padova.
- RUGGERI, A. (2017). *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*. In *Consulta online*, 3.
- RUGGERI, A. (2018). *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*. In *Rivista del Gruppo Di Pisa*, 2.
- SCHMITT, C. (1988). *Il custode della Costituzione (Der Hüter der Verfassung, 1931)*. Giuffrè, Milano.
- SICLARI, M. (a cura di) (2008). *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*. Aracne, Roma.
- TOSI, S. (1959). *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*. Giuffrè, Milano.
- TRIPODINA, C. (2018). *L'«indirizzo politico» nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*. In *Rivista AIC*, 1.

LE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA
E IL RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI.
OSSERVAZIONI A PARTIRE DAI CASI DI ITALIA E SPAGNA

CECILIA SICCARDI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La lunga strada verso l'istituzione di un sistema comune di gestione delle frontiere europee. – 2.1. Il sistema di gestione delle frontiere esterne: tra controllo integrato e riserva di sovranità statale. – 3. Le frontiere esterne e il rispetto dei valori su cui si fonda l'UE. – 4. Le fonti delle frontiere esterne: dalla crisi migratoria all'emergenza sanitaria. – 5. I respingimenti in mare verso la Libia e le *devoluciones en caliente* verso il Marocco nella giurisprudenza della Corte Edu. – 6. Riflessioni conclusive: il Patto europeo sulla migrazione 2020 e prospettive future.

1. Premessa

Questo contributo mira ad analizzare il sistema comune di gestione delle frontiere esterne dell'UE cercando di comprendere se esso abbia raggiunto il proprio scopo di creare uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali” (art. 67 TFUE). Le ragioni che hanno indotto ad affrontare questo tema nell'ambito dell'Atelier n. 1 del Seminario Italo-Spagnolo 2020 intitolato “Europa società aperta” sono prevalentemente due.

In primo luogo, si ritiene che la politica europea di gestione delle frontiere abbia un impatto significativo sui due paesi “protagonisti” del Seminario, Italia e Spagna, quali Stati membri situati sulla frontiera esterna dell'UE e pertanto costantemente impegnati nella gestione dei flussi di migranti provenienti dal Nord Africa. Si tenga conto che i flussi migratori in arrivo ai confini italiani e spagnoli non si sono arrestati nemmeno durante la pandemia. L'emergenza sanitaria ha accresciuto le difficoltà in molti paesi di provenienza e partenza dei migranti: da gennaio a settembre 2020 sono sbarcati in Italia circa novemila migranti provenienti dalla Libia e altri novemila provenienti dalla Tunisia¹. Numeri ancora più impressionanti si riscontrano alle

¹ Dati riportati dalla Ministra dell'Interno nel corso dell'audizione del 24 settembre 2020 davanti al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen. Gli arrivi nel 2020 contano complessivamente 34.000 persone, contro gli 11.471 del 2019 cfr. Cruscotto statistico del Ministero dell'Interno https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-02/cruscotto_giornaliero_09-02-2021.pdf.

frontiere spagnole. L'intensificarsi dei controlli, dovuti all'emergenza sanitaria, sulle rotte più battute, ha indotto i migranti ad imbarcarsi verso le Canarie che hanno visto nel 2020 l'arrivo di ventimila persone, dati sette volte più alti di quelli registrati nel 2019².

In secondo luogo questo *paper* muove dall'idea che il sistema di gestione delle frontiere possa rappresentare un elemento chiave del processo di integrazione europea e nel cammino verso la costruzione di quell'"Europa: società aperta", tema sul quale si è stati chiamati a riflettere durante il Seminario. Da quest'ultimo punto di vista, si deve considerare che tramite la costruzione di un sistema di gestione europeo comune delle frontiere, gli Stati hanno ceduto all'Unione una competenza, quella del controllo dei confini, che tradizionalmente spetta all'esclusiva sovranità statale. Questa cessione di competenza in un ambito così storicamente legato all'esclusivo potere statale è stato il primo passo necessario alla creazione di uno spazio comune di libera circolazione fondato sui medesimi valori, oggi elencati all'art. 2 TUE.

In altri termini, la creazione di una frontiera unica europea, l'istituzione di un sistema di gestione dei confini fondato sul principio di solidarietà e l'abolizione dei controlli alle frontiere interne dovrebbe consentire non solo di creare un unico spazio "fisico" di circolazione di persone e capitali, ma anche uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali" (art. 67 TFUE)³. Oggi è davvero così? È possibile affermare che il sistema di gestione delle frontiere europeo rappresenti il volano della creazione di uno spazio unico caratterizzato dal rispetto dei diritti umani (art. 2 TUE; art. 67 TFUE)?

Al fine di rispondere a tali quesiti è necessario dapprima ripercorrere l'evoluzione normativa che ha portato alla costruzione del sistema comune di gestione dei confini (*infra* par. § 2), giungendo ad analizzare le norme attualmente previste dai Trattati dell'Unione europea (*infra* § par. 2.1.) con specifico riferimento alle frontiere esterne. In un secondo momento, si intende porre l'attenzione su alcune prassi intraprese alle frontiere esterne italiane e spagnole – come l'introduzione di specifiche misure di controllo mediante atti amministrativi (*infra* par. § 4) e i respingimenti immediati/*devoluciones en caliente* (*infra* par. § 4.2) – che si ritengono emblematiche

² Si vedano i dati pubblicati dall'Organizzazione Internazionale per le migrazioni <https://www.iom.int/news/2020-death-toll-west-africa-sea-route-tops-500-amid-uptick-departures>

³ Vi è chi si riferisce all'Europa come ad una "comunità di diritti fondamentali" (2001) VON BOGDANDY, 2001.

per valutare l'impatto delle politiche di gestione delle frontiere sulla garanzia dello Stato di diritto e sulla tutela dei fondamentali, quali valori fondanti dell'UE (art. 2 TUE; art 67 TFUE).

2. La lunga strada verso l'istituzione di un sistema comune di gestione delle frontiere europee

L'evoluzione delle politiche europee in materia di controllo dei confini è andata di pari passo al processo di integrazione europea, essendo caratterizzata dalla progressiva cessione di competenze in materia all'Unione⁴.

Nel Trattato di Roma del 1957 la parola "frontiera" veniva richiamata solo una volta allo scopo di porre limiti alle tasse e ai canoni al passaggio dei vettori delle frontiere (cfr. art. 31 Trattato CEE). I primi anni del processo di integrazione europea sono stati caratterizzati prevalentemente dagli sforzi compiuti per la creazione del mercato unico e da una lenta attenuazione dei controlli alle frontiere in una logica di "integrazione negativa"⁵, fondata sull'abolizione degli ostacoli diretti e indiretti agli scambi commerciali.

Per vedere i primi passi verso la creazione di uno spazio europeo di circolazione delle persone, invece, si dovette aspettare il 1985 quando, come è noto, sono stati sottoscritti gli accordi di Schengen che, pur rimanendo al di fuori del sistema giuridico dei Trattati, hanno comportato l'abolizione graduale dei controlli sulle persone ai confini tra gli Stati membri. Come noto, tale sistema fu implementato solo qualche anno più tardi dalla Convenzione di Schengen del 1990 che, definendo condizioni e garanzie inerenti all'istituzione di uno spazio di libera circolazione, andò a formare, insieme ai predetti accordi, il c.d. *acquis* Schengen⁶. Al fine di creare uno spazio di libera circolazione, la Convenzione di Schengen stabiliva che l'abolizione dei controlli ai confini tra Stati membri dovesse essere necessariamente accompagnata dal rafforzamento delle frontiere esterne. Schengen, inizialmente, non aveva dato vita ad una frontiera esterna unica, ma rimetteva alla responsabilità dei singoli Stati, posti alle estremità del territorio europeo, di presidiare

⁴ Sull'evoluzione della normativa europea in materia di controllo delle frontiere si vedano BLUMANN, 2013; TONOLETTI, 2017; SAVINO, 2016.

⁵ Espressione ripresa da TESAURO, 2012.

⁶ I primi firmatari dell'accordo di *Schengen* furono Belgio, Francia, Germania. Hanno in seguito aderito anche Italia (1990), Spagna e Portogallo (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Danimarca, Finlandia e Svezia (1996).

adeguatamente le proprie frontiere esterne⁷, non solo a tutela della propria sicurezza ma anche di quella degli altri Stati partecipanti. Solo in questo modo la circolazione all'interno del territorio dell'Unione sarebbe stata effettivamente libera e sicura.

Qualche anno dopo, nel 1992, si giungeva all'approvazione del Trattato di Maastricht che, pur non incidendo in alcun modo sull'*acquis* Schengen che continuava a rimanere al di fuori del sistema della Comunità, introduceva delle novità importanti. La stessa riconfigurazione della "Comunità" quale "Comunità europea", e non più quale mera "Comunità economica", nonché l'istituzione della cittadinanza europea⁸ ponevano le basi non solo per la creazione di un territorio unico, non più ancorato ai confini degli Stati ma anche di un'Europa unita, fondata su valori comuni. Tale obiettivo veniva esplicitato nello stesso Trattato che imponeva all'Unione di "promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e sostenibile, segnatamente mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne" (Articolo b). Tuttavia, il controllo delle frontiere esterne, essendo disciplinato dal terzo pilastro "cooperazione tra gli Stati membri nei settori di giustizia e degli affari interni" (Titolo VI), non era oggetto di politica comune, ma era rimesso alla competenza degli Stati⁹ e alla loro cooperazione.

La svolta si ebbe a partire dal Trattato di Amsterdam che interveniva sulla materia del controllo delle frontiere e dell'immigrazione su due diversi fronti. Da un lato, esso sanciva, mediante un procedimento di cooperazione rafforzata, l'ingresso dell'*acquis* Schengen nel sistema dei Trattati. D'altro lato, la materia relativa al controllo delle frontiere e dell'immigrazione veniva "comunitarizzata" nel titolo IV del Trattato stesso "Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione"¹⁰.

Grazie al Trattato di Amsterdam veniva effettuato un passo fondamentale nel processo di integrazione europea, riconoscendo uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia in cui fosse assicurata la libera circolazione delle persone (art. 61 TCE) delimitato, per la prima volta, da una frontiera esterna comune agli Stati membri¹¹.

⁷ Sull'evoluzione dei confini nel sistema *Schengen* ZAIOTTI, 2011.

⁸ Sul legame tra libera circolazione delle persone e cittadinanza si vedano NASCIBENE; ROSSI DAL POZZO, 2012.

⁹ TREVISANUT, 2012.

¹⁰ TIZZANO, 1997.

¹¹ TONOLETTI, 2017; NASCIBENE; ZANGHI, 2009.

2.1. Il sistema di gestione delle frontiere esterne: tra controllo integrato e riserva di sovranità statale

Un ulteriore passo avanti nell'evoluzione del sistema di gestione delle frontiere è rappresentato dalle novità introdotte dal Trattato di Lisbona¹².

La maggior attenzione comune verso il tema della gestione delle frontiere emerge già dalla nuova rubrica del Capo II del Titolo V, che per la prima volta ne fa esplicita menzione "Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione".

Rispetto al Trattato di Amsterdam, il Trattato di Lisbona ha il merito di introdurre un approccio maggiormente condiviso tra gli Stati membri in relazione al controllo delle frontiere esterne, sancendo per la prima volta che la realizzazione dello spazio di libertà sicurezza e giustizia debba avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e del principio di solidarietà fra Stati (art. 67 e art. 80 TFUE)¹³. Con specifico riguardo alle frontiere esterne, lo stesso Trattato specifica che l'UE sviluppa una politica volta "a instaurare progressivamente sistema integrato di gestione delle frontiere esterne" (art. 77 lett. c) TFUE), intendendosi per "integrato", un sistema di gestione comune e condiviso fra gli Stati membri. L'istituzione di tale sistema rientra, come le altre politiche di cui al Titolo V del Trattato "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", tra le competenze concorrenti dell'Unione (art. 2 par. 2 e art. 4 TFUE)¹⁴.

Proprio nell'esercizio di tale competenza, l'UE ha adottato una serie di importanti provvedimenti volti alla creazione di un sistema integrato di ge-

¹² D'AMICO; BILANCIA, 2009.

¹³ L'art 67 TFUE impone all'UE di sviluppare "una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi". Ancora, l'art. 80 TFUE chiarisce ulteriormente che "le politiche di controllo delle frontiere e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario". Sul principio di solidarietà in materia di immigrazione, asilo e controllo delle frontiere cfr. CORSI, 2020; FAVILLI, 2015.

¹⁴ Cfr. NEFRAMI, 2011. Negli ambiti di competenza concorrente gli Stati membri conservano il proprio potere normativo, che può essere esercitato nel caso in cui l'Unione non intervenga o nel caso in cui le norme europee lascino un margine di intervento discrezionale agli Stati membri. Quest'ultima ipotesi è quella maggiormente percorsa nella materia di controllo delle frontiere, che rappresenta prevalentemente una competenza c.d. "di armonizzazione", nell'esercizio della quale le istituzioni europee adottano regole e standard comuni minimi che gli Stati membri hanno l'obbligo di recepire..

stione delle frontiere esterne¹⁵, mediante l'istituzione di: un sistema comune di sorveglianza e scambio di informazioni fra Stati in relazione agli attraversamenti della frontiera esterna (sistemi EUROSUR)¹⁶; un fondo, denominato Fondo di Sicurezza interna, che ha lo scopo di "compensare" gli sforzi cui sono sottoposti gli Stati posti sulla frontiera esterna¹⁷; dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) che coopera con gli Stati membri nella sorveglianza delle frontiere esterne, rafforzata nel 2020 mediante l'impiego di un corpo permanente di diecimila guardie di frontiera¹⁸. Le misure poste in essere dall'UE per rendere effettivo il controllo integrato delle frontiere esterne sono ad ampio raggio, interessando tutte le attività proprie dei controlli ai confini.

Tuttavia, è opportuno notare come l'imponente impianto normativo appena descritto volto ad istituire un sistema di controllo integrato delle frontiere esterne, non pregiudica la responsabilità esclusiva statale nel mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna. Infatti, l'art. 72 TFUE ribadisce il limite, già insito nel Trattato di Amsterdam, alla competenza UE nella gestione delle frontiere, specificando che "il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna". Come osservato anche in dottrina¹⁹, tale clausola di riserva di competenza statale può rappresentare il grimaldello per rendere vani gli sforzi europei nella gestione delle frontiere in una logica di solidarietà fra Stati membri. Infatti, in una materia come quella del controllo delle frontiere e dell'immigrazione è molto facile che gli Stati possano appellarsi alla necessità del mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna, agendo per interessi propri o al di fuori delle regole europee comuni²⁰.

¹⁵ La gestione delle frontiere è anzitutto regolata dal Codice delle frontiere Schengen Regolamento (UE) n. 2016/399, il quale prevede un regime speciale per le *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla (art. 46).

¹⁶ Regolamento (UE) n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur).

¹⁷ Regolamento (UE) n. 515/2014 che istituisce, nell'ambito del Fondo sicurezza interna, lo strumento di sostegno finanziario per le frontiere esterne e la politica dei visti. Per il periodo finanziario 2014 - 2020, è stato istituito tale meccanismo di ripartizione degli oneri che prevede un totale pari a 3,8 miliardi di euro per un periodo di sette anni.

¹⁸ Regolamento (UE) 2016/1624 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea poi modificato dal Regolamento (UE) 2019/1896.

¹⁹ TONOLETTI, 2017.

²⁰ Ciò si è verificato, ad esempio, durante la c.d. crisi migratoria del 2015 quando di fronte all'incapacità degli Stati situati sulla frontiera esterna, come Italia e Grecia, di far fronte agli

Ne discende un sistema talvolta debole e contraddittorio alla perenne ricerca dell'equilibrio tra introduzione di misure di controllo condiviso e rispetto della sovranità statale²¹; un sistema che non è sempre in grado di superare i particolarismi statali, anche a fronte della chiara affermazione del principio di solidarietà in materia di controllo delle frontiere esterne. A questo punto è necessario comprendere se la fragilità del sistema di gestione delle frontiere esterne europee possa influire sullo scopo prefissato dai Trattati, quello di creare uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali", osservando alcune prassi invalse alle frontiere italiane e spagnole.

3. Le frontiere esterne e il rispetto dei valori su cui si fonda l'UE

Le frontiere esterne italiane e spagnole sono divenute scenario, nel corso degli anni, di episodi drammatici dal punto di vista umanitario, aggravati dall'emergenza sanitaria in atto. Si pensi, solo per fare qualche esempio, ai naufragi nel Canale di Sicilia o nel trattato di mare che divide la costa africana dalle isole Canarie; alla recente istituzione di campi improvvisati di accoglienza alle isole Canarie e alla predisposizione di "navi quarantena" al largo delle coste siciliane; all'istituzione di muri e barriere per impedire l'ingresso ai migranti, come è avvenuto ormai all'inizio degli anni novanta a Ceuta e Melilla; o infine agli accordi tra il Governo italiano e il Governo libico per fermare i migranti in partenza²², nonostante la consapevolezza della grave situazione di violazione di diritti umani presente in Libia, come documentato da diverse organizzazioni internazionali²³.

ingenti flussi migratori in arrivo, gli altri Stati, come Francia e Austria, hanno reagito "chiudendo" le frontiere e attivando i controlli temporanei previsti dall'art. 25 del Codice delle frontiere Schengen; sempre in nome della sicurezza interna il Governo italiano ha avviato a partire dal 2018 politiche di chiusura dei porti alle navi trasportanti migranti con lo scopo dichiarato di indurre anche gli altri Paesi europei a farsi carico del problema immigrazione; ancora, un caso di gestione "isolata" delle frontiere, che sembra non coerente con le regole previste dal diritto Ue e dal diritto internazionale, è avvenuto all'inizio della pandemia quando il Governo italiano ha adottato il 7 aprile 2020 un decreto interministeriale, disponendo il divieto di sbarco di navi trasportanti migranti per tutta la durata della pandemia.

²¹ Sulle frontiere quali luoghi di "sovranità condivisa" CASSESE, 2016; BALIBAR, 2003.

²² *Memorandum di intesa tra Italia e Libia* firmato a Roma il 2 Febbraio 2017 (1/2017) ed è stato tacitamente rinnovato nel 2020, come previsto dall'art. 8 dello stesso Memorandum. Il testo è consultabile al sito <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>. In dottrina FAVILLI, 2017. MANCINI, 2019.

²³ Cfr. Da ultimo la lettera del 13 febbraio 2020 inviata dalla Commissaria per i Diritti

Le problematiche giuridiche che emergono alle frontiere italiane e spagnole a causa della costante pressione migratoria sono molteplici e profonde, attenendo in via generale alla contesa²⁴ paradigmatica tra due esigenze, talvolta contrapposte: da un lato, “l’ineludibile compito dello Stato di presidiare le proprie frontiere con regole che tutelino la collettività nazionale” (C. cost. sent. n. 353 del 1997²⁵); dall’altro, l’interesse o il diritto (nel caso dei richiedenti protezione internazionale) di chi quella frontiera vuole superarla per le più svariate ragioni che riguardano generalmente la ricerca di una vita migliore. Consapevoli della complessità delle questioni che si pongono ai confini dello Stato in questa sede si è scelto di porre l’attenzione su due prassi che sembrano svolgersi tanto alle frontiere italiane quanto alle frontiere spagnole, la cui analisi si ritiene emblematica per comprendere se la creazione dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” mediante l’istituzione di un sistema comune di gestione delle frontiere esterne sia avvenuto nel rispetto dei diritti fondamentali (art. 67 TFUE; art. 2 TUE)²⁶.

In primo luogo si intende porre l’attenzione sulle fonti utilizzate nell’ordinamento italiano e spagnolo al fine di presidiare le frontiere nei momenti di maggior afflusso di migranti che, talvolta, pur incidendo su diritti fondamentali delle persone, sembrano sviare le procedure legislative ordinarie in ragione dell’emergenza immigrazione (par. § 4)

In secondo luogo si vogliono analizzare le politiche di respingimento immediato/*devoluciones en caliente*, che costituiscono allontanamenti senza che sia avvenuto alcun esame individuale sulla situazione dei migranti che tentano di attraversare la frontiera. In particolare si porrà l’attenzione sui respingimenti effettuati al largo delle coste italiane verso la Libia e sulle c.d. *devoluciones en caliente* effettuate dalla *Guardia Civil* nei pressi delle mura di confine delle *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla (par. § 5).

umani del Consiglio di Europa al Governo Italiano al fine di richiedere la sospensione degli accordi Italia-Libia. La lettera e la risposta del Governo italiano sono consultabili al sito <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-italy-to-suspend-co-operation-activities-with-libyan-coast-guard-and-introduce-human-rights-safeguards-in-future-migration-co-operation> ; inoltre si veda AMNESTY INTERNATIONAL, 2017.

²⁴ CASSESE, 2016.

²⁵ C. cost., sent. 11 novembre 1997, n. 353.

²⁶ In generale sul tema dei diritti fondamentali alle frontiere esterne su tutti NACIMBENE; ZANGHI, 2009.

4. Le fonti delle frontiere esterne: dalla crisi migratoria all'emergenza sanitaria

Il sistema delle fonti che regola la gestione delle frontiere tanto a livello europeo, quanto a livello nazionale, è stato caratterizzato da una evidente tendenza politica e normativa volta ad affrontare le sfide del fenomeno migratorio in logica emergenziale²⁷.

La perenne “emergenza immigrazione” ha giustificato in alcuni casi emblematici, che saranno esposti qui di seguito, la deviazione dalle procedure legislative ordinarie, traducendosi in un forte utilizzo di fonti secondarie, fonti atipiche e prassi amministrative anche in un ambito ove vengono in rilievo i diritti fondamentali delle persone. Osservando la gestione delle frontiere esterne di Italia e Spagna in alcuni momenti, percepiti quali particolarmente critici a causa del forte afflusso di migranti alle frontiere esterne, è possibile notare come alcuni strumenti di controllo delle frontiere, seppur incidenti sui diritti e libertà fondamentali – dalla libertà di circolazione al diritto d’asilo – siano stati introdotti da prassi o atti amministrativi e, solo in un secondo momento, codificati *ex post* in una fonte di rango primario.

Quanto appena illustrato si è verificato più volte nell’ordinamento italiano. Si pensi, anzitutto, alla nota vicenda degli *hotspot*²⁸, di fatto istituiti mediante una comunicazione della Commissione, l’Agenda europea sulla migrazione del 2015²⁹ a cui hanno fatto seguito, a livello nazionale, una serie di circolari del Ministero dell’interno³⁰, e disciplinati solo due anni più tardi in una fonte di rango primario, art. 10 *ter* D.lgs n. 286 del 1998.

Un altro esempio che mette in luce le problematiche relative alle fonti del sistema di gestione delle frontiere riguarda le c.d. politiche di chiusura dei porti, avviate dal Governo italiano a seguito delle elezioni politiche del 2018³¹. Le vicende note alle cronache che hanno visto le navi dell’ONG *Acquarius*³², o le navi *Diciotti* e *Gregoretti*³³ stazionare cariche di persone al di

²⁷ Molti autori in dottrina si sono interrogati sul tema. Si veda su tutti D’AMICO, 2018.

²⁸ Gli studi in dottrina sul tema degli *hotspot* sono numerosi si vedano D’AMICO, 2018; BENVENUTI, 2018; MASERA, 2017; LEONE, 2017; PENASA, 2017.

²⁹ COM(2015)240final, 13 maggio 2015- Agenda europea sulla migrazione.

³⁰ Ministero dell’Interno, Road Map, 28 settembre 2015; Ministero dell’Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’Interno, settembre 2015; Ministero dell’Interno, circolare rivolta ai prefetti e alle forze di polizia del 10 ottobre 2015.

³¹ Sul tema sia consentito il rinvio a SICCARDI, 2020.

³² Più precisamente ci si riferisce alla nave dell’ONG *Acquarius*, battente bandiera di Gi-

fuori dei porti italiani sembrano aver delineato una nuova prassi ministeriale. Tutti i casi appena menzionati erano infatti caratterizzati dall'assenza di qualsivoglia provvedimento ministeriale espresso. La preclusione dell'ingresso in porto era causata dall'intenzionale omessa risposta del Ministero dell'Interno (*rectius*, un silenzio) alle richieste di indicazione di un "porto sicuro" dove effettuare lo sbarco, provenienti dalle navi trasportanti migranti (sia navi di ONG, come *Aquarius*, sia navi della marina militare italiana, come *Diciotti* e *Gregoretti*). L'omessa indicazione del porto sicuro dove effettuare lo sbarco aveva il dichiarato scopo *politico* di indurre gli altri Paesi UE ad assumersi la responsabilità dell'accoglienza dei migranti. Tale scopo politico, essendo condiviso da buona parte dell'elettorato italiano, come dimostrava l'esito delle elezioni del 2018, giustificava, nell'ottica del Ministero, l'avvio della prassi appena descritta pur in assenza di una chiara base legislativa e pur comportando la limitazione della libertà personale delle persone costrette bordo³⁴.

Come noto, il divieto di sbarco in porto è stato codificato in una fonte di rango primario solo *ex post* dal c.d. Decreto Sicurezza *bis* (D.l. n. 53 del 2019, conv. con l. n. 77 del 2019), il quale ha attribuito al Ministero dell'Interno il potere di adottare provvedimenti di divieto di ingresso di navi nel mare territoriale per motivi di ordine e sicurezza pubblica³⁵. Tale norma è

bilterra, la quale aveva compiuto il salvataggio di 629 naufraghi provenienti dal Nord Africa, tra cui 123 minori non accompagnati, in zona SAR Libica e richiedeva all'Italia l'indicazione del *place of safety*.

³³ V. i casi delle navi della marina militare *Diciotti* e *Gregoretti* cfr. Trib. Ministri Catania, domande di autorizzazione a procedere nei confronti del Sen. Matteo Salvini nella sua qualità di Ministro dell'Interno pro tempore: sul caso *Diciotti*, pervenuta alla Presidenza del Senato il 23.01.2019; sul caso *Gregoretti*, pervenuta alla Presidenza del Senato il 17.12.2019. Come noto le due richieste di autorizzazione hanno avuto esito opposto Cfr. Le relazioni della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari sulla domanda di autorizzazione a procedere in giudizio ai sensi dell'art. 96 Cost. nei confronti del Sen. Matteo Salvini sul caso *Diciotti* del 21.02.2019 e sul caso *Gregoretti* dell'11.02.2020. Sul caso *Diciotti* in dottrina MORELLI, 2018.

³⁴ In questo senso si esprimo i giudici del Trib. dei Ministri nelle richieste di autorizzazione a procedere appena citate.

³⁵ V. fra i tanti ZIRULIA, 2019. Note vicende giudiziarie sono sorte a seguito dell'adozione del divieto di sbarco nei confronti della nave *Open Arms* e della nave *Sea Watch* comandata da Karola Rackete. Sul primo caso cfr. Trib. Ministri Palermo, domanda di autorizzazione a procedere nei confronti del Sen. Matteo Salvini nella sua qualità di Ministro dell'Interno pro tempore sul caso *Open Arms* pervenuta alla Presidenza del Senato il 1.02.2020 e TAR Lazio, Sez. I ter, D. Pres. n. 5479/2019 del 14.08.2019. Sulla vicenda di Karola Rackete cfr. Corte di Cass, sez. III, sent. n. 6626, 20 febbraio 2020. Per un commento ROSSI, 2019.

stata poi abrogata dal c.d. Decreto Migranti, D.l. n. 130 del 2020 conv. con l. 173 del 2020, e si auspica che tale l'abrogazione sia sufficiente ad evitare il ripetersi di prassi amministrative, intraprese nonostante il silenzio della legge, che hanno avuto il pericoloso effetto di rimettere alla discrezionalità *politica* del Ministro in carica la scelta relativa all'indicazione del porto sicuro, compromettendo i diritti dei migranti a bordo.

Lo stesso "schema" caratterizzato dalla previa introduzione di controlli alla frontiera mediante prassi amministrative disciplinate solo in un secondo momento in fonti di rango primario sembra essere stato utilizzato anche per fronteggiare l'arrivo dei migranti nelle *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla.

Le c.d. *devoluciones en caliente*, i respingimenti immediati alla frontiera, sono stati operati per un lungo tempo dalla *Guardia civil* in assenza di una norma specifica nella *Ley extranjeria*, *Ley organica 4/2000*, che autorizzasse tale *modus operandi*³⁶. Tale pratica ha trovato poi una giustificazione nella istituzione della c.d. *frontera operacional* da parte del *Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil* del 26 febbraio 2014, nelle *enclaves* di Ceuta e Melilla. Ai sensi del predetto protocollo i migranti compiono un ingresso irregolare nel territorio spagnolo solo nel momento in cui superano l'ultima delle tre barriere che dividono il suolo di Melilla da quello del Marocco. I migranti intercettati nella zona delle *frontera operacional*, prima dell'ultimo muro di cinta, invece, non hanno compiuto alcun ingresso illegale secondo la legge interna, non essendo ancora giunti in territorio spagnolo e sono dunque respinti, senza alcun accertamento ulteriore sulla loro situazione³⁷. Si comprende tutta la problematicità di tale previsione la quale, pur essendo contenuta in un protocollo amministrativo, ha l'effetto di legittimare la pratica delle *devoluciones en caliente* nella zona della *frontera operacional*, nonché di "liberare" la Spagna della responsabilità dei fatti compiuti dalla guardia di frontiera nella medesima zona, che non può essere considerata territorio spagnolo. Come si dirà nel prossimo paragrafo l'assenza di responsabilità dello Stato spagnolo per i fatti compiuti nella zona della *frontera operacional* è stata smentita dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo nel caso

³⁶ Sull'assenza di una base legale delle *devoluciones en caliente* Guerrero Picó, 2020. In generale sulle *dovoluciones en caliente* FAGGIANI, 2020; ARCE JIMÉNEZ, 2019; SOLANE-COLLERALLA, 2017; GONZÁLEZ GARCÍA, 2015.

³⁷ S. CASSESE, 2016 osserva in riferimento alle frontiere dell'Unione europea come si stia riaffacciando "una nozione di frontiera che era stata sperimentata in passato (ad esempio, nell'Impero Romano) quella della zona di frontiera, quindi non una linea presidiata da forze di polizia, ma piuttosto un'area cuscinetto, nella quale si mescolano ordini giuridici diversi".

N.D. Y. N.T. c. Spagna del 2020³⁸. Un anno dopo la regolamentazione della *frontera operacional*, le *devoluciones en caliente* sono state disciplinate in una fonte legislativa di rango primario, la *Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana*, la quale stabilisce, alla *Disposición adicional décima*, un regime speciale per Ceuta e Melilla. Tale disposizione prevede che “gli stranieri intercettati alla linea di confine di Ceuta o Melilla mentre tentano di superare le barriere illegalmente possono essere respinti al fine di evitare ingressi irregolari in Spagna”³⁹.

L’uso distorto del sistema delle fonti nel controllo delle frontiere è proseguito durante l’emergenza sanitaria. Spagna e Italia paesi fortemente colpiti dalla pandemia hanno dovuto adeguare con urgenza i controlli alle frontiere alle nuove norme igienico sanitarie⁴⁰. Alla situazione senza dubbio emergenziale non ha tuttavia fatto seguito, almeno in relazione allo specifico tema oggetto di questo studio, una regolamentazione mediante gli atti normativi che la Costituzione prevede in situazioni di necessità (Decreto legge, art. 77 Cost. It.; *Real decreto ley*, art. 86 Cost. Sp.).

In Italia, ancora una volta, sono stati adottati prevalentemente atti ministeriali e amministrativi, come il Decreto interministeriale del 7 aprile del 2020⁴¹, il quale ha disposto che “per l’intero periodo di durata dell’emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione di *Place of Safety* “luogo sicuro”. È singolare il fatto che il Governo abbia scelto di non adottare il provvedimento di divieto di sbarco in porto disciplinato dall’art. 11, comma 1 *ter* D.lgs n. 286 del 1998, allora appena introdotto dal c.d. Decreto Sicurezza *bis*, propendendo per l’adozione di un decreto che, pur in assenza di una base legislativa, fosse idoneo a produrre effetti generalizzati per tutta la durata della pandemia. Ancora, sempre nella fase iniziale dell’emergenza sanitaria risulta del tutto problematica l’introduzione delle nuove procedure “di assistenza e sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale” da effettuarsi sulle “navi qua-

³⁸ C. EDU, G.C. *N.D. Y N.T. c. Spagna* (8675/15 y 8697/15), del 13 febbraio 2020 sulla quale si tornerà nel paragrafo seguente.

³⁹ Sulle problematiche della Ley organica 4/2015 BILBAO UBILLOS, 2015.

⁴⁰ Sul tema delle migrazioni durante la pandemia in Italia e Spagna FAGGIANI, 2020. Con specifico riferimento alla situazione italiana si vedano le profonde riflessioni di BONETTI, 2020.

⁴¹ Decreto R.0000150 del 7 aprile 2020; a commento del decreto interministeriale si veda ALGOSTINO, 2020; D’AMICO, 2020. Inoltre, in riferimento all’impatto della pandemia sulle misure di prima accoglienza sia consentito il rinvio a SICCARDI, 2021.

rantena”, per mano di un’ordinanza della protezione civile, n. 1287 del 12 aprile 2020⁴².

In Spagna, si è rafforzata la prassi del Ministero dell’Interno, già invalsa prima dello scoppio della pandemia, di non autorizzare i trasferimenti dei richiedenti protezione internazionale, da Ceuta e Melilla alla penisola spagnola, sino al riconoscimento del titolo definitivo, al fine di evitare il diffondersi del contagio⁴³. Tale prassi, ribadita con riferimento ai migranti giunti nel 2020 alle isole Canarie, ha avuto il drammatico effetto di aumentare il sovraffollamento nei Centri di Melilla e Ceuta, a discapito del distanziamento, e di comportare l’istituzione di *campamentos* emergenziali alle Canarie che, secondo la stampa spagnola⁴⁴, svolgeranno funzioni analoghe a quelle dei *controvertidos hotspots*: identificare i migranti allo scopo di individuare coloro che hanno diritto di rimanere sul territorio della spagnolo perché richiedenti protezione internazionale e coloro che devono essere rimpatriati. Il Tribunale Supremo ha recentemente affermato che la limitazione alla libertà di circolazione dei richiedenti protezione è illegittima e contraria al diritto interno e ai principi sovranazionali⁴⁵.

Le pratiche descritte alle frontiere italiane e spagnole incidono su una pluralità di diritti fondamentali, la libertà di circolazione, la libertà personale, il diritto d’asilo e sembrano essere caratterizzate, come è stato efficacemente osservato, “dal superamento dell’utilizzo dei tradizionali strumenti normativi in favore di un utilizzo massiccio di fonti di rango secondario e amministrative”, pregiudicando “le garanzie costituzionali a tutela dei diritti della persona, propri dello Stato di diritto”⁴⁶. Ed è bene ricordare che la garanzia dello Stato di diritto rappresenta un valore (art. 2 TUE) che il sistema comune di gestione delle frontiere dovrebbe rispettare e difendere.

⁴² Cfr. Decreto del Capo Dipartimento n. 1287 del 12 aprile 2020, Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all’assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell’ambito dell’emergenza relativa al rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili del 12 aprile 2020, pubblicata sul sito della protezione civile <http://www.protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/-/content-view/view/1250434>.

⁴³ FAGGIANI, 2020.

⁴⁴ VARGAS, 2021.

⁴⁵ Cfr. Tribunale Supremo Sp., 29 luglio 2020; in particolare secondo il Tribunale la libertà di circolazione dei richiedenti protezione si ricava dagli artt.4 e 6 del Codice delle Frontiere Schengen, dall’art. 25 della Ley organica 4/2000 e dall’art. 17 della Ley 12/2009.

⁴⁶ D’AMICO, 2018.

5. I respingimenti in mare verso la Libia e le *devoluciones en caliente* verso il Marocco nella giurisprudenza della Corte EDU

Si intende ora porre l'attenzione su i respingimenti immediati effettuati nel Canale di Sicilia verso la Libia e sulle *devoluciones en caliente*, operate dalle guardie di frontiera italiane e spagnole. Al fine di indagare l'impatto di tali politiche sulla tutela dei diritti umani dei migranti, sembra utile mettere a confronto due sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, l'una riguardante i respingimenti effettuati in mare dalle autorità italiane verso la Libia nel 2009 (C. EDU, *Hirsi Jamaa c. Italia*, 2012⁴⁷), l'altra concernente i respingimenti operati dalle autorità spagnole a Melilla verso il Marocco nel 2014 (C. EDU, *N.D. Y N.T. c. Spagna*, 2020⁴⁸). Due profili meritano di essere analizzati e messi a confronto nelle due sentenze: le argomentazioni utilizzate dalla Corte EDU per giustificare la propria giurisdizione in relazione ai fatti oggetto del giudizio *ex art 1 CEDU*; la presunta violazione del divieto di espulsioni collettive, di cui all'art. 4 prot. 4 della CEDU.

Nel caso *N.D. Y N.T. c. Spagna*, la giurisdizione della Corte di Strasburgo – condizione preliminare affinché uno Stato contraente possa essere considerato responsabile degli atti compiuti in violazione delle norme convenzionali – è contestata dal Governo Spagnolo, il quale ritiene che i migranti siano stati fermati e respinti nella zona della *frontera operacional*, situata prima dell'ultima barriera coincidente con il confine nazionale spagnolo e, dunque, non sottoposta all'esclusivo controllo spagnolo⁴⁹. A fronte della tesi del Governo spagnolo, la Corte EDU, chiarisce che l'esistenza di recinzioni situate ad una certa distanza dal confine nazionale, non autorizzano lo Stato ad escludere o limitare unilateralmente la propria responsabilità e giurisdizione. Pertanto la Corte, muovendo dalla nozione territoriale di giurisdizione *ex art 1 CEDU* e osservando come i fatti siano avvenuti in un luogo sottoposto al controllo della autorità spagnole e per mano della *Guardia civil*, ritiene la propria giurisdizione incontestabile⁵⁰. A proposito, la Corte ricorda che le

⁴⁷ C. EDU G.C., *Hirsi Jamaa c. Italia* (27765/09), del 23 febbraio 2012. A commento ZIRULIA, 2012. Inoltre, mette a confronto i principi sanciti dalla Corte Edu con i respingimenti operati dalle autorità spagnole CARRILLO SALCEDO, 2013.

⁴⁸ C. EDU, G.C. *N.D. Y N.T. c. Spagna* (8675/15 y 8697/15); a commento MUSSI, 2020; PIROLA, 2020; sulla pronuncia di segno opposto della Sezione III MOYA, 2017; SANCHEZ-THOMAS, 2017.

⁴⁹ Sul concetto di *frontera operacional* cfr. *supra* par. § 4 “Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil del 26 febbraio 2014”.

⁵⁰ Sulla nozione di giurisdizione del diritto internazionale su tutti DE SENA, 2002.

difficoltà affrontate per far fronte alla crescente migrazione da parte degli Stati situati sulla frontiera esterna dello spazio Schengen, non incidono in alcun modo alcuna sulla giurisdizione degli Stati interessati né giustificano zone franche alla tutela dei diritti convenzionali.

Quanto alla denunciata violazione del divieto di espulsioni collettive la Corte ricorda anzitutto che “al fine di valutare l’esistenza di una espulsione collettiva”, è necessario esaminare “le circostanze del caso di specie e verificare se le decisioni di allontanamento abbiano preso in considerazione la situazione particolare degli individui interessati”. Il criterio decisivo affinché un’espulsione sia qualificata come “collettiva” è rappresentato dall’assenza di un’analisi razionale e obiettiva della situazione individuale dei migranti. La ragione che induce la Corte a ritenere non configurabile la violazione dell’art. 4 prot. 4 della CEDU attiene alla condotta dei migranti, i quali – nonostante vi fossero numerosi valichi di frontiera predisposti per le entrate legali – hanno intenzionalmente attraversato in modo irregolare la frontiera in un punto non consentito. Per giungere ad una simile conclusione la Corte ha verificato in via preliminare se le vie di accesso alla frontiera e gli strumenti legali messi a disposizione per presentare domanda di protezione internazionale fossero adeguati. Da questo punto di vista la Corte nota come i ricorrenti avevano a disposizione diverse vie per richiedere asilo, quali presentare la domanda di protezione una volta giunti al valico di frontiera o presentare tale richiesta all’ambasciata spagnola in Marocco⁵¹. La Corte lascia intendere che il fatto che migranti non siano stati sottoposti ad un esame razionale e obiettivo richiesto al fine di configurare una violazione di cui all’art. 4 prot. 4 CEDU non è imputabile alla autorità spagnole, ma allo stesso comportamento “colpevole” dei migranti i quali non hanno volutamente beneficiato delle vie di accesso regolari, ove avrebbero potuto presentare domanda di protezione internazionale.

Alla luce di quanto appena esposto la Corte ritiene all’unanimità che non sia configurabile la violazione del divieto di espulsioni collettive. La sentenza della Grande Camera è stata richiamata dal Tribunale costituzionale spagnolo che con la pronuncia del 19 novembre 2019 ha affermato che le disposizioni della *Ley Organica 4/2015* non sono costituzionalmente illegittime⁵².

⁵¹ In particolare, la Corte si riferisce agli strumenti previsti dall’art. 21 e dall’art. 38 della Ley 12/2009.

⁵² Tribunal Constitucional Sp., Pleno. Judgment 172/2020, of 19 of November of 2020 (BOE núm. 332, de 21 de December de 2020). Il Tribunale si è pronunciato sui ricorsi n. 2896-2015 presentati da più di cinquanta deputati dei gruppi parlamentari Socialista, La

La Corte di Strasburgo è, invece, giunta a conclusioni opposte nel caso *Hirsi c. Italia* riguardante i respingimenti effettuati in mare dall'autorità italiane verso la Libia nel 2009. Mettendo a confronto le due sentenze sui profili anzidetti è possibile notare come nel caso *Hirsi* la Corte giunga ad affermare la propria giurisdizione mediante un ragionamento più articolato.

Essendo i fatti oggetto della pronuncia avvenuti in alto mare, al di fuori delle acque territoriali italiane, non è possibile richiamare la nozione territoriale di giurisdizione *ex art 1 CEDU*. Tuttavia, il fatto che i migranti siano stati soccorsi dalle autorità italiane e condotti in Libia su navi della marina militare italiana consente alle Corte di affermare la propria giurisdizione *extraterritoriale* poiché è indubbio che l'Italia abbia "esercitato tramite i propri agenti operanti fuori del proprio territorio, controllo e autorità su un individuo, quindi giurisdizione, in virtù dell'articolo 1 CEDU"⁵³.

Riguardo alla presunta violazione dell'art. 4 prot. 4, a differenza del caso precedentemente analizzato, la Corte non può giustificare l'assenza di "qualsiasi forma di esame della situazione individuale" dei migranti a causa della condotta colpevole dei migranti. È evidente infatti che in alto mare i migranti non avevano alcun mezzo a disposizione per raggiungere la frontiera in modo regolare e per presentare domanda di protezione. Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, è indubbio che "i ricorrenti non sono stati oggetto di alcuna procedura di identificazione da parte delle autorità italiane, che si sono limitate a far salire tutti i migranti intercettati sulle navi militari e a sbarcarli sulle coste libiche". Allo stesso modo, la Corte osserva che "il personale a bordo delle navi militari non aveva la formazione necessaria per condurre colloqui individuali e non era assistito da interpreti e consulenti giuridici". Peraltro il respingimento verso la Libia non lede in questo caso solo l'art. 4 prot. 4 della CEDU, ma comporta una violazione dell'art. 3 CEDU, esponendo i ricorrenti al rischio di subire trattamenti disumani e degradanti data la situazione dei diritti umani in Libia definita dalla stessa Corte EDU "preoccupante", nonché la compromissione del diritto al ricorso effettivo, di cui all'art. 13 CEDU, non avendo i migranti ricevuto alcuna informazione riguardo ai rimedi interni e alle vie per richiedere protezione internazionale.

Seppur la sentenza N.D. Y N.T. c. Spagna sia stata fortemente criticata

Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Mixto del Congreso de los Diputados in relazione a diverse disposizioni della Ley Orgánica 4/2015.

⁵³ Sul concetto di giurisdizione nel caso *Hirsi* ZIRULIA, 2012.

in dottrina⁵⁴, si ritiene che le opposte conclusioni cui è giunta la Corte EDU nei due casi in esame dimostrano un diverso grado di protezione dei diritti umani dei migranti. La differenza più evidente riguarda la violazione dell'art. 3 CEDU accertata nel caso dei respingimenti verso la Libia e nemmeno presunta dai ricorrenti nel caso delle *devoluciones en caliente* contro la Spagna. Un altro elemento distintivo concerne la valutazione sull'art. 4 prot. 4 CEDU: la presenza di vie legali di accesso e la previsione di modalità adeguate per richiedere protezione internazionale alla frontiera di Melilla induce la Corte a ritenere la condotta dei migranti colpevolmente illegale; al contrario il fatto che le autorità italiane non abbiano nemmeno fornito informazioni ai migranti sulle vie possibili per richiedere protezione induce la Corte a ritenere violato non solo l'art. 4 prot. 4 CEDU, ma anche il diritto ad un ricorso effettivo, di cui all'art. 13 CEDU.

Il confronto tra le due pronunce, inoltre, induce ad una riflessione sul presente. È necessario considerare che a seguito della collaborazione e del sostegno alle autorità costiere libiche avviata con il *Memorandum Italia-Libia* del 2017 (tacitamente rinnovato nel 2020) e dell'istituzione della zona SAR libica nel 2018⁵⁵ può accadere, in molti casi, che i migranti vengano intercettati e ricondotti in Libia dalle autorità libiche. Fatti di questo genere sono oggetto di un ricorso pendente alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, promosso da alcuni migranti intercettati in mare e ricondotti a Tripoli dall'autorità libiche in accordo con le autorità italiane⁵⁶. Centrale sarà la valutazione della Corte EDU riguardo alla propria giurisdizione: in questo caso si ritiene che non sarà possibile applicare una nozione di giurisdizione territoriale – come avvenuto nel caso *N.D. Y N.T. c. Spagna* – né tantomeno sarà agevole giustificare la giurisdizione extraterritoriale – come nel caso *Hirsi c. Italia* – poiché appunto le operazioni sono state svolte dalle autorità libiche. L'effetto del *Memorandum Italia-Libia* sui diritti umani rischia di essere devastante, non solo per il rischio di trattamenti disumani e degradanti cui vengono sottoposti i migranti mediante il rientro in Libia, ma anche poiché la collaborazione con le autorità libiche rischia di mettere in discussione la stessa giurisdizione della Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

⁵⁴ MUSSI, 2020

⁵⁵ Sulle pratiche avviate a seguito del *Memorandum Italia-Libia* VASSALLO PALEOLOGO, 2018.

⁵⁶ Ci si riferisce a *S.S. e altri contro l'Italia* (21660/18), depositato dalla Corte EDU. Sul tema si veda FAZZINI, 2020; GATTA, 2020.

6. Riflessioni conclusive: il Patto europeo sulla migrazione 2020 e prospettive future

Alla luce di quanto appena esposto, sembra difficile sostenere che il sistema di gestione delle frontiere esterne dell'UE sia riuscito nell'intento di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali e dei valori su cui si fonda l'UE. Come dimostrano i casi descritti, le frontiere esterne di Italia e Spagna sono diventate teatro di episodi non sempre attenti alla tutela dei diritti fondamentali, rischiando di divenire persino "zone franche" alla tutela dei diritti umani e convenzionali, contrariamente ai principi espressi nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Al fine di ripristinare il rispetto dei diritti umani e lo Stato di diritto alle frontiere esterne si ritiene imprescindibile rendere effettivi gli strumenti di controllo integrato, fondato sul principio di solidarietà ed equa condivisione delle responsabilità fra Stati. Solo in tal modo gli Stati situati sulla frontiera esterna riusciranno ad affrontare la pressione migratoria, non con strumenti improvvisati per fronteggiare di volta in volta l'"emergenza immigrazione", ma grazie alle misure proprie del sistema comune europeo.

In questa logica sembra muoversi il nuovo Patto europeo sulla migrazione e sull'asilo⁵⁷ che introduce un pacchetto di misure volte a rendere effettivo il principio di solidarietà nella gestione delle frontiere esterne. Tuttavia, le proposte contenute nel Patto sulla migrazione e l'asilo rientrano in una strategia della Commissione da attuare nei prossimi cinque anni, la cui concretizzazione dipenderà, ancora una volta, dall'intenzione politica degli Stati di far prevalere il principio di solidarietà o la difesa dei propri interessi nazionali.

Referencias bibliográficas / Riferimenti bibliografici / Bibliographic references

- ALGOSTINO A. (2020), *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Questionegiustizia*.
- AMEDEO, S. (2019), *Il Diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea. Controllo delle frontiere – Protezione internazionale – Immigrazione regolare – Rimpatri – Relazione esterne*. Giappichelli. Torino.

⁵⁷ Cfr. COM(2020) 609 final, 23.9.2020, New Pact on Migration and Asylum. Sul tema DI PASCALE, 2020.

- ARCE JIMÉNEZ, C. (2019), *Frontera Sur: una realidad política y jurídica "construida" que genera violaciones de Derechos Humanos*. In *Revista de fomento social*.
- BALIBAR, E. (2003), *At the Borders of Europe*. In ID., *We, the People of Europe?*. Princeton University Press. Princeton.
- BENVENUTI, M. (2018), *Gli hotspots una chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*.
- BILBAO UBILLOS, J. (2015), *La llamada Ley Mordaza: la ley orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana*. In *Teoría y realidad constitucional*.
- BLUMANN, C. (2013), *Les frontières de l'Union européenne*. Bruylant. Paris.
- BONETTI, P. (2020), *Gli effetti giuridici dell'epidemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*. In *Federalismi*.
- BORRACCETTI, M. (2020), *La gestione delle frontiere ai tempi del coronavirus*. In *Quaderni costituzionali*.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (2012), *Reflexiones a la luz de la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos en el caso hirsi jamaa y otros contra italia (sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España*. In *Teoría y realidad constitucional*.
- CASSESE, S. (2016), *Stato in trasformazione*. In *Riv. trim. Dir. Pubbl.*
- CASSESE, S. (2016), *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*. Il Mulino. Bologna.
- CORSI, C. (2020), *Commissione c. Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria: il principio di solidarietà nelle politiche in materia di asilo*. In *Quaderni costituzionali*.
- D'AMICO, M. (2020), *Emergenza, Diritti, Discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*.
- D'AMICO, M., *L'Europa dei diritti: tra aperture e chiusure* (2020). In PEREZ MIRA, A., TERUEL LONZANO, G., RAFFIOTTA, E., IADICICCO, M. P., *Setenta anos de Constitution Italiana y cuarenta anos de Constitucion Espanola. Derecho Publico*.
- D'AMICO, M.; BILANCIA, P. (2009), *La nuova Europa*. Giuffrè. Milano.
- D'AMICO, M. (2018), *L'amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*. In *Rivista Aic*.
- DI PASCALE, A. (2020), *Il nuovo Patto per l'immigrazione e asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*. In *Eurojus*.
- FAGGIANI, V. (2020), *Il diritto alla protezione internazionale in Spagna e in Italia: tra crisi umanitaria dei rifugiati e Covid-19*, in *Rivista Aic*.
- FAMIGLIETTI G. (2021), *Il richiedente protezione davanti al suo giudice*. Giappichelli. Torino.
- FAVILLI, C. (2015), *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'emergenza immigrazione*. In *Quaderni costituzionali*.

- FAVILLI, C. (2017), *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*. In *costituzionalismo.it*.
- GATTA, F. L. (2020), *Recenti sviluppi nelle politiche di controllo migratorio in Europa*. In *Eurojus*.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2015), *Expulsiones "en caliente", devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla*. In *Revista de administración pública*.
- GUERRERO PICÒ, C. (2020), *La Grande Camera della Corte di Strasburgo dichiara che i respingimenti immediati alla frontiera con il Marocco non violano la CEDU*. In *Servizio Studi della Corte costituzionale, Segnalazioni sull'attualità Costituzionale straniera*.
- LEONE, C. (2017), *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*. In *Diritto immigrazione e cittadinanza*.
- MANCINI, M. (2019), *Italy's new migration control policy: stemming the flow of migrants from Libya without regard for their human rights*. In *Italian Yearbook of International Law*.
- MASERA, L. (2017), *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*. In *www.penalecontemporaneo.it*.
- MORELLI, A. (2018), *Principio di legalità vs. preminente interesse pubblico? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*. In *Quaderni costituzionali*.
- MOYA, D. (2017), *Judgement ND and NT v Spain: on the legality of police "push-backs" at the borders and, again, on the prohibition of collective expulsions*, in *Strasbourg Observer*.
- MUSSI, F. (2020), *La sentenza N.D. e N.T. della corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*. In *Sidiblog*.
- NASCIMBENE B.; ZANGHI, C. (2009), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*. Teseo Editore. Roma.
- NASCIMBENE, B., DI PASCALE A. (2020), *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*. In *Eurojus*.
- NASCIMBENE, B.; ROSSI DAL POZZO, F. (2012), *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*. Cedam. Padova.
- NEFRAMI, E. (2011), *Ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e i suoi Stati membri in materia di immigrazione*. Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni. Bruxelles.
- PAOLI, S. (2015), *The Role of Schengen in the Europeanization of the Migration Policy: The Italian Case*. In A. CUNHA; M. SILVA; R. FEDERICO (eds.), *The Borders of Schengen*. Peter Lang. Brussels.

- PENASA, S. (2017), *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni*. In F. CORTESE E G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri. Quaderni della facoltà di giurisprudenza*. Trento.
- PIROLA, F. (2020), *Tra frontiera dei diritti e frontiera dei controlli: la vicenda dei respingimenti collettivi nel caso N.D. e N.T. contro Spagna*. In *Quaderni costituzionali*.
- ROSSI, P. (2019), *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*. In *Osservatorio Aic*.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2018), *Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03-10-2017)*. In *Civitas. Revista española de derecho europeo*.
- SAVINO, M. (2016), *La crisi dei confini*. In *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*
- SICCARDI, C. (2020), *Il divieto di sbarco nei porti italiani fra prassi e novità normative: il ruolo dei giudici*. In *Le rôle des juges face aux crises migratoire, sécuritaire et économique en Italie et en France*. Toulouse.
- SICCARDI, C. (2021), *Migrazioni e accoglienza ai tempi della pandemia*. In M. D'AMICO – C. SICCARDI (eds.), *Il sistema di accoglienza. Quadro normativo e buone prassi delle realtà lombarde e milanesi*. Giappichelli. Torino.
- SOLANES-CORRELLA, A. (2017), *Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones "en caliente"*. In *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*.
- SPATARO, O. (2020), *Fenomeno migratorio e categorie della statualità. Lo statuto giuridico del migrante*. Giappichelli. Torino.
- TESAURO, G. (2012), *Diritto dell'Unione europea*. Cedam. Padova.
- TONOLETTI, B. (2017), *Confini diritti migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*. In F. CORTESE E G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri. Quaderni della facoltà di giurisprudenza*. Trento.
- TREVISANUT, S. (2012), *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*. Jovene Editore. Napoli.
- VARGAS, J. (2021), *El Gobierno negocia el despliegue de la OIM en Canarias con la vista puesta en la repatriación de los migrantes*, In *Publico*.
- VASSALLO PALEOLOGO, F., *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*. In *Questione Giustizia*.
- VON BOGDANDY, A. (2001), *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti e la natura dell'Unione europea*. In *Diritto pubblico*.
- ZAIOTTI, R. (2011), *Cultures of Border Control: Schengen and the evolution of European frontiers*. University of Chicago Press. Chicago.

- ZIRULIA, S. (2019), *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*. In *Diritto penale contemporaneo*.
- ZIRULIA, S., (2012) *I respingimenti nel mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*. In *Rivista Aic*.

QUÉ HACER CUANDO EL ENEMIGO ESTÁ EN CASA:
LA POLARIZACIÓN DEL DISCURSO POLÍTICO
EN HUNGRÍA Y POLONIA
Y EL CONDICIONAMIENTO DE FONDOS
DE LA UE AL ESTADO DE DERECHO

JUAN FRANCISCO BARROSO MÁRQUEZ

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Iliberalismo y Unión Europea: fracaso directo/triunfo indirecto. – 3. Condicionamiento de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho. – 3.1. Desarrollo de la propuesta para el condicionamiento de fondos. – 3.2. Texto definitivo del Reglamento. – 3.3. Análisis crítico: la viabilidad del instrumento y su idoneidad para la defensa del Estado de Derecho. – 4. Conclusiones.

1. Introducción

En la última década ha cobrado fuerza el discurso iliberal en varios Estados miembros de la Unión Europea, especialmente en Hungría y Polonia, donde los partidos políticos que gobiernan –Fidesz y Ley y Justicia (*Prawo i Sprawiedliwość*, PiS), respectivamente– han logrado alcanzar, pese a haber utilizado estrategias distintas, el mismo objetivo: la supresión del pluralismo político y del sistema de pesos y contrapesos propio del constitucionalismo. Han recurrido a la retórica amigo-enemigo para convencer a una gran parte de la población de que la verdadera democracia es aquella que no tiene límites, como mera regla de la mayoría, diametralmente opuesta al concepto de democracia propio del liberalismo, que es concebido simultáneamente como empoderamiento y como límite de la mayoría al incorporar elementos materiales de control como los derechos fundamentales. En Hungría y Polonia son varias las minorías que han visto vulnerados sus derechos y libertades, con especial gravedad en el caso de los inmigrantes y el colectivo LGTBI; y esto resulta más preocupante aún si tenemos en cuenta que son los propios miembros de Fidesz y PiS los que han utilizado este discurso político tan polarizado y cargado de *odio* hacia dichas minorías y que mediante la implantación de este nuevo modelo de Estado iliberal han conseguido suprimir de facto los mecanismos ordinarios de justicia reparatoria a través de reformas dirigidas a eliminar la independencia judicial.

Para hacer frente a estas deficiencias, las instituciones de la Unión Euro-

pea han utilizado los mecanismos ya existentes, entre los que destacan el procedimiento tradicional de infracción contenido en el artículo 258 TFUE y el procedimiento sancionador del artículo 7 TUE, pero también han creado nuevos instrumentos, como el nuevo marco para reforzar el Estado de Derecho. Sin embargo, todos han resultado ineficaces ante la deriva iliberal acaecida en Hungría y Polonia, por lo que la Comisión Europea ha tratado de crear un nuevo instrumento que pueda poner fin a este tipo de dinámicas en el seno de la UE: la propuesta de reglamento sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros y una referencia a esta última en la propuesta de reglamento por el que se establece el marco financiero plurianual para el periodo 2021-2027¹.

Dos años después, la propuesta de la Comisión ha sido aprobada por el Consejo y por el Parlamento Europeo. Tras exponer brevemente el contexto iliberal de sendos Estados, el principal objetivo de nuestra contribución será analizar a través de un prisma comparativo la propuesta inicial de la Comisión y el texto finalmente aprobado por el Consejo y el Parlamento Europeo, para extraer conclusiones acerca de si el condicionamiento de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho, tal y como se plantea actualmente, puede convertirse en un instrumento capaz de hacer frente al iliberalismo en el seno de la Unión Europea y, como consecuencia, en una vía para aplacar la polarización del discurso político en dichos Estados.

2. Iliberalismo y Unión Europea: fracaso directo/triunfo indirecto

Hungría y Polonia pasaron a formar parte de la Unión Europea en el año 2004, pero se han convertido en el caldo de cultivo ideal para la materialización de una forma de gobierno que ya fue por conceptualizada casi una década atrás, el denominado *iliberalismo*² –al que se han referido incluso las

¹ Respectivamente, la COM (2018) 322 final/2 ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0322R\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0322R(01)&from=EN)) y la COM (2018) 324 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0324&from=EN>).

² FAREED ZAKARIA (1997) definió las *democracias liberales* como aquellos sistemas en que las fuerzas políticas siguen los cauces propios de la democracia representativa, pero tras alcanzar el poder se deshacen de todos los controles propios del constitucionalismo y tratan de modificar las normas para retener el poder. Aunque el término “iliberal” es común en la doctrina, podemos verlo acompañando a distintos sustantivos, pero algunos autores, como Müller

instituciones comunitarias³– que se opone al constitucionalismo liberal sobre el que se ha construido la Unión Europea y, especialmente, al Estado de Derecho como uno de los valores en los que esta se fundamenta⁴.

La transición hacia el iliberalismo comenzó con la llegada al poder de Fidesz en Hungría (2010) y de PiS en Polonia (2015). El iliberalismo que se ha instaurado en ambos Estados se caracteriza por la progresiva supresión de los mecanismos de control del poder propios del constitucionalismo liberal, pero no de forma directa, sino atendiendo a los límites que imponen principalmente la Unión Europea y el contexto social; por lo que actúan de forma “velada”, realizando reformas que aisladamente parecen inocuas pero que, atendiendo a sus efectos prácticos y a un análisis de conjunto, desencadenan efectos catastróficos respecto del Estado de Derecho. Sendos partidos políticos han seguido estrategias distintas⁵, pero en la práctica han demostrado

(2016: 224), entienden que hablar de *democracia iliberal* resulta de todo punto un oxímoron. Por nuestra parte, optamos por utilizar el término “iliberalismo” o bien referirnos a regímenes o gobiernos iliberales.

³ La Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de octubre de 2020, sobre el establecimiento de un mecanismo de la UE para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (2020/2072(INI)) (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0251_ES.pdf), se refiere en el punto segundo a la existencia de “tendencias autocráticas e iliberales”.

⁴ El Estado de Derecho es uno de los valores en que se fundamenta la UE según lo dispuesto en el artículo 2 TUE. Hasta hace poco era un concepto puramente doctrinal y ningún texto normativo había desarrollado su contenido, pero la situación actual hizo surgir la necesidad de sintetizarlo. La Comisión Europea ha señalado en la COM (2020) 580 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0580&from=ES>) que el Estado de Derecho implica que todos los poderes públicos deben estar sometidos a la ley, de acuerdo con los valores de democracia y derechos humanos, y ser controlados por una justicia imparcial; así como comprende, entre otros, los principios de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, tutela judicial efectiva llevada a cabo por tribunales independientes e imparciales, incluyendo el respeto de los derechos fundamentales, la separación de poderes y la igualdad ante la ley, tal y como han sido reconocidos por el TJUE y el TEDH, siguiendo los estándares establecidos por el Consejo de Europa.

⁵ La principal divergencia entre las estrategias de reforma en Hungría y Polonia trae causa de un hecho objetivo: mientras que Fidesz obtuvo una mayoría suficiente para reformar la Constitución y, por tanto, se aprobó de manera unilateral la nueva Ley Fundamental en 2011; PiS únicamente obtuvo la mayoría necesaria para realizar reformas legislativas ordinarias. Sin embargo, esto no ha supuesto un obstáculo para PiS porque en el ordenamiento polaco no existe ningún tipo de reserva de ley agravada (como las leyes orgánicas en España) y, por tanto, esta mayoría simple, considerada junto con la *captura* del Tribunal Constitucional a la que nos referiremos más adelante, supone en la práctica que el partido tiene la capacidad para

que comparten un único objetivo: la eliminación del sistema de pesos y contrapesos con el que se controlan los distintos poderes; y la implantación de un nuevo modelo de Estado caracterizado por un poder ejecutivo fuerte y un poder legislativo que se ha convertido en el mero reflejo del partido de gobierno⁶, así como por la supresión de facto de la tutela judicial efectiva⁷ y la inutilización/captura del órgano de revisión de la constitucionalidad⁸. Tam-

reformar aspectos esenciales del ordenamiento jurídico polaco, salvo la propia Constitución de 1997, pero en realidad –de nuevo por la captura del Tribunal Constitucional– vemos que incluso se han promulgado leyes contrarias al tenor literal de la norma suprema.

⁶ Aunque en las democracias actuales es habitual encontrar un cierto grado de “confusión” entre los poderes ejecutivo y legislativo cuando se alcanzan determinadas mayorías, en Hungría y Polonia hallamos una verdadera laminación del pluralismo político. Fidesz y PiS han llevado a cabo reformas que les han permitido, en el caso de Polonia, reducir los tiempos de intervención de los miembros de la oposición (SADURSKI, 132-135) y, gracias a la nueva normativa parlamentaria surgida como consecuencia de la crisis del COVID-19, rechazar “en bloque” todas las enmiendas del resto de partidos políticos (SEROWANIEC Y WITKOWSKI, 2020: 155 y ss.); y en el caso de Hungría, como ejemplo más relevante, aprobar la nueva Ley Fundamental de Hungría como “propuesta particular” de un diputado para evitar los controles inherentes a las propuestas de los grupos parlamentarios (SCHEPPELE, 2013: 34).

⁷ En ambos Estados se ha reducido “forzosamente” la edad de jubilación de los miembros del poder judicial para conseguir que estos puestos sean ocupados por miembros “leales” a los partidos de gobierno, teniendo en cuenta además que los puestos más relevantes (presidentes de las salas del Tribunal Supremo) son ocupados por personas de avanzada edad y, por tanto, la medida les afectaría principalmente a ellos. En Polonia se ha refundido la figura de Ministro de Justicia con la de Fiscal General (por tanto, un miembro del gobierno ocupa la cúspide jerárquica de la fiscalía), se ha creado una nueva “sala disciplinaria” en el Tribunal Supremo para juzgar a los propios jueces (en ocasiones incluso por el contenido de sus decisiones) y se ha creado un nuevo mecanismo de “revisión extraordinaria” para las sentencias dictadas en los últimos veinte años. La consideración integral de todas estas reformas permite vislumbrar la vulneración de la independencia del poder judicial y, como consecuencia, se produjo la activación del procedimiento sancionador del artículo 7 TUE por iniciativa de la Comisión Europea para el caso de Polonia (Recomendación UE 2018/103, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0103&from=DA>); la iniciación de procedimientos de infracción del artículo 258 TFUE respecto de Hungría (por ejemplo, el caso C-286/12) y de Polonia (principalmente los casos C-216/18 PPU; C-619/18; y C-192/18); y, finalmente, la iniciación del procedimiento del artículo 7 TUE para el caso de Hungría, esta vez mediante la propuesta del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2018 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_ES.pdf).

⁸ En Hungría, debido a que Fidesz gozaba de mayoría suficiente para aprobar una nueva Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional únicamente podía ser considerado como un obstáculo para la reforma iliberal y, por tanto, este vio mermadas sus competencias. En Polonia, por el contrario, PiS no alcanzó una mayoría suficiente para reformar la Constitución de 1997 y, por ello, el partido adoptó una estrategia distinta: bloquear mediante sucesivas refor-

bién han deteriorado otros elementos esenciales para el correcto funcionamiento de una democracia: intentaron eliminar la independencia de los medios de comunicación y suprimir los derechos de la sociedad civil⁹; y están vulnerando los derechos y libertades de diversas minorías, especialmente los inmigrantes y el colectivo LGTBI¹⁰.

Resulta preocupante que sean los dirigentes de Fidesz y PiS quienes han sembrado este ambiente de odio mediante la radicalización de su discurso y la utilización de retóricas xenófobas y LGTBI-fobas. Para ilustrar esta problemática y ser conscientes de su gravedad, creemos conveniente reflejar aquí algunas de las declaraciones más llamativas de los miembros de estos partidos. En Hungría, Viktor Orbán (líder de Fidesz y Primer Ministro) ha afirmado que los refugiados son “invasores musulmanes”¹¹ y ha “pedido que dejen tranquilos a los niños” tras la publicación de un libro infantil en el que se daba valor a la homosexualidad¹²; y Laszlo Kover (miembro de Fidesz y Presidente del Parlamento) ha afirmado que “moralmente no hay diferencia

mas legislativas el funcionamiento del Tribunal Constitucional para que, una vez estuviera compuesto por una mayoría de miembros elegidos por PiS, el bloqueo fuera levantado y la institución se erigiera como un elemento *legitimador* del régimen iliberal polaco.

⁹ A principios de 2018 PiS presentó una nueva norma que dotaba al Ministro del Interior de la capacidad para bloquear las recogidas públicas de fondos (principal fuente de ingresos de las ONG's) sobre la base de la “vulneración de los principios de coexistencia social o un interés público importante” (SADURSKI, 2019: 145). Aunque fue retirada un mes después por presiones de las ONG's y el Defensor del Pueblo (*Ombudsman*), su corta existencia nos muestra la verdadera posición del gobierno iliberal polaco respecto de la sociedad civil, tratando de inmiscuirse en un asunto tan delicado como decidir qué puede ser sufragado por las donaciones ciudadanas, sobre todo si tenemos en cuenta que los vagos criterios para el bloqueo dejaban la puerta abierta a la discrecionalidad.

¹⁰ Haremos referencia a las medidas más preocupantes adoptadas respecto del colectivo LGTBI en sendos Estados: la creación de “zonas libres de LGTBI” en casi cien ciudades polacas sin que el gobierno se haya pronunciado en contra; la supresión de facto del cambio legal de género en Hungría mediante la modificación de la legislación sobre documentos oficiales, para que el dato “sexo asignado al nacer” se incluya en el documento de identidad y, por tanto, convierta a las personas transexuales en un objetivo claramente identificable; y la reforma de la Ley Fundamental de Hungría para prohibir la adopción por parte de parejas LGTBI. Para profundizar sobre esta problemática podemos consultar nuestra contribución en *IgualdadES* (BARROSO MÁRQUEZ, 2021b).

¹¹ https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-01-08/hungria-orban-refugiados-islam-invasores_1502709/ (fecha de consulta: 09/01/2020).

¹² <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20201005/el-primer-ministro-de-hungria-pide-a-los-homosexuales-dejar-a-nuestros-ninos-tranquilos-8142688> (fecha de consulta: 09/01/2020).

entre un pedófilo y los homosexuales que piden adoptar”¹³. En Polonia, Jaroslaw Kaczyński –líder de PiS y *verdadero artífice* de la reforma iliberal en Polonia– ha calificado al colectivo LGTBI como un “ataque directo a la familia y a los niños”¹⁴ y se ha pronunciado exponiendo que “la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten convertiría a los niños en objetos para jugar”¹⁵.

Este tipo de declaraciones, junto con las reformas legislativas llevadas a cabo en la misma dirección, suponen una clara vulneración de los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la igualdad. Aunque estos normalmente quedan protegidos por los mecanismos de garantía inherentes al constitucionalismo, especialmente la tutela judicial por parte de los tribunales ordinarios y la actividad del órgano de revisión de la constitucionalidad de las normas en relación con los derechos fundamentales; en Hungría y Polonia dichos mecanismos han sido inutilizados (e incluso suprimidos) con la implantación del nuevo modelo de Estado iliberal¹⁶. Por este motivo, en la actualidad –y hasta que los resultados electorales cambien– podemos afirmar que la solución ya no se encuentra en el seno de dichos Estados, sino que ahora la única instancia que podría “devolverlos a la senda del constitucionalismo” es la Unión Europea, como entidad *sui generis* que en el paulatino proceso de integración se ha dotado de una suerte de *constitucionalismo comunitario* y que, por tanto, debería contar con instrumentos adecuados para reaccionar eficazmente “cuando el enemigo está en casa”.

Aunque pueda parecer obvio, esta situación se encuentra muy alejada de la realidad si tenemos en cuenta la configuración tradicional de la UE. Los Criterios de Copenhague fueron establecidos como los requisitos que cualquier Estado debe cumplir *ex ante* para poder adherirse a la Unión (TUORI, 2016: 225), pero las relaciones entre los distintos Estados miembros han de estar regidas por los principios de confianza mutua y de respeto de la identi-

¹³ <https://es.euronews.com/2019/05/16/hungria-presidente-parlamento-adopcion-homosexual-pedofilia> (fecha de consulta: 09/01/2020).

¹⁴ <https://apnews.com/article/64628ce226c14fa09a5e0b65c5c1d8e9> (fecha de consulta: 09/01/2020).

¹⁵ <https://www.lavanguardia.com/politica/20190911/47298511252/kaczynski-sobre-adopcion-homosexuales-convertira-ninos-en-objetos-para-jugar.html> (fecha de consulta: 09/01/2020).

¹⁶ Podemos ver, por ejemplo, cómo un Tribunal de Breslavia (Polonia) ha considerado que una campaña que consiste en la circulación de camiones con eslóganes homofóbicos (relacionando la pedofilia y la homosexualidad) queda amparada en la libertad de expresión por su “carácter educativo” (BARROSO MÁRQUEZ, 2021b).

dad nacional (artículo 4 TUE), por lo que tradicionalmente se ha rechazado el establecimiento de cualquier tipo de control *ex post* sobre el cumplimiento de dichos requisitos. Las circunstancias actuales, sin embargo, nos dieron la oportunidad de sostener en otra sede que la Unión Europea estaba manteniendo una postura *naïve* (BARROSO MÁRQUEZ, 2020: 11) y que esta ha servido para contribuir a la consolidación del iliberalismo en Hungría y Polonia, ya que de una parte nos encontrábamos a unas instituciones comunitarias que únicamente podían utilizar la vía dialógica con la posibilidad –de facto irrealizable– de imponer sanciones como instrumento coactivo o de presión¹⁷; y, por otra, a los gobiernos nacionales que –conscientes de los limitados instrumentos con los que cuenta la Unión Europea al respecto– adoptaron una estrategia de *ensayo-error* y únicamente realizaban reformas de naturaleza “cosmética” cuando las quejas provenientes del panorama internacional y de la UE tenían la suficiente entidad¹⁸.

Podemos profundizar en esta caracterización general de la respuesta de la Unión a la deriva iliberal en Hungría y Polonia si exponemos la utilización de los mecanismos de garantía del Estado de Derecho de los que dispone la Unión Europea: el tradicional procedimiento de infracción del artículo 258 TFUE, el nuevo marco para reforzar el Estado de Derecho y el procedimiento sancionador del artículo 7 TUE.

El mayor defecto del procedimiento de infracción contenido en el artículo 258 TFUE, además de que únicamente puede ser utilizado contra la vulneración de disposiciones concretas del Derecho de la UE, es la dificultad a la hora de ejecutar la sentencia (JACK, 2013), ya que esta se produce desde un prisma objetivo – esto es, comprobar que la concreta medida que ha sido declarada contraria al Derecho de la UE ha sido abrogada del ordenamiento jurídico – y no desde un prisma teleológico, de modo que resulta totalmente ineficaz si se abroga la norma en cuestión pero posteriormente se aprueba una que reproduzca su contenido, ya que esta requeriría la iniciación de un nuevo procedimiento de infracción¹⁹.

¹⁷ Nos referimos a la naturaleza dialógica del nuevo marco para reforzar el Estado de Derecho y a la unanimidad necesaria para la efectiva imposición de sanciones mediante el procedimiento contenido en el artículo 7 TUE. Sendos aspectos serán desarrollados más adelante.

¹⁸ Por ejemplo, tras la intervención de la Comisión Europea a través del nuevo marco se aprobó en Polonia la Ley de 22 de julio de 2016 y, aunque su objetivo era (supuestamente) remediar los defectos señalados por la Comisión, en la práctica reprodujo incluso aspectos declarados inconstitucionales (BARROSO MÁRQUEZ, 2021a).

¹⁹ Por ejemplo, aunque la STJUE dictada en el C-286/12 declaró que la reducción forzosa de la edad de jubilación en Hungría era contraria al Derecho de la UE, la solución adoptada

El nuevo marco para reforzar el Estado de Derecho fue creado por la Comisión Europea en la COM (2014) 158 final²⁰ como un instrumento caracterizado por el establecimiento de un marco dialógico entre la Unión Europea y el Estado miembro en cuestión, para prevenir un deterioro de la situación que implicara la necesidad de recurrir al procedimiento contenido en el artículo 7 TUE (CRABIT Y BEL, 2019). Por tanto, se construye sobre la expectativa de poder construir una vía de comunicación simétrica, pero la práctica ha demostrado que esto no es posible cuando en uno de los extremos se encuentra un gobierno iliberal²¹.

El principal obstáculo para la efectividad del procedimiento sancionador contenido en el artículo 7 TUE se encuentra en que para “constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores de la Unión” se requiere la unanimidad de los miembros del Consejo Europeo, ya que dicha constatación se configura como uno de los requisitos necesarios para la efectiva imposición de las sanciones previstas. Aunque se hace una referencia a la regla contenida en el artículo 354 TFUE²², dicho *mecanismo de salvaguarda* está previsto para aquellos casos en los que (solo) un Estado miembro está vulnerando los valores de la Unión, pero resulta del todo ineficaz cuando son varios los que están vulnerándolos, como ocurre en el supuesto actual, en el que la entente húngaro-polaca impide cualquier avance en este sentido²³.

Tras analizarlos desde un prisma crítico, concluimos que los mecanismos de la Unión para garantizar el Estado de Derecho en su seno han sido ineficaces por la *convergente* postura iliberal de Orbán y Kaczyński. A pesar de su falta de efectividad directa, sí debemos reconocer la *sedimentación* del Estado de Derecho en la conciencia comunitaria, de modo que el TJUE ha llega-

por el gobierno húngaro fue la indemnización de aquellos que habían perdido su puesto de trabajo como consecuencia de dicha reforma y, por tanto, el objetivo inicial perseguido por la norma fue mantenido en el tiempo (Martín y Pérez de Nanclares, 2019: 155).

²⁰ https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75e-d71a1.0005.01/DOC_1&format=PDF.

²¹ Para profundizar sobre la falta de eficacia de este tipo de aproximación dialógica, podemos referirnos a nuestro trabajo en la Revista General de Derecho Público Comparado (BARROSO MÁRQUEZ, 2020: 11-12).

²² Las abstenciones no son computadas como votos negativos y el Estado miembro en cuestión no podrá votar.

²³ Viktor Orbán declaró que impediría cualquier intento de la Unión Europea de imponer sanciones a Polonia mediante el procedimiento contenido en el artículo 7 TUE (<http://abouthungary.hu/speeches-and-remarks/Orbán-Viktor-Warsaw-2017-09-22/>).

do a reconocer que el principio de confianza mutua, que originalmente era considerado como presunción *iure et de iure*, ha pasado a ser una presunción *iuris tantum* y, por tanto, puede ser “destruida” teniendo en cuenta el contexto. Es precisamente a la hora de considerar las concretas circunstancias para valorar si es posible superar el principio de confianza mutua donde entran en juego los resultados indirectos de los distintos mecanismos de garantía del Estado de Derecho en la Unión Europea, hasta el punto de que el TJUE, al resolver una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Irlanda en el caso *Minister for Justice and Equality*²⁴, reconoció – sobre la base de la importancia de la independencia judicial en relación con la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 19.1 TUE, señalada en el caso *ASJP*²⁵ – que la propuesta razonada de la Comisión Europea en el marco del artículo 7.1 TUE puede ser considerada como indicio material de la existencia de un riesgo de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SADURSKI, 2019: 205).

Ante esta encrucijada, la Comisión Europea propuso en 2018 la creación de un nuevo instrumento para hacer frente a las vulneraciones del Estado de Derecho en los Estados miembros: el condicionamiento de fondos de la UE, contenido en una iniciativa independiente y previsto también en la propuesta del Marco Financiero Plurianual para el periodo 2021-2027, que podría ser utilizado para “castigar económicamente” a los Estados miembros que vulneren el Estado de Derecho.

3. Condicionamiento de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho

La condicionalidad económica se convirtió en uno de los elementos fundamentales en la gestión financiera de la Unión Europea tras la crisis económica que vivimos hace poco más de una década (MORENO GONZÁLEZ, 2019). Sin embargo, hallamos la “novedad” en la utilización de dicha institución respecto de asuntos que no son estrictamente económicos, pues el condicionamiento de los fondos de la Unión Europea al cumplimiento del Esta-

²⁴ Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality contra LM* (C-216/18 PPU <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CC0216&from=EN>).

²⁵ Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas* (C-64/16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0064&from=PT>).

do de Derecho, aunque encuentra su base jurídica en el artículo 322 TFUE (principalmente la adopción de reglamentos para determinar las reglas de establecimiento y ejecución del presupuesto), trae causa de motivos de otra índole a los que más adelante haremos referencia y entre los que se encuentra, por ejemplo, la vulneración de la independencia judicial²⁶. Debemos tener en cuenta, asimismo, que este cambio de dirección podía ser ya vislumbrado (antes de que el instrumento que aquí analizamos superase el “veto” impuesto por Hungría y Polonia²⁷) cuando la Comisión Europea decidió denegar fondos concretos de la Unión Europea a seis ciudades polacas por haberse declarado “zonas libres de LGTBI”²⁸; pues con esta decisión procedió a vincular, aun de forma individualizada, la recepción de fondos comunitarios al cumplimiento de requisitos de carácter material, como es el respeto a los derechos fundamentales y, en concreto, la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género²⁹.

3.1. Desarrollo de la propuesta para el condicionamiento de fondos

La propuesta inicial de la Comisión Europea ya fue analizada en nuestro artículo de la *Revista General de Derecho Público Comparado* (BARROSO MÁRQUEZ, 2020), por lo que en esta contribución trataremos de exponer sucintamente sus aspectos más relevantes y, sobre todo, aquellos que han sufrido modificaciones en ulteriores fases del procedimiento legislativo de la Unión Europea, para realizar un estudio comparativo del texto original y la

²⁶ Actualmente alrededor del 75% del presupuesto de la UE se encuentra afectado por algún tipo de condicionalidad (FISICARO, 2019: 705). Pese a ser una vía de actuación habitual en el ámbito comunitario, en este caso se pretende utilizar de forma novedosa mediante la vinculación el Estado de Derecho a la eficiencia en la gestión económica.

²⁷ Aunque técnicamente no podían vetar el mecanismo (que se adoptaría por mayoría cualificada del Consejo), amenazaban con vetar la aprobación del Marco Financiero Pluri-anual para 2021-2027, ya que este instrumento sí requiere la unanimidad para ser aprobado (RUBIO, 2020).

²⁸ <https://www.europapress.es/internacional/noticia-von-der-leyen-recuerda-polonia-ue-libre-querer-quien-quiera-20200730185914.html>.

²⁹ Debemos subrayar que la decisión se ha podido tomar porque la concreta convocatoria de las ayudas (artículo 11 del Reglamento (UE) 390/2014 del Consejo, de 14 de abril de 2014, por el que se establece el programa «Europa para los Ciudadanos» para el período 2014-2020) requería que la Comisión garantizase su coherencia con los instrumentos de otros ámbitos de acción de la Unión y, particularmente, respecto de los derechos y libertades fundamentales, la igualdad entre mujeres y hombres o la lucha contra la discriminación (BARROSO MÁRQUEZ, 2021b).

redacción definitiva del instrumento tras las enmiendas en sede del Parlamento Europeo y las Conclusiones del Consejo y, así, extraer conclusiones sobre la idoneidad de este *nuevo* mecanismo.

En la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el marco financiero plurianual para el periodo 2021-2027 ya se hacía referencia al condicionamiento de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho³⁰. Más adelante, la Comisión elaboró la propuesta de un reglamento específico para defender el presupuesto comunitario de las vulneraciones del Estado de Derecho en los Estados miembros mediante la COM (2018) 324 final³¹ y, posteriormente, su contenido fue pulido por las distintas enmiendas que se realizaron en su tramitación en el Parlamento Europeo, especialmente en las Comisiones de Presupuestos (BUDG) y de Control Presupuestario (CONT). Con carácter ilustrativo, podemos señalar que las enmiendas 33 a 44³² modificaron el tenor literal del artículo 3 en varios sentidos: su rúbrica pasó de *Medidas a Riesgos para los intereses financieros de la Unión*³³; y se eliminó el apartado segundo, que contenía una enumeración de las distintas situaciones que podían, *en particular, considerarse deficiencias generalizadas del Estado de Derecho*³⁴.

³⁰ COM(2018) 322 final/2 (CORRIGENDUM), que sustituye a la COM(2018) 322 final ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0322R\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0322R(01)&from=EN)), páginas 4 y 6, especialmente el artículo 7 (*Ajustes relacionados con medidas vinculadas a una buena gobernanza económica o a la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas por lo que respecta al Estado de Derecho en los Estados miembros*).

³¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC-0324&from=EN>). También debemos señalar las referencias en la COM (2018) 321 final, página 80; la COM (2018) 375 final, apartado tercero y considerando 6; la COM (2018) 387 final, considerando 35; y la COM (2018) 392 final, considerando 46 y artículo 6.

³² P8_TA(2019)0038, Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 17 de enero de 2019 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52-019AP0038&from=ES>).

³³ Este instrumento encuentra su base jurídica en el artículo 322 TFUE, por lo que su objetivo no es la protección de la Unión Europea ante la vulneración del Estado de Derecho *per se*, sino ante las consecuencias que dicha vulneración puede tener respecto del presupuesto comunitario. Por tanto, este cambio de rúbrica se produjo para adecuar la propuesta al principio de atribución de competencias (5 TUE) que rige el funcionamiento de la Unión.

³⁴ Una de las críticas más sonadas que surgieron a raíz de esta propuesta es la vulneración del principio de igualdad de trato a los distintos Estados miembros. Los representantes de

El 3 de octubre de 2018 las Comisiones BUDG y CONT presentaron sus respectivos informes sobre la propuesta, incluyendo diversas enmiendas, entre las que destacaba la igualdad del Parlamento Europeo y del Consejo a la hora de adoptar y levantar las medidas. El 13 de diciembre el informe fue votado en las comisiones y cinco días más tarde, el 18 de diciembre, fue llevado al pleno, para celebrar un debate los días 16 y 17 de enero de 2019, tras el que se adoptó la Resolución T8-0038/3019, devolviendo el documento de nuevo a las Comisiones BUDG y CONT. El 4 de abril de 2019 el Parlamento Europeo adoptó la resolución legislativa en primera lectura, incorporando algunas de las enmiendas, entre las que destacaban la inclusión de una definición de las deficiencias generalizadas cuando estas afectaban a la eficiente gestión financiera del presupuesto de la UE, una serie de factores indicativos de que se puede estar produciendo dicha deficiencia generalizada, la señalada igualdad entre el PE y el Consejo y la creación de un comité de expertos independientes con funciones de asistencia técnica³⁵.

La propuesta inicial surgió a raíz del “fracaso” de los mecanismos tradicionales de garantía del Estado de Derecho en la Unión Europea y, por tanto, ante la imposibilidad actual de reformar los Tratados de la Unión, la Comisión pretende aprovechar el vínculo económico contenido en el artículo 322 TFUE para crear un nuevo instrumento en manos de la Unión que, si bien no tiene como objetivo principal la defensa del Estado de Derecho, lo protege ligándolo a la buena gestión económica de la UE³⁶. Sin embargo, en un principio la propuesta adolecía de varios defectos que suscitaron la preocupación de la doctrina y de las distintas instituciones comunitarias, entre los

países como Hungría y Polonia señalaban que las situaciones a las que se hacía referencia en el texto original coincidían en gran medida con las reformas llevadas a cabo en sendos países y que, por tanto, el instrumento resultante no tendría un carácter general, sino que, por el contrario, estaría dirigido a varios Estados miembros en concreto.

³⁵ Más detalles del procedimiento legislativo en <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-new-boost-for-jobs-growth-and-investment/file-mff-protection-of-eu-budget-in-case-of-rule-of-law-deficiencies>.

³⁶ En este sentido, Marco Fisicaro (2019) rubrica uno de los apartados de su artículo “¿Defendiendo el presupuesto o el Estado de Derecho?”. Sin embargo, entendemos que esta separación tan estanca no es conveniente, pues si tenemos en cuenta la naturaleza del Reglamento, tal y como expondremos, vemos que en realidad su objetivo es la defensa del Estado de Derecho *mediante* la defensa del presupuesto de la Unión Europea. El portavoz del PE, Jaime Duch, ha afirmado que “es la primera vez que se establece jurídicamente un vínculo [...] entre el acceso a los fondos de la UE y el respeto al Estado de Derecho” (https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-12-24/entrevista-jaume-duch-parlamento-europeo-ue_2882508/).

que destacaban la excesiva discrecionalidad de la Comisión Europea³⁷, la posibilidad de que las medidas supusieran un perjuicio para los beneficiarios finales y que, como consecuencia de esto último, se percibiese el nuevo mecanismo como una injerencia respecto de la soberanía nacional y aumentase – como *daño colateral* – el apoyo ciudadano a los partidos políticos nacionales en los que se encuentra la raíz del problema.

Respecto de esta última problemática, la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2020, sobre la Posición del Consejo sobre el proyecto de presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2021³⁸, ha creado una nueva línea presupuestaria – con el comentario presupuestario correspondiente – destinada a “proteger y promover los derechos y sensibilizar sobre ellos, proporcionando apoyo financiero a las organizaciones de la sociedad civil activas a nivel local, regional y transnacional en la promoción y el cultivo de estos derechos, reforzando así también la protección y promoción de los valores de la Unión y el respeto del Estado de Derecho y contribuyendo a la construcción de una Unión más democrática, al diálogo democrático, la transparencia y la buena gobernanza”. La relevancia de este tipo de iniciativas, desde nuestro punto de vista, se encuentra en que es imposible – y poco recomendable – la imposición exógena del Estado de Derecho, por lo que modificar únicamente los mecanismos coactivos de la Unión Europea no tiene sentido si de forma simultánea no se educa a los ciudadanos – como garantes últimos – en estos valores. En pocas palabras: sin una adecuada *implantación* de la importancia de este valor en el sentir colectivo las esperanzas depositadas por algunos en que la población no volverá a votar a los partidos que están vulnerando abiertamente el Estado de Derecho se convierte en una utopía.

³⁷ Hicimos referencia a la divergencia de la actuación de la Comisión Europea respecto de Hungría y Polonia (BARROSO MÁRQUEZ, 2020), pero también debemos tener en cuenta que la propia redacción de la propuesta original de la Comisión hacía surgir dudas respecto de la seguridad jurídica al hablar de “deficiencias generalizadas” (Dimitrovs y Droste, 2020), como también señaló en su momento el Tribunal de Cuentas Europeo en su Dictamen 1/2018, de 17 de agosto de 2018 (https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/OP18_01/OP18_01_ES-.pdf). La falta de precisión a la hora de definir este término permitiría una interpretación amplia o extensiva y, como consecuencia, sería cuestionable que el mecanismo que pretende salvaguardar el Estado de Derecho no se adecúe a las exigencias inherentes a este último, entre las que se encuentra la seguridad jurídica.

³⁸ P9_TA-PROV(2020)0385 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0-0385_ES.pdf).

3.2. Texto definitivo del Reglamento de condicionamiento de fondos

La Posición (UE) N.º 16/2020 del Consejo en Primera Lectura fue adoptada con vistas a la posterior adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo³⁹. Finalmente, el Reglamento 2020/2092, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, fue aprobado mediante una Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2020⁴⁰.

El objeto del Reglamento será, conforme a lo establecido en el artículo 1, establecer las “disposiciones necesarias para la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros”. A continuación, el artículo 2 desarrolla los conceptos autónomos de “Estado de Derecho” y “entidad pública”, pero hemos de subrayar que respecto del primero no recoge una definición integral⁴¹, sino que únicamente enumera sus componentes: “los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley”.

El artículo 3 recoge tres situaciones que pueden considerarse indicio de vulneración de los principios del Estado de Derecho: poner en peligro la independencia judicial; no impedir, corregir o sancionar decisiones arbitrarias o ilícitas por parte de las autoridades públicas, retener recursos financieros/humanos que afecten a su buen funcionamiento o no garantizar la ausencia de conflictos de interés; y limitar la disponibilidad y eficacia de las vías de

³⁹ Adoptada el 14 de diciembre de 2020 ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020AG0016\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020AG0016(01)&from=ES)).

⁴⁰ P9_TA-PROV(2020)0356 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0356_ES.pdf).

⁴¹ Como sí realiza, por ejemplo, el Informe sobre el Estado de Derecho en 2020 y su situación en la Unión Europea, contenido en la COM (2020) 580 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0580&from=EN>), que no solo señala los principios que este engloba (reproducidos por el presente Reglamento), sino que además define con carácter previo el concepto, afirmando que en un Estado de Derecho “todos los poderes públicos actúan siempre dentro de los límites fijados por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y los derechos fundamentales, y bajo el control de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales”.

recurso judicial⁴². El artículo 4 completa este catálogo haciendo referencia a las condiciones necesarias para que se puedan adoptar las medidas y, especialmente, debemos tener en cuenta que pueden adoptarse cuando la vulneración de los principios del Estado de Derecho “afecta o amenaza con afectar gravemente” la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo, ya que esto implica que las medidas tienen una naturaleza tanto reactiva como preventiva, por lo que podrán utilizarse para subsanar defectos ya materializados, pero también para evitar deficiencias inminentes.

Como ya señalamos anteriormente, el mecanismo de condicionalidad no trae causa del Estado de Derecho como elemento *aislado*, sino que surge teniendo en cuenta la existencia de “una clara relación entre el respeto del Estado de Derecho y la ejecución eficiente del presupuesto de la Unión”⁴³. Como consecuencia, el apartado segundo del artículo 4 relaciona la vulneración de los principios del Estado de Derecho – a los efectos del mecanismo contenido en dicho reglamento – con distintos aspectos financieros, como el buen funcionamiento de las autoridades que ejecutan el presupuesto de la Unión; el buen funcionamiento de las autoridades que realizan el control financiero, la supervisión y las auditorías; el buen funcionamiento de los servicios de investigación y de la fiscalía en relación con la investigación y el ejercicio de la acción penal por fraude; el control judicial efectivo, por órganos judiciales independientes, de las acciones u omisiones de las autoridades señaladas anteriormente; la prevención y la sanción del fraude; la recuperación de los fondos indebidamente pagados; o la cooperación eficaz y en tiempo oportuno con la OLAF⁴⁴.

Tras comprobar que se cumplen estas condiciones, podrán adoptarse una o varias de las medidas contenidas en el artículo 5.1, divididas en dos grupos en función del modo en que la Comisión ejecute el presupuesto de la Unión. Si lo ejecuta en régimen de gestión directa o indirecta y el beneficiario es una entidad pública podrá suspender los pagos o la ejecución del compromiso jurídico o resolver el compromiso jurídico; prohibir la contrac-

⁴² En este caso proporciona varios ejemplos, como el establecimiento de normas procesales restrictivas, la no ejecución de las resoluciones judiciales y la limitación de la efectividad de la investigación, persecución o sanción de las infracciones del Derecho.

⁴³ Considerando 13 de la Posición (UE) N.º 16/2020 del Consejo.

⁴⁴ Nos encontramos ante una lista de carácter abierto, pues la letra h) concluye haciendo referencia a “otras situaciones o actuaciones de las autoridades que sean pertinentes para la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o para la protección de los intereses financieros de la Unión”.

ción de nuevos compromisos jurídicos; suspender el desembolso total o parcial de los tramos o el reembolso anticipado de préstamos garantizados por el presupuesto de la Unión; suspender o reducir la ventaja económica obtenida en virtud de un instrumento garantizado por el presupuesto de la Unión; o prohibir la suscripción de nuevos acuerdos sobre préstamos u otros instrumentos garantizados por el presupuesto de la Unión. Mientras que si lo ejecuta en régimen de gestión compartida con los Estados miembros podrá suspender la aprobación de uno o más programas o modificarlos; suspender los compromisos; reducir los compromisos incluso mediante correcciones financieras o transferencias a otros programas de gasto; reducir la prefinanciación; interrumpir los plazos de pago; o suspender los pagos.

Estas medidas serán adoptadas conforme al principio de proporcionalidad, como prevé el apartado tercero de este precepto, teniendo en cuenta “las repercusiones reales o potenciales que tenga la vulneración de los principios del Estado de Derecho en la correcta gestión financiera del presupuesto de la Unión o en los intereses financieros de la Unión” y, en especial, “la naturaleza, la duración, la gravedad y el alcance de la vulneración”. Asimismo, tratando de subsanar uno de los defectos señalados en relación con la propuesta original de la Comisión, los apartados 2, 4 y 5 del artículo 5 prevén un régimen de protección de los beneficiarios finales de los fondos comunitarios estableciendo que, salvo disposición expresa en contrario, las medidas adoptadas no afectarán a las obligaciones de las entidades públicas nacionales de ejecutar los programas o fondos afectados por la medida; y previendo la creación de un sitio web con información y orientaciones para los destinatarios o beneficiarios finales, que contenga herramientas adecuadas para que estos informen a la Comisión sobre cualquier incumplimiento de dichas obligaciones que les afecte directamente.

El cauce procedimental establecido en el artículo 6 para la adopción de estas medidas consta de varias fases, como expondremos a continuación, pero su principal característica es la exigencia de un diálogo fluido y un intercambio de información constante entre el Estado miembro en cuestión y las instituciones de la Unión, así como entre estas últimas. El primer paso es la constatación por parte de la Comisión de que existen motivos razonables para considerar que se cumplen las condiciones del artículo 4⁴⁵, en cuyo caso

⁴⁵ Para llevar a cabo esta tarea se podrá tener en cuenta información pertinente procedente de fuentes disponibles, incluidas decisiones, conclusiones y recomendaciones de las instituciones de la Unión, otras organizaciones internacionales y otras instituciones reconocidas. La información adicional podrá ser solicitada tanto con carácter previo a la notificación, como

remitirá al Estado miembro una notificación escrita que recoja los “elementos objetivos y los motivos específicos” que sirvan como fundamento para dicha constatación⁴⁶ e informará al Parlamento Europeo (PE) y al Consejo sobre la notificación y su contenido, de modo que el PE podrá invitar a la Comisión a un diálogo estructurado sobre sus constataciones⁴⁷.

Tras ello, el Estado miembro deberá proporcionar la información que se le requiera y podrá formular observaciones sobre esta constatación en el plazo indicado por la Comisión⁴⁸, en las que podrá proponer la adopción de medidas correctoras para abordar las constataciones incluidas en la notificación de la Comisión. Teniendo en cuenta la información recibida y las observaciones del Estado miembro, junto con la adecuación de las posibles medidas correctoras, la Comisión llevará a cabo su evaluación en el plazo indicativo de un mes a partir de la recepción de estas y, en caso de que el Estado no las envíe, a partir del vencimiento del plazo fijado para ello y, en cualquier caso, en un plazo de tiempo razonable. Finalmente, si la Comisión considera que se cumplen las condiciones del artículo 4 y que las medidas correctoras propuestas por el Estado no responden de forma adecuada a las constataciones incluidas en la notificación, presentará al Consejo una propuesta de decisión de ejecución sobre las medidas adecuadas en el plazo de un mes a partir de la recepción de las observaciones del Estado miembro o, de no haberse formulado, sin demora indebida y en todo caso en el plazo de un mes a partir del plazo previsto en el apartado 7⁴⁹. La decisión sobre la ejecución de las medidas será adoptada por el Consejo en el plazo de un mes a partir de la recepción de la propuesta de la Comisión⁵⁰ y este podrá, por mayoría cualifi-

con posterioridad, y será utilizada también para valorar la proporcionalidad de las medidas que eventualmente se impongan.

⁴⁶ Sin embargo, este trámite no es de carácter imperativo, pues a continuación prevé que la Comisión lo utilizará “a menos que considere que otros procedimientos establecidos en la legislación de la Unión permitan proteger el presupuesto de la Unión de manera más eficaz”.

⁴⁷ El artículo 8 prevé, asimismo, que la Comisión deberá informar al PE de toda medida propuesta, adoptada o levantada con arreglo a los artículos 5, 6 y 7.

⁴⁸ Entre uno y tres meses desde la notificación de las constataciones.

⁴⁹ Dicho apartado establece que la Comisión, antes de presentar la propuesta de ejecución, debe darle al Estado miembro en cuestión la oportunidad de presentar sus observaciones en el plazo de un mes, con especial énfasis respecto de la proporcionalidad de las medidas previstas.

⁵⁰ Se prevé una prórroga de dos meses para los “casos excepcionales” y, en todo caso, la posibilidad de que la Comisión ejerza los derechos que le son conferidos por el artículo 237 TFUE, de modo que para garantizar una decisión en tiempo oportuno podrá convocar la reunión del Consejo.

cada, modificar la propuesta de la Comisión y adoptar el texto modificado mediante una decisión de ejecución.

Una vez adoptadas las medidas, el artículo 7 prevé las condiciones necesarias y el procedimiento a seguir para su levantamiento⁵¹. En primer lugar, el Estado miembro al que se le hayan impuesto podrá adoptar en todo momento nuevas medidas correctoras y presentar a la Comisión una notificación escrita que contenga pruebas para demostrar que se han dejado de cumplir las condiciones del artículo 4. La Comisión, sobre la base de las pruebas aportadas por el Estado en cuestión y de la adecuación de las medidas correctoras adoptadas, volverá a evaluar la situación, bien a instancia de este último⁵², bien por iniciativa propia en el plazo de un año desde la adopción de medidas por el Consejo. Dependiendo de los resultados obtenidos la nueva evaluación de la Comisión podrá tener distintas consecuencias: si considera que se han dejado de cumplir las condiciones del artículo 4 presentará al Consejo una propuesta de decisión de ejecución por la que se levanten las medidas adoptadas; si considera que la situación ha sido parcialmente subsanada, presentará al Consejo una propuesta de decisión de ejecución por la que se adapten las medidas adoptadas; y si considera que la situación que provocó la adopción de las medidas no ha sido subsanada dirigirá al Estado miembro una decisión motivada e informará al Consejo al respecto. Finalmente, si se levantan las medidas adoptadas y estas consisten en la suspensión de determinados programas o compromisos⁵³, se prevé que los importes correspondientes a los compromisos suspendidos serán consignados en el presupuesto de la Unión, pero esta consignación no se producirá *sine die*, sino que establece a modo de limitación que “no podrán consignarse en el presupuesto después del ejercicio $n+2$ ”.

El artículo 9 recoge la obligación de la Comisión Europea de informar, en plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor del Reglamento, al PE y al Consejo sobre su aplicación, especialmente respecto de la eficacia de las medidas adoptadas. Finalmente, el artículo 10 prevé la entrada en vigor

⁵¹ Asimismo, se establece la aplicación analógica del procedimiento establecido en los apartados 3, 4, 5, 6, 9, 10 y 11 del artículo 6, según corresponda.

⁵² Si el Estado miembro presenta la notificación escrita, la Comisión tendrá un mes para presentar su propuesta o adoptar su decisión. Este plazo podrá ser prorrogado ante circunstancias debidamente justificadas, pero en este caso la Comisión deberá informar sin demora al Estado en cuestión sobre los motivos de la prórroga.

⁵³ El artículo 7.3 se refiere a la “suspensión de la aprobación de uno o más programas o sus modificaciones a que se refiere el artículo 5, apartado 1, letra b), inciso i), o a la suspensión de compromisos a que se refiere el artículo 5, apartado 1, letra b), inciso ii)”.

del Reglamento a los veinte días de su publicación en el DOUE y su aplicabilidad a partir del 1 de enero de 2021.

Sin embargo, además del contenido de este Reglamento debemos tener en cuenta las Conclusiones del Consejo Europeo de 11 de diciembre de 2020 (EUCO 22/20)⁵⁴, que recogen una serie de concesiones para superar el *veto* de Hungría y Polonia⁵⁵. En este documento el Consejo Europeo conviene que el mecanismo de condicionalidad debe aplicarse respetando el principio de igualdad de trato y de tutela judicial efectiva; que la Comisión Europea pretende elaborar unas directrices sobre la aplicación del Reglamento y que, si se interpone un recurso de anulación respecto del Reglamento, estas directrices no podrán finalizarse hasta que el TJUE dicte sentencia resolviendo dicho recurso; que hasta que se ulimen estas directrices la Comisión no propondrá medidas con arreglo al Reglamento; que en todo caso la aplicación del mecanismo respetará su carácter subsidiario; que las medidas deberán ser proporcionadas a la repercusión que tenga la vulneración del Estado de Derecho en la correcta gestión financiera de la Unión; que la mera constatación de que ha tenido una vulneración del Estado de Derecho no bastará para activar el mecanismo; y que *no se refiere a deficiencias generalizadas* porque los factores desencadenantes comportan una “lista cerrada de elementos homogéneos”.

El PE se ha pronunciado al respecto, señalando que “la aplicabilidad, la finalidad y el ámbito de aplicación del Reglamento relativo al Estado de Derecho están claramente definidos en el texto jurídico de dicho Reglamento” y – de conformidad con lo establecido en el artículo 15.1 TUE – “el Consejo Europeo no ha de ejercer función legislativa alguna”⁵⁶. Tras ello, concluye que “no se puede considerar que una declaración política del Consejo Europeo constituya una interpretación de la legislación, ya que la labor de interpretación recae en el TJUE”; y añade que “las conclusiones del Consejo Europeo no pueden ser vinculantes para la Comisión a la hora de aplicar los actos jurídicos” y su aplicabilidad “no puede estar sujeta a la adopción de

⁵⁴ <https://www.consilium.europa.eu/media/47348/1011-12-20-euco-conclusions-es.pdf>.

⁵⁵ Esta situación queda patente cuando el apartado I.1 afirma identifica como su objetivo “encontrar una solución mutuamente satisfactoria y [...] responder a las preocupaciones expresadas en relación con el proyecto de Reglamento sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”.

⁵⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre el marco financiero plurianual 2021-2027, el Acuerdo Interinstitucional, el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea y el Reglamento relativo al Estado de Derecho (2020/2923(RSP)) (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0360_ES.pdf).

directrices, ya que el texto acordado es suficientemente claro y no se prevén instrumentos de ejecución”.

Al hilo de estas declaraciones debemos recordar que no es la primera ocasión en que se producen desavenencias en cuanto a los cauces de protección del Estado de Derecho entre las distintas instituciones de la Unión. Cuando la Comisión Europea decidió crear el nuevo marco para reforzar el Estado de Derecho, el Servicio Jurídico del Consejo de la Unión Europea elaboró una Opinión en la que concluía que este nuevo instrumento propuesto por la Comisión no era compatible con el principio de atribución que rige las competencias de la Unión, alegando que la protección del Estado de Derecho corresponde de forma exclusiva y excluyente al procedimiento sancionador recogido en el artículo 7 TUE⁵⁷. En el caso que ahora estudiamos la Opinión elaborada por el Servicio Jurídico del Consejo tiene carácter reservado⁵⁸, pero su contenido puede ser intuido si tenemos en cuenta la respuesta por el Gobierno polaco durante el periodo de reflexión, en la que se refiere a dicha Opinión para apoyar la incompatibilidad de la propuesta con el artículo 7 TUE (FISICARO, 2020: 712).

3.3. Análisis crítico: la viabilidad del instrumento y su idoneidad para la defensa del Estado de Derecho

Una vez expuesto el contenido del Reglamento y las conclusiones del Consejo Europeo debemos referirnos a los aspectos que podrían comprometer la viabilidad del condicionamiento de fondos como mecanismo para proteger o restaurar el Estado de Derecho.

En primer lugar nos encontramos el problema temporal, pues a la hora de articular el procedimiento necesario para la efectiva imposición de las medidas previstas nos topamos con cinco plazos distintos que deben ser respetados: aunque no se cite expresamente, entendemos que con carácter previo debe realizarse un estudio profundo (y por tanto dilatado) de la situación existente en el Estado miembro en cuestión; así como más adelante, ya con

⁵⁷ Opinión 10296/14 del Servicio Jurídico del Consejo de la Unión Europea, de 27 de mayo de 2014 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10296-2014-INIT/en/pdf>).

⁵⁸ El documento únicamente goza de “acceso parcial al público” a pesar de la petición realizada por Laurent Pech (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15097-2018-INIT/en/pdf>) y, por desgracia, no encontramos entre la información de carácter público las razones esgrimidas por el Servicio Jurídico del Consejo Europeo para oponerse a la COM (2018) 324 final.

carácter expreso, hallamos un plazo de uno a tres meses y otros tres plazos de un mes. En total, el proceso puede prolongarse más de seis meses y, por tanto, surgen dudas respecto de la adecuación del instrumento en cuanto a su fase preventiva, si bien para la fase reactiva se trata de plazos *habituales* en el ámbito de la Unión Europea. Esto es remediado – en parte – con la limitación de la consignación presupuestaria derivada del levantamiento de las medidas a los dos ejercicios posteriores ($n+2$), ya que esto supondría un incentivo para los gobiernos de los Estados miembros que eventualmente se vieran afectados por el condicionamiento de fondos para responder de forma rápida y adecuada a las indicaciones de las instituciones comunitarias. Asimismo, si tenemos en cuenta la posible naturaleza preventiva del condicionamiento (como se deriva de los artículos 4 y 5.3), los sucesivos plazos a los que nos hemos referido pueden servir como garantía de que el condicionamiento de fondos no sea utilizado apresuradamente, así como puede darse el caso de que las “amenazas” o “repercusiones potenciales” a las que se refiere el instrumento se materialicen en el transcurso de este proceso y, por tanto, acaben por confirmar la necesidad de que se adopten medidas respecto de ese Estado.

Vemos también que, aunque en el devenir del procedimiento legislativo se propuso la equiparación del Parlamento Europeo y el Consejo a la hora de tomar la decisión de proponer, adoptar y levantar las medidas derivadas de este instrumento; finalmente se ha optado por dotar de esta competencia con carácter exclusivo al Consejo, quedando relegado el Parlamento a un rol marginal, pues únicamente se prevé que este sea informado de las decisiones tomadas al respecto y que pueda invitar a la Comisión a un diálogo estructurado sobre sus constataciones. Como consecuencia, el futuro del condicionamiento queda en vilo por un motivo esencial: respecto del nuevo marco para reforzar el Estado de Derecho la opinión del Servicio Jurídico del Consejo no fue un impedimento porque la competencia para utilizarlo correspondía a la Comisión Europea y finalmente fue utilizado en el caso de Polonia; pero la competencia para que se materialice el condicionamiento de fondos – objetivo del instrumento que estudiamos – recae de forma exclusiva en el mismo Consejo cuyo Servicio Jurídico ha declarado que es contrario al principio de atribución de competencias. Precisamente por ello, las conclusiones del Consejo Europeo de 11 de diciembre a las que antes nos referimos, aunque carecen de valor jurídico vinculante, se convierten de facto en un elemento a tener en cuenta, pues en realidad el mecanismo originalmente propuesto por la Comisión ha quedado en manos de la voluntad política en el seno del Consejo y, por tanto, es imposible realizar un análisis de su viabi-

lidad desde un prisma estrictamente jurídico, sin incurrir en vaticinios⁵⁹. Este aspecto nos sirve también para descartar la posible discrecionalidad de la Comisión (por la amplitud de los términos utilizados en el texto del instrumento), ya que el Consejo, como única institución que puede adoptar, modificar y levantar las medidas, sirve como un doble filtro; pero esto no hace desaparecer la temida discrecionalidad, sino que únicamente la desplaza hacia el Consejo.

Finalmente, respecto de la polarización del discurso político en Hungría y Polonia, podemos ver cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que existen ciertos límites que deben ser respetados por los partidos políticos cuya ideología no coincide con el Estado de Derecho (CORTENS, 2017: 70), así como existen divergencias entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea⁶⁰. La mera existencia del concepto de “democracia militante” resulta incompatible con la fundamentación de la UE, en tanto en cuanto uno de sus pilares basilares es el respeto a la soberanía nacional; pero en un artículo reciente Sánchez Barrilao (2020: 115-8) ha señalado que de los artículos 2 y 7 del TUE se desprende un “patriotismo constitucional” que podría servir “para justificar medidas con las que reaccionar ante la desafección constitucional, en general, y una regresión democrática, en particular”⁶¹.

⁵⁹ Podríamos referirnos, por ejemplo, al cambio de tendencia que parece estar produciéndose respecto de la utilización del artículo 259 TFUE, ya que el Parlamento de Países Bajos pidió al gobierno que denunciara a Polonia ante el TJUE por la vulneración sistémica de la independencia judicial y cinco Estados miembros se personaron en el caso Comisión contra Polonia (C-791/19) por entender que las actuaciones del gobierno polaco suponían una amenaza directa al Estado de Derecho y, por tanto, a los fundamentos de la Unión Europea (ÍÑIGUEZ, 2021). Estos hechos pueden ser considerados el primer paso hacia el abandono de las relaciones diplomáticas tan *naïves* entre los distintos Estados miembros, pero como ya hemos señalado no se trata de cuestiones meramente jurídicas, sino que entran en juego cuestiones políticas y, por tanto, no puede ser analizado adecuadamente en esta sede.

⁶⁰ En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de democracia militante que imponga la adhesión a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico, como podemos ver en las SSTC 13/2001, 48/2003, 235/2007 y 12/2008.

⁶¹ El autor plantea la “desafección constitucional” como “fenómeno antagónico al patriotismo constitucional, puesto que cuestionamiento ideológico del pluralismo, de las minorías y de las libertades”. Para ello se refiere a los grupos políticos que, pese a respetar los aspectos formales de la democracia y el constitucionalismo, de facto generan sospechas de ruptura una vez alcanzan el poder y, por tanto, nos recuerda a la definición de iliberalismo y a la tradicional distinción entre las concepciones formales y materiales del Estado de Derecho.

Aunque puede parecer atractiva la idea de que la Unión Europea, por la evolución inherente al proceso de integración, ha dotado a sus valores fundamentales de la suficiente densidad material como para provocar su intervención en aquellos Estados miembros en los que el gobierno trata de implantar un modelo de Estado los vulnere; debemos ser conscientes de que la realidad es muy distinta por dos razones: en primer lugar, la propia configuración de la UE se caracteriza por el respeto de la soberanía nacional y por la voluntariedad en cuanto a su membresía; y, en segundo lugar, sería una imprudencia considerar que el proceso de implantación del Estado de Derecho es unidireccional, ya que este no solo depende de los esfuerzos externos de la Unión Europea a la hora de convencer –o presionar– a los Estados miembros para que lo respeten, sino que también vendrá determinado por el margen de aceptación de la población y por la educación en dichos valores. En este sentido, debemos recordar que la creación del mecanismo de condicionamiento de fondos al cumplimiento del Estado de Derecho está siendo acompañado del comentario presupuestario cuyo objetivo es el fomento de la educación en valores como la democracia y el Estado de Derecho; y, como consecuencia, entendemos que la Unión Europea está dando pasos en la dirección correcta.

Nos encontramos ante una verdadera encrucijada: aquellos defectos de los que adolecía la propuesta inicial de la Comisión han sido solucionados en gran medida gracias a la tramitación en las instituciones comunitarias; pero la preocupación no ha desaparecido, sino que ha sido desplazada a otras sedes. La discrecionalidad de la Comisión ahora es controlada por el Consejo, pero este también puede ser discrecional al decidir si adopta finalmente las medidas previstas cuando la situación lo exija, sobre todo si tenemos en cuenta que su propio Servicio Jurídico se ha pronunciado en contra. Como consecuencia, un instrumento que en principio parecía solucionar la problemática actual de la Unión relativa a la vulneración del Estado de Derecho en varios de sus Estados miembros, finalmente ha sido transformado en un mecanismo que reproduce los problemas característicos de los procedimientos tradicionales de garantía del Estado de Derecho y que, como consecuencia, queda convertido en una mera declaración de intenciones si no viene acompañado de una voluntad política adecuada y firme.

4. Conclusiones

Debemos comenzar afirmando que el discurso de odio que caracteriza a

los gobiernos actuales de Hungría y Polonia es del todo inaceptable en el seno de la UE. Para prevenir este tipo de situaciones es importante la educación de la ciudadanía en los valores del Estado de Derecho, la democracia y el respeto de los derechos fundamentales; pero en el caso actual no basta con la prevención, pues ya se ha instaurado el nuevo modelo de Estado iliberal contrario a los paradigmas del constitucionalismo liberal contemporáneo, sino que se ha convertido en una prioridad la creación de un nuevo instrumento *reactivo* en manos de la Unión Europea que garantice el respeto al Estado de Derecho en los Estados miembros.

La respuesta de la Unión se ha materializado en la propuesta de la Comisión Europea para condicionar los fondos al cumplimiento del Estado de Derecho por su relación con la buena gestión financiera del presupuesto comunitario, pero entendemos que surge de una suerte de *proceso de sedimentación* de la importancia del Estado de Derecho en la conciencia común y, como consecuencia, de la creación de una dimensión material cada vez más robusta del constitucionalismo comunitario. Sin embargo, el instrumento resultante dista de ser perfecto por las cuestiones que hemos señalado: la dilación temporal por los plazos previstos; la exclusión del Parlamento Europeo a la hora de adoptar, modificar y levantar las medidas; o el desplazamiento de la discrecionalidad de la Comisión al Consejo. Por tanto, la viabilidad y la idoneidad de este instrumento como garante del Estado de Derecho en el ámbito de la Unión Europea quedan al albur de la buena voluntad política en el seno del Consejo y, en todo caso, de la intervención del TJUE al resolver el posible –y probable– recurso de anulación respecto del Reglamento que lo contiene.

Finalmente, apuntaremos el que –en nuestra opinión– es uno de los mayores defectos de la Unión Europea a la hora de aproximarse a esta problemática. La vulneración del Estado de Derecho en los Estados miembros no es una cuestión estrictamente jurídica y que, por tanto, pueda ser solucionada gracias a la perfección de los instrumentos jurídicos creados, sino que entran en juego factores de otro tipo, principalmente políticos. Como consecuencia, alcanzar el acuerdo suficiente en aquellas instituciones comunitarias con carácter eminentemente político (como el Consejo) se convierte en una verdadera utopía. La solución podría hallarse si, además de los instrumentos de condicionamiento de *amplio alcance* o *macrocondicionamiento*, se apuesta también por la instauración de *microcondicionamientos* –como el texto de la convocatoria que fue utilizada para denegar fondos a las ciudades polacas que se habían declarado libres de LGTBI– que vayan provocando la progresiva armonización de los cánones estatales con respecto al concepto europeo

de Estado de Derecho sin que esto sea concebido como una injerencia en la soberanía nacional, así como por la creación de programas de la UE dirigidos a la educación en valores de los ciudadanos comunitarios que contrarresten la falta de imparcialidad de los medios de comunicación en los Estados iliberales.

Referencias bibliográficas

- BARROSO MÁRQUEZ, J. F. (2020): “Nuevas dinámicas en la Unión Europea: propuesta para la creación de fondos condicionados al cumplimiento del Estado de Derecho”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 28.
- BARROSO MÁRQUEZ, J. F. (2021a): “Respuesta de Polonia al COVID-19 y principio de legalidad: iliberalismo y elecciones presidenciales”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 36.
- BARROSO MÁRQUEZ, J. F. (2021b): “Estado de Derecho e igualdad: poder ejecutivo “ilimitado” y vulneración de los derechos LGTBI en Hungría y Polonia”, *IgualdadES*, 4.
- CORSTENS, G. (2017): “Understanding the Rule of Law”, Hart Publishing, Oxford.
- CRABIT, EMMANUEL Y BEL, N. (2019): “The EU Rule of Law Framework”, en Werner Schroeder (ed.) *Strengthening the Rule of Law in Europe*. Hart Publishing, Oxford.
- DIMITROVS, A. Y DROSTE, H. (2020): “Conditionality Mechanism: What’s In It?”, *Verfassungsblog* (<https://verfassungsblog.de/conditionality-mechanism-whats-in-it/>).
- FISICARO, M. (2019): “Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values”, *European Papers*, 4(3).
- ILGA-EUROPE (2020): “Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe and Central Asia”.
- ÍÑIGUEZ, G. (2021): “Taking (Fundamental) Rights Seriously”, *The New Federalist* (<https://www.thenewfederalist.eu/taking-fundamental-rights-seriously?lang=fr>).
- JACK, B. (2013): “Article 260(2) TFEU: An Effective Judicial Procedure for the Enforcement of Judgments?”, *European Law Journal*, 19(3).
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2019): “La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 43.

- MORENO GONZÁLEZ, G. (2019): “Estabilidad Presupuestaria y Constitución”. Tirant lo Blanch, Madrid.
- MÜLLER, J.-W. (2016): “Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU. The Idea of a Copenhagen Commission”, en Carlos Closa y Dimitry Kochenov (eds.) *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*. Cambridge University Press, Cambridge.
- RUBIO, E. (2020): “Rule of Law Conditionality: What Could an Acceptable Compromise Look Like?”, *Institut Jacques Delors*, Policy Brief October 2020.
- SADURSKI, W. (2019): “Poland’s Constitutional Breakdown”. Oxford, Oxford.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2020): “Sociedad del miedo y desafección constitucional”, *Revista de Derecho Político*, 108.
- SCHEPPELE, K. L. (2013): “Unconstitutional Constitutional Power”, https://www.sas.upenn.edu/andrea-mitchell-center/sites/www.sas.upenn.edu.dcc/files/uploads/-Scheppelle_unconstitutional%20constituent%20power.pdf.
- SEROWANIEC M. Y WITKOWSKI Z. (2020): “Can legislative standards be subject to ‘quarantine’? The functioning of the Tablet Sejm in Poland in the COVID-19 era”, *The Theory and Practice of Legislation* 8.
- TUORI, K. (2016): “From Copenhagen to Venice”, en Carlos Closa y Dimitry Kochenov (eds.) *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*. Cambridge University Press, Cambridge.
- ZAKARIA, F. (1997): “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, 76(2).

UNIONE EUROPEA E DIFESA DELLA *RULE OF LAW*:
CONSIDERAZIONI A PARTIRE DALLE RECENTI VICENDE
DI UNGHERIA, POLONIA E ROMANIA

IGNAZIO SPADARO

SOMMARIO: 1. Il nuovo meccanismo europeo di condizionalità finanziaria. – 2. *Rule of law*, Stato di diritto e «*democratic backsliding*» in Europa. – 3. La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania. – 4. I rimedi elaborati dall'Unione europea e relativi limiti. – 5. Considerazioni conclusive e possibili spunti per una tutela più efficace della *rule of law* a livello europeo. – 6. *Segue*. Insufficienza dello strumento giurisdizionale e necessità di una politica autenticamente europea

1. Il nuovo meccanismo europeo di condizionalità finanziaria

Il 1° gennaio 2021, dopo una fase preparatoria durata due anni, è entrato in vigore il regolamento n. 2092 del 2020¹. Com'è noto, esso ha introdotto un meccanismo di «*rule of law conditionality*»² abilitando, cioè, il Consiglio, su proposta della Commissione, a sospendere l'erogazione dei fondi comuni a quegli Stati membri i cui ordinamenti contrastino con i principi dello Stato di diritto (artt. 5 e 6). Il presupposto – forse, non del tutto scontato – è che simili carenze siano incompatibili con una gestione «sana» delle risorse a disposizione (*considerando* 8 e 13), sicché esse renderebbero necessario il blocco dei finanziamenti al fine di preservare il bilancio dell'Unione nella sua fase attuativa (artt. 317 e 322, § 1 TFUE). Tuttavia, già a ridosso della relativa adozione, sul nuovo strumento si sono addensate alcune incognite. Sul piano politico si è registrata, anzitutto, una brusca frenata da parte del Consiglio europeo, il quale nelle sue *Conclusioni* dell'11 dicembre 2020³ – duramente

¹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020.

² La locuzione, assente nel testo del regolamento, ricorre con una certa frequenza negli atti del Parlamento europeo (da ultimo, la ris. P9_TA-PROV(2020)0360 del 17 dicembre 2020) e in dottrina.

³ EUCO 22/20. Frutto di un'intensa opera di mediazione volta a superare il veto inizialmente apposto da Polonia e Ungheria ai connessi documenti di programmazione economico-finanziaria, il documento ha, in realtà, lasciato emergere quella divergenza di vedute tra i vari

contestate, *in parte qua*, dal Parlamento⁴ – ha affermato l'insindacabilità delle scelte di legislazione interna concernenti «*the national identities of Member States*» (§ I.2), evidenziando, altresì, la necessità che il nesso tra violazioni della *rule of law* e la sussistenza di pregiudizi per il bilancio dell'UE venga accertato in ciascun caso concreto (§ I.2.e, co. 1). Ed ancora, secondo l'organo in questione la nuova disciplina non potrebbe applicarsi né alle violazioni della *rule of law* già esistenti al momento della relativa entrata in vigore (§ I.2.k), né a quelle aventi carattere sistemico (§ I.2.e, co. 2), e, in ogni caso, necessiterebbe di disposizioni attuative. Quest'ultimo fattore, in particolare, sembra rinviare *sine die* l'applicazione dell'atto, atteso che la stesura delle linee-guida dovrebbe avvenire «*in close consultation*» tra la Commissione e tutti gli Stati (ivi compresi quelli che avrebbero interesse a ritardarle o attenuarne il rigore) e, comunque, soltanto dopo che la Corte di giustizia abbia dissipato eventuali dubbi sulla validità dello stesso regolamento (§ I.2.c). Validità, che, invero, già nelle more dell'approvazione è stata più volte contestata in dottrina, specie per il fatto che l'eventuale sospensione dei diritti economici nascenti dai Trattati, ivi prevista, opererebbe senza le garanzie procedurali fissate dall'art. 7 TUE⁵.

Quanto appena richiamato rischia di impattare negativamente sulla concreta possibilità, per le istituzioni europee, di contrastare quella crisi dello Stato di diritto che, come recentemente confermato anche dalla Commissione nella sua prima relazione annuale sul tema⁶, si registra da tempo in alcuni Paesi

attori istituzionali europei che aveva accompagnato il dibattito sulla *rule of law conditionality* sin dall'inizio, come ricostruito da DIMITROVS, DROSTE (2020).

⁴ V. la cit. risoluzione P9_TA-PROV(2020)0360, da un canto, ne ha rimarcato l'inefficacia giuridica (§§ 4, 5) e, dall'altra, ha lasciato intendere di essere pronto ad approvare una mozione di censura nei confronti della Commissione (§ 8), qualora quest'ultima se ne lasciasse, invece, condizionare. Il 26 gennaio 2021, in una nota al Presidente della Commissione Affari giuridici dell'Europarlamento (ref. D(2021)1652), il Presidente della Commissione Affari costituzionali ha persino prospettato la possibilità di ricorrere alla Corte di giustizia, per lamentare un'indebita ingerenza, da parte del Consiglio europeo, nell'esercizio della funzione legislativa spettante al Parlamento. In dottrina, cfr. analogamente le censure mosse da ALEMANNO, CHAMON (2020).

⁵ In questo senso, in particolare, CASTORINA (2020: 50 ss.) cui cfr., per alcuni profili ulteriori, HEINEMANN (2018: 299 ss.) e BLAUBERGER, HÜLLEN (2021: 9 ss.). In senso più favorevole, invece, KELEMEN (2018), HALMAI (2019: 171 ss.) e FISICARO (2019: 711 ss.).

⁶ Comunicazione COM(2020) 580 final del 30 settembre 2020, corredata da ventisette *national chapters* (per l'Ungheria, la Polonia e la Romania v., rispettivamente, le comunicazioni SWD(2020) 316 final, SWD(2020) 320 final e SWD(2020) 322 final). Tali atti si inseriscono nel più ampio meccanismo europeo per lo Stato di diritto, su cui v. meglio *infra*, § 4.

dell'Unione⁷. Da qui l'opportunità di interrogarsi sul potenziale degli altri strumenti oggi disponibili, alla luce sia del paradigma al quale le legislazioni nazionali andrebbero ricondotte, sia dell'entità degli scostamenti sinora verificatisi. Proprio da tali profili sembra, quindi, opportuno avviare queste riflessioni.

2. *Rule of law*, Stato di diritto e «*democratic backsliding*» in Europa

Il concetto di *rule of law*, benché abbia origini antiche⁸, deve la sua prima sistematizzazione moderna al giurista britannico DICEY (1886). In essa non è difficile cogliere, *in nuce*, quei medesimi principi che sin dalla fine del XVIII secolo avevano trovato enunciazione in Francia con riferimento all'«*État de droit*»⁹ e che, specie per merito della giuspubblicistica di lingua tedesca sul «*Rechtsstaat*»¹⁰, a partire dal tardo Ottocento si sarebbero, infine, irradiati su tutto il continente¹¹.

Storicamente distinte¹², le suddette locuzioni tendono tuttavia ad essere intese alla stregua di sinonimi dalla dottrina più recente¹³ e, in ogni caso, fi-

⁷ Va precisato che Ungheria, Polonia e Romania, su cui questo lavoro è incentrato, sono i Paesi in cui la crisi dello Stato di diritto è emersa con maggiore gravità, ma non gli unici ad esserne affetti, come testimoniano il conflitto recentemente esploso tra il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale ucraini e i perduranti problemi concernenti l'indipendenza del potere giudiziario in Bulgaria, su cui v. rispettivamente CHERVIATSOVA (2021) e BAKSANOVA (2020: § 2 ss.).

⁸ Cfr. i richiami a Platone ed Aristotele operati da COGLIANDRO (2015: 431).

⁹ CARRÉ DE MALBERG (1920: 489) fa risalire lo Stato di diritto alla teoria della costituzione adottata dall'Assemblea costituente del 1789 sulla scorta – secondo KRIEGEL (2002: 82 ss.) – della riflessione condotta nel XVI secolo da J. Bodin e dagli altri teorici della sovranità, specie inglesi e olandesi. La locuzione richiamata nel testo è, però, successiva a quella tedesca e risale a DUGUIT (1911).

¹⁰ Al riguardo v. ampiamente BIN (2011: 1149 ss.), cui cfr. le molteplici divergenze dogmatiche richiamate da DI MARTINO (2018: 5 ss.).

¹¹ Non è qui possibile soffermarsi sui molteplici snodi di tale ampio, variegato e duraturo processo, così come sull'ascendente esercitato, al riguardo, dall'analoga ma (storicamente) distinta nozione di «*rule of law*». Sul tema si rinvia, pertanto, a SANTORO (2008: 1 ss.), mentre sul recepimento della nozione in discorso da parte della dottrina e, poi, della giurisprudenza costituzionale italiane v. per tutti BIN (2011: 1155 ss.), BALDINI (2018: 2 ss.), DI MARTINO (2018: 21 ss.).

¹² Cfr. BIN (2011: 1152 s.).

¹³ V. tra gli altri BARTOLE (2008: 1122), COGLIANDRO (2015: 430), RIDOLA (2018: 128 ss.), ZAGREBELSKY (2017: 116). Ritiene, invece, ancora utile il suddetto distinguo terminologico CASTORINA (2018: 79 s.).

gurano come tali nelle traduzioni ufficiali dei Trattati europei. In generale, esse vengono solitamente utilizzate in due diverse accezioni¹⁴. In senso stretto (o formale), designano semplicemente una forma di Stato in cui i consociati sono vincolati, tutti ed in egual misura, al rispetto delle medesime leggi (principio di uguaglianza) e chi è investito di poteri autoritativi deve esercitarli in conformità alla legge (principio di legalità)¹⁵. In senso lato (o sostanziale), la nozione è, invece, più strutturata, poiché contempla anche la nota separazione montesqueuiana dei poteri e la fissazione di diritti costituzionali inviolabili, dalla cui minaccia o lesione l'individuo possa difendersi invocando l'intervento di un giudice che sia terzo, imparziale e, soprattutto, immune da condizionamenti politici¹⁶.

L'Unione europea, nel cui ordinamento il rispetto della *rule of law* costituisce un «valore» fondamentale a norma dell'art. 2 TUE¹⁷, ha fatto propria la seconda di tali ricostruzioni, a partire, almeno, dalla sentenza della Corte di giustizia sul caso *Kadi* (2008)¹⁸. Nel 2014 la Commissione, dal canto suo,

¹⁴ Sulla dicotomia tra *rule of law* formale e sostanziale, di seguito ripresa nel testo, v. la nota sistematizzazione di CRAIG (1997: 467 ss.).

¹⁵ V. puntualmente DICEY (1886: 174, 180) e, più di recente, la «*thin*» *definition*» proposta da TAMANAHA (2007: 3). Una concezione soltanto «formale» dello Stato di diritto fu sposata dalla maggior parte dei giuristi dei primi decenni del Novecento, specie in Italia e Germania, come ricordato da BIN (2011: 1151 ss.), ed ancora da KELSEN (1960: 345 ss.) e FINNIS (1980: 270 s.).

¹⁶ Cfr. gli «*additional principles*» di STEIN (2019: 198 ss.), che pure anticipa il principio della separazione dei poteri alla ricostruzione della *rule of law* in senso stretto (*ibid.*, p. 193), e cfr. già DICEY (1886: 210). La tutela dell'individuo dagli abusi del Potere, frequente nelle prime teorizzazioni ed oggi pacifica in dottrina (v. per tutti CASTORINA, 2018: 78 ss.), sia riemessa con convinzione solo negli ultimi decenni del XX secolo, sull'onda della diffusa insoddisfazione verso l'opposta concezione formale, rivela storicamente «compatibile anche con le forme più perverse di governo e di ingiustizia» (COGLIANDRO, 2015: 436; analogamente BALDINI, 2018: 3 ss.).

¹⁷ Nello stesso senso il Preambolo alla Carta di Nizza-Strasburgo e già l'art. F TUE, come modificato dal Trattato di Amsterdam (1997).

¹⁸ Invero, già la sent. CGCE 23 aprile 1986, § 23, causa 294/83, *Les Verts*, affermò la coerenza dei principi dello Stato di diritto a livello (allora) comunitario, ma è soltanto a decorrere dalla sent. CGCE (GS) 3 settembre 2008, causa C-402/05 P, *Kadi*, che la Corte sembra aver definitivamente ammesso la possibilità di fondarvi un sindacato di natura sostanziale (ossia, incentrato sul rispetto dei diritti inviolabili del singolo, dell'autonomia della magistratura *etc.*), come osservato da VLAJKOVIĆ (2020: 240 s.). È noto, inoltre, che il rispetto della *rule of law* figura tra le condizioni per l'adesione dei nuovi Stati sin dal Consiglio europeo di Copenaghen (1993), ma in assenza di un adeguato rigore sul piano applicativo, secondo DUDLEY (2020: 525 ss.).

traendo spunto dalla stessa giurisprudenza europea e dall'esperienza maturata, al riguardo, in seno al Consiglio d'Europa¹⁹, si è incaricata di enuclearne puntualmente i principi costitutivi, evidenziandone la comunanza alle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri e i diretti addentellati col principio democratico e la tutela della persona umana.

Proprio in quegli anni, tuttavia, la crescente insofferenza di larga parte della popolazione per le ricadute della crisi economica aveva già cominciato a minare la stabilità politica di diversi Stati membri, creando le condizioni per l'ascesa di nuovi partiti, di stampo nazionalista e populista. Ciò è accaduto, anzitutto, in Ungheria, dove ripetute vittorie elettorali hanno consegnato al raggruppamento ultraconservatore Fidesz-KDNP la maggioranza parlamentare necessaria a riscrivere interi settori dell'ordinamento, estendendo il potere statale fino ad erodere il pluralismo sociale e politico, nonché ad instaurare uno stretto controllo su università, imprese, associazioni e, tramite i *mass-media*, sull'intera opinione pubblica. Ebbene, è opinione diffusa tra i giuristi che il modello di democrazia che ne è emerso, definito «illiberale»²⁰ perché fondato sulla contrapposizione degli istituti di sovranità popolare allo Stato di diritto e sulla conservazione di quest'ultimo in senso meramente formale, lungi dal costituire una mera variante del paradigma ottocentesco, come rivendicato nel 2014 dall'attuale Primo ministro²¹, ne adombri, invece, un sostanziale ribaltamento («*democratic backsliding*»)²². Ben si comprende,

¹⁹ V. l'allegato I alla comunicazione COM(2014) 158 final, dell'11 marzo 2014. Per quanto concerne il Consiglio d'Europa, giova richiamare che la Commissione di Venezia, di seguito al *Report on the rule of law* del 25 marzo 2011 (CDL-AD(2011)003rev), puntualmente richiamato dalla Commissione europea, è ulteriormente tornata sul tema con la stesura di una *Rule of law checklist* (CDL-AD(2016)007, del 12 marzo 2016).

²⁰ Com'è noto, tale fortunata locuzione fu coniata da ZAKARIA (1997: 22 ss.). Sul tema v. più di recente, con particolare riferimento a Ungheria e Polonia, SAWICKI (2018: 15 ss.) e, in prospettiva geopoliticamente ampia, TONIATTI (2020: 3948 ss.), mentre per un'analisi degli argomenti con cui il concetto viene tuttora propugnato in ambito politico-elettorale cfr. BLOKKER (2019: 528 ss.).

²¹ Cfr. un passaggio del discorso pronunciato il 24 luglio 2014 a Băile Tușnad (Romania), dove testualmente si legge: «*the new state that we are building is an illiberal state, a non-liberal state. It does not deny foundational values of liberalism, as freedom, etc. But it [...] applies a specific, national, particular approach in its stead*» (in www.budapestbeacon.com). Nello stesso senso la «*counter-revolution*» più volte propugnata dall'attuale Vice Primo ministro polacco e leader del partito di maggioranza, Jarosław Kaczyński.

²² Cfr. testualmente BERMEO (2016: 5 ss.) e PECH, SHEPPELE (2017: 9 ss.), cui *adde* la nutrita rassegna di locuzioni analoghe operata da MILANI (2019: 2918). Sulla complessità del fe-

allora, la preoccupazione che tali dinamiche hanno suscitato a livello europeo, specie allorché esse hanno cominciato a manifestare, per così dire, una certa *vis expansiva*, replicandosi, più o meno fedelmente, nelle vicine Polonia e Romania²³.

3. La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania

Nel procedere a soppesare l'entità dei mutamenti cui si è poc'anzi accennato sembra opportuno focalizzarsi su tre grandi indicatori: il concreto funzionamento delle rispettive forme di governo, la composizione degli organi di giustizia costituzionale e l'attuale disciplina della magistratura ordinaria.

A) Il predominio di fatto degli Esecutivi e l'arretramento delle opposizioni parlamentari

Sul piano della forma di governo, in tutti e tre i Paesi si è assistito ad un progressivo sbilanciamento a favore del potere esecutivo, a scapito, in particolare, delle minoranze parlamentari.

In Ungheria, tale processo è iniziato già nel 2011 con l'adozione della nuova Legge fondamentale²⁴, la quale, predisposta da soli tre deputati di maggioranza ignorando, di fatto, le conclusioni del Comitato consultivo e della Commissione parlamentare di redazione nominati l'anno precedente, è stata approvata dopo appena trentacinque giorni, grazie a ripetute forzature procedurali²⁵ e senza alcuna conferma da parte del corpo elettorale²⁶. Il nuovo testo, pur mantenendo la forma di governo parlamentare, in realtà ne ha profondamente spostato il baricentro nelle mani del Presidente della Repubblica e dell'Esecutivo. Il primo, in particolare, benché sprovvisto di legitti-

nomeno in esame – comunque lo si voglia definire e ovunque accada nel mondo – v. di recente DI GREGORIO (2019) e DELY (2019: 12 ss.).

²³ Sulla prima crisi dello Stato di diritto rumena dell'era post-comunista, consumatasi brevemente nel 2012, non si avrà modo di tornare nel corso di questo lavoro e si rinvia, pertanto, a DIRRI (2019: 5 ss.).

²⁴ Approvata dal Parlamento il 19 aprile 2011 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2012. Al riguardo cfr. sin d'ora, anche per molteplici profili sostanziali, i rilievi formulati dalla Commissione di Venezia nella sua il 20 giugno 2011 (*opinion* n. 621/2011, CDL-AD(2011)016), peraltro già in parte anticipati il 28 marzo 2011 (*opinion* n. 614/2011, CDL-AD(2011)001).

²⁵ Sul punto si rinvia a VECCHIO (2013: 30).

²⁶ GRASSO (2019: 10) rimarca che il coinvolgimento dei cittadini si esaurì nella somministrazione di un questionario a risposta multipla, cui diede riscontro appena l'11% degli aventi diritto.

mazione democratica diretta e pressoché immune da responsabilità²⁷, gode di prerogative idonee ad incidere sull'indirizzo politico: ha iniziativa legislativa e referendaria (art. 9, § 3, lett. c, d L.F.) e potere di veto sospensivo, esercitabile anche per motivi di merito (art. 6 L.F.); scioglie anticipatamente il Parlamento qualora quest'ultimo respinga tutti i candidati alla carica di Primo ministro da lui proposti, ovvero non approvi nel termine il bilancio (art. 3 L.F.), cosa per la quale è peraltro necessario l'assenso di un apposito Consiglio, di nomina prevalentemente presidenziale²⁸. Ed ancora, in determinati casi, suscettibili di ampliamento con legge ordinaria, il Presidente può emanare validamente decreti senza necessità di controfirma e, anche in alcune delle materie in cui la controfirma è, invece, prevista, egli gode comunque di un discreto margine di discrezionalità (art. 9, § 5 ss. L.F.).

La concreta possibilità, per l'Assemblea nazionale, di controbilanciare il peso dell'Esecutivo, già affievolita dall'adozione di un sistema elettorale prevalentemente maggioritario e dalla contestuale riduzione dei seggi, si è ulteriormente ridotta per via del frequente ricorso a *referendum* confermativi, talora celebrati al di fuori di chiare cornici normative. A ciò si aggiungano la potenziale estromissione delle opposizioni dalle commissioni legislative e l'indebolimento degli strumenti di inchiesta e sindacato politico nei confronti del Governo, ai sensi della legge cardinale XXXVI (2012), nonché la facoltà, ad esso conferita, di comprimere la discussione sui disegni di legge di proprio interesse chiedendo l'applicazione della procedura d'urgenza (art. 60 ris. parl. 10/2014), ovvero paralizzando la proposta di emendamenti tramite il c.d. voto bloccato (art. 61 ss. ris. parl. 10/2014).

Anche negli altri due Paesi, dove il Parlamento già per Costituzione gode di minor centralità, perché caratterizzati da forme di governo semipresidenziali, si osserva una ricorrente svalutazione del momento legislativo. In Polonia un abuso della procedura accelerata, malgrado le molteplici censure della Corte suprema e della Commissione di Venezia²⁹, ha accompagnato persino

²⁷ A norma dell'art. 12 L.F. il Presidente, la cui persona è «inviolabile», può essere rimosso dal Parlamento con la medesima maggioranza (due terzi) necessaria per l'elezione a norma dell'articolo precedente, ma solo per specifici motivi, nessuno dei quali intercetta il merito (*de facto*, politico) delle sue decisioni.

²⁸ Il Consiglio di bilancio è composto da un presidente e dal Governatore della Banca centrale, entrambi di nomina presidenziale, più il Presidente della Corte dei conti, eletto dal Parlamento (art. 44 L.F.).

²⁹ Il riferimento è, in particolare, ai pareri della Corte suprema del 16 dicembre 2019 e del 23 dicembre 2019, cui cfr. già il parere della Commissione di Venezia n. 860/2016 (CDL-AD(2016)026-e, 14 ottobre 2016), §§ 21-22. Nello stesso senso, successivamente, ancora la

l'approvazione di delicati interventi di riforma, al punto che, nel periodo 2015-2019, le procedure legislative hanno avuto una durata media di appena diciotto giorni³⁰. Parallelamente, ha visto la luce la prassi, per i parlamentari di maggioranza, di depositare come proprie le proposte legislative del Governo, così da aggirare l'obbligo, altrimenti operante, di sottoporli a procedure di consultazione popolare.

In Romania, a partire dal 2017 buona parte delle norme elettorali e di quelle sull'ordinamento giudiziario sono state riscritte da ordinanze governative, emanate in palese difetto del presupposto costituzionale dell'indifferibilità e ben oltre i limiti fissati, *ratione materiae*, dall'art. 115, § 6 Cost. Invero, tali provvedimenti sono stati oggetto di ampia tolleranza sia da parte del Difensore civico, che ha quasi sempre omesso di impugnarli dinanzi alla Corte costituzionale, sia delle stesse Camere, ogni qual volta esse si sono riunite per stabilizzarne l'efficacia (peraltro, con procedura d'urgenza e secondo un peculiare meccanismo di silenzio-assenso)³¹.

Le tendenze in esame hanno subito un'impennata durante l'attuale crisi pandemica. Il 17 giugno 2020 il Governo ungherese, con due successivi decreti, ha dichiarato la cessazione dello stato di pericolo (art. 53 L.F.), già illegittimamente prorogato *sine die* insieme alle relative misure emergenziali³², e contestualmente ha ottenuto dal Parlamento la possibilità di riprendere ad esercitare poteri eccezionali *ad libitum*, previa proclamazione dello "stato di emergenza sanitaria", non previsto in Costituzione³³. Il Governo polacco, anziché applicare la disciplina costituzionale sullo "stato di calamità naturale" (art. 232 Cost.), con le relative garanzie sostanziali e procedurali (ivi compreso il costante coinvolgimento della Camera bassa, *ex art. 233 Cost.*), ha preferito emanare una disciplina emergenziale autonoma, per via regolamentare³⁴. Quanto alla Romania, infine, è stato necessario l'intervento della Corte

suddetta Commissione, con *opinion* n. 977/2020 (CDL-AD(2020)017, 22 giugno 2020), § 18, e l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani dell'OSCE (parere n. JUD-POL/365/2019[AIC], § 30, del 14 gennaio 2020).

³⁰ Lo riporta la com. Comm. eur. SWD(2020) 320 final, cit., p. 18.

³¹ A norma dell'art. 115, § 5 Cost., qualora la Camera adita per prima non riesca a pronunciarsi entro trenta giorni, la convalida s'intende concessa in via tacita e il relativo disegno di legge passa senz'altro all'esame dell'altro ramo del Parlamento.

³² Legge XII del 30 marzo 2020.

³³ V. le forti critiche mosse da HALMAI, MÉSZÁROS, SCHEPPELE (2020), i quali segnalano inoltre l'istituzione, qualche mese prima, di un altro stato di eccezione sconosciuto alla Legge fondamentale: quello di "emergenza immigratoria".

³⁴ Sul tema v. in dettaglio RUTYNOWSKA, TATAŁA, WACHOWIEC (2020: 7 ss.).

costituzionale affinché il Parlamento provvedesse a disciplinare con legge lo “stato di emergenza”, introducendo precise garanzie ai diritti individuali. In un primo momento, infatti, esso si era sostanzialmente limitato ad autorizzarne la proclamazione dal Presidente della Repubblica ed era rimasto inerte persino quando l'Esecutivo si era spinto ad introdurre nuove fattispecie di reato, rimettendo le relative clausole sanzionatorie alle Autorità militari³⁵.

B) La «cattura» degli organi di giustizia costituzionale

Sin dal loro primo insediamento, gli attuali partiti di governo di Ungheria e Polonia si sono adoperati per influenzare politicamente i rispettivi organi di giustizia costituzionale. A Budapest, l'art. 24, § 8 L.F. ha confermato l'elezione dei giudici da parte dell'Assemblea nazionale, ma ha stabilito, altresì, che la Commissione parlamentare per le candidature, un tempo paritetica, rispecchi il rapporto numerico tra i vari gruppi, col risultato di rendere irrilevante il voto delle opposizioni. Allo stesso tempo, la Corte è stata spogliata della competenza a scegliere autonomamente il proprio presidente, passata anch'essa al Parlamento. Inoltre, nuovi seggi sono stati creati, in apparenza con l'unico effetto di mettere in minoranza i giudici eletti col sistema previgente (o meglio, quelli di essi che non fossero già notoriamente “vicini” al nuovo Governo).

Le forzature decisamente più vistose, perché apprezzabili già a fronte del mero principio di legalità, si sono registrate in Polonia. Come ricostruito, in dottrina, da ANGELI (2016: 8 ss.), la prima di esse, in ordine di tempo, risale all'ottobre 2015, quando il Presidente della Repubblica si rifiutò arbitrariamente di ricevere il giuramento di cinque nuovi giudici, la cui elezione, seppur frutto di scarso *fair-play* politico verso il suo partito, Diritto e giustizia (PiS)³⁶, dal punto di vista giuridico era senz'altro valida. La situazione si aggravò in novembre, quando i deputati del PiS, ottenuta la maggioranza assoluta dei seggi, approvarono una legge che conferiva al Capo dello Stato poteri di ingerenza sul funzionamento del Tribunale costituzionale e, al contempo, disponeva la revoca dei relativi membri eletti nella legislatura precedente. Le nuove disposizioni furono dichiarate quasi interamente incostituzionali, ma già nel mese di dicembre furono seguite da una seconda legge, con la quale i giudici venivano assoggettati a responsabilità disciplinare, su iniziati-

³⁵ Decreto n. 34/2020, annullato, su impugnazione del Difensore civico, dalla dec. C. cost. 6 maggio 2020, n. 152. I rilievi operati dalla Corte sono, poi, stati recepiti dalla legge n. 55/2020.

³⁶ La legislatura era in scadenza e, in ogni caso, due degli scranni tanto sollecitamente ri-assegnati si sarebbero resi vacanti soltanto dopo le elezioni politiche.

va del Presidente della Repubblica o del Ministro della giustizia, e il potere di dichiararne la decadenza era trasferito dallo stesso Tribunale alla Dieta. Inoltre, si fissavano *quorum* elevati per la composizione ed il funzionamento dei singoli collegi giudicanti, pur nella consapevolezza, da parte del Parlamento, che le nuove previsioni – stante la perdurante vacanza di alcuni seggi – avrebbero comportato la paralisi dell'organo. Il Tribunale, dal canto suo, reagì nel marzo 2016 con una nuova decisione di incostituzionalità, ma proprio la mancata osservanza del nuovo *quorum* fornì al Governo un argomento per disconoscere la sentenza. In seguito, lo scontro istituzionale ha continuato ad inasprirsi, per poi spegnersi nel dicembre 2016, subito dopo l'insediamento della nuova Presidente, eletta circa un anno prima dal PiS³⁷. Nel 2019, quest'ultimo ha eletto, altresì, due propri ex parlamentari³⁸, noti per aver contribuito alla stesura di alcune delle leggi di cui, frattanto, l'UE aveva iniziato a contestare la compatibilità con i principi della *rule of law*. Il pregiudizio che tali ultimi “innesti” rischiano di arrecare all'indipendenza e alla terzietà dell'organo è evidente e, del resto, sembra trovare conferma nella brusca diminuzione del numero dei ricorsi³⁹.

Questa «cattura» politica dei garanti, come l'ha definita DELLEDONNE (2020: 4003), ha comportato non solo la neutralizzazione, bensì financo il capovolgimento della relativa funzione contro-maggioritaria⁴⁰. In Ungheria, il sostanziale accentramento del potere di attivare il sindacato di costituzionalità preventivo nelle mani della maggioranza di governo (o di soggetti ad essa riconducibili, come il Presidente della Repubblica) ha finito per trasformare lo strumento *de quo* in un canale di legittimazione delle relative decisioni.

Altrettanto significativa la tendenza a strumentalizzare l'istituto per fini politici. Ad esempio, nel 2018 il Ministro della Giustizia polacco, pochi giorni dopo il sollevamento di alcune questioni pregiudiziali e l'avvio di una procedura di infrazione, vertenti entrambe sulla riforma dell'ordinamento giudi-

³⁷ Sulla possibile contiguità politica della Presidente all'odierna maggioranza parlamentare cfr. quanto riportato da RAGONE (2018: 7).

³⁸ Si tratta dell'ex procuratore Stanislaw Piotrowicz e della prof.ssa Krystyna Pawlowicz. Soltanto uno dei giudici attuali non è stato eletto da Diritto e giustizia.

³⁹ Cfr. quanto riportato dalla stampa di settore: *The Constitutional Tribunal has gone on holiday. In 2019, it handed down the fewest judgements in 20 years*, in www.ruleoflaw.pl, 21 gennaio 2021.

⁴⁰ Lo osserva PINELLI (2019: 282), cui cfr. SADURSKI (2020: 66 ss.) e, in prospettiva più ampia, CASTILLO-ORTIS (2019: 62 ss.). Sulla funzione intrinsecamente contro-maggioritaria della giustizia costituzionale v., per contro, BICKEL (1962: 3 ss.) e, sul versante dottrinale italiano, almeno CHESSA (2014: 101 ss.).

ziario⁴¹, ha chiesto al Tribunale costituzionale di dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 267 TFUE, in modo da preconstituirsì una "via di fuga" giuridica nel caso le sentenze dei giudici del Lussemburgo fossero state politicamente sgradite. Ed ancora, può richiamarsi la discussa sentenza del 22 ottobre 2020 con cui il Tribunale, dichiarando fondati i dubbi di costituzionalità adottati da alcuni deputati di maggioranza con riferimento alla legge sull'aborto, ne ha molto ristretto le maglie, risultato che lo stesso PiS aveva invano tentato di conseguire, per ben due volte, in sede parlamentare⁴².

C) I tentativi di condizionamento della magistratura

Dinamiche di condizionamento politico del tutto simili a quelle appena esposte con riferimento agli organi di giustizia costituzionale si sono registrate nei confronti dei magistrati comuni. In Ungheria, ciò ha preso le mosse dal sostanziale esautoramento del relativo organo di autogoverno, il Consiglio nazionale della magistratura, a favore del neoistituito Ufficio giudiziario nazionale (*OBH*), il cui presidente è eletto dall'Assemblea nazionale su proposta del Presidente della Repubblica. Sebbene la legge prescriva che i vertici dei tribunali siano nominati, di norma, secondo le preferenze espresse dagli stessi magistrati, a partire dal 2017 la Presidente *pro tempore* dell'*OBH* ha annullato numerose selezioni per poi procedere, del tutto arbitrariamente, alla nomina di presidenti *ad interim*, di sua fiducia. Nel 2019 ciò ha indotto il Consiglio, nell'esercizio delle sue funzioni costituzionali di vigilanza, a proporre la rimozione alla Dieta, ma questa l'ha prontamente respinta⁴³. Sempre

⁴¹ Il riferimento è, rispettivamente, alla causa C-522/18, avviata su rinvio della Corte suprema polacca (ord. 2 agosto 2018), e alla causa C-619/18, avviata dalla Commissione il 2 ottobre 2018. Peraltro, la sollecita definizione del secondo giudizio, con l'abrogazione delle contestate norme sul prepensionamento dei magistrati, a seguito delle ordinanze vicepresidenziali del 19 ottobre 2018 e dell'ord. CGUE (GS) 17 dicembre 2018, ha consentito alla Corte di pronunciare il non luogo a statuire sul primo (ord. 29 gennaio 2020).

⁴² Ricorso K 1/20. Sulla decisione, che ha ritenuto l'aborto del feto malformato in contrasto con le disposizioni costituzionali sul rispetto della vita e della dignità umana (artt. 38, 30 Cost.), nonché col divieto di discriminazioni (art. 32 Cost.), v. in dottrina le censure formulate da ŁĘTOWSKA (2020), cui cfr., sul versante politico, la ris. P9_TA-PROV(2020)0336, approvata dal Parlamento europeo già il 26 novembre 2020. A seguito di forti proteste di piazza, il Governo ne aveva inizialmente rinviato la pubblicazione, avvenuta solo il 27 gennaio 2021, con lo scopo di posticiparne l'efficacia e con l'auspicio – entrambi dichiarati pubblicamente – che il deposito delle motivazioni avrebbe offerto spunti utili ad aggirarne il dispositivo in sede parlamentare.

⁴³ Sulla vicenda v. la com. Comm. eur. SWD(2020) 316 final, cit., p. 4, che ribadisce le preoccupazioni già espresse dal Consiglio dell'UE e dal Consiglio d'Europa. Nello stesso senso già il parere n. 663/2012 (CDL-AD(2012)001-e) della Commissione di Venezia, pubblicato il 19 marzo 2012.

nel 2017, un decreto ministeriale ha ridotto l'incidenza dei Consigli della magistratura locali sulla nomina dei magistrati senza funzioni dirigenziali, i cui criteri, peraltro, sono già interamente predeterminati dal Governo. Infine, giova richiamare che al Presidente dell'*OBH* spetta anche la nomina dei membri della Corte suprema, con la possibilità – a partire dal 2019 – di bypassare le regole che prevederebbero la cooptazione attingendo al novero degli ex giudici costituzionali (che, come si è già richiamato, sono a loro volta decisi dal Parlamento). Il Presidente della Corte, al pari del Procuratore generale, è invece eletto (e destituito) dall'Assemblea nazionale, su proposta del Capo dello Stato. Quest'ultimo ha, al riguardo, ampia discrezionalità, potendo candidare chiunque abbia prestato servizio per cinque anni come magistrato o, dal 2020, anche come semplice referendario (funzionario) presso la Corte costituzionale. Il rischio che l'attribuzione di queste importanti cariche sia condizionata da valutazioni non squisitamente meritocratiche appare evidente⁴⁴.

Quanto alla Polonia, giova richiamare che, a partire dal 2018, il Consiglio nazionale della magistratura è composto quasi interamente da personalità di estrazione o, comunque, di designazione politica⁴⁵. La Corte suprema, ritenendo che i nuovi criteri di selezione dei consiglieri compromettano l'indipendenza dell'organo, in un primo momento ha disconosciuto le selezioni di nuovi magistrati operate da esso. Ciò è accaduto anche per le due nuove articolazioni della stessa Corte, la Sezione disciplinare e la Sezione per il controllo straordinario e gli affari pubblici, che la riforma ha investito delle questioni concernenti – rispettivamente – la responsabilità disciplinare e l'indipendenza dei giudici. Tale presa di posizione, ancorché nel 2019 abbia ricevuto conforto dalla Corte di giustizia⁴⁶ e, nel 2020, anche dalla Rete europea

⁴⁴ Cfr. le preoccupazioni adombrate nella com. Comm. eur. SWD(2020) 316 final, cit., pp. 6-7.

⁴⁵ La legge di riforma dell'8 dicembre 2017 ha sottratto ai magistrati la competenza ad eleggere i quindici giudici che fanno parte dell'organo, attribuendola alla Dieta. Ciò ha determinato un netto squilibrio a favore del Parlamento, considerato che tra i restanti consiglieri figurano già quattro deputati e due senatori, eletti dalle rispettive Camere, più il Ministro della Giustizia e un soggetto designato dal Presidente della Repubblica. Di fatto, gli unici membri rimasti formalmente autonomi dalla maggioranza di governo sono solo due, ossia il Presidente della Corte suprema amministrativa e il Primo presidente della Corte suprema (art. 187 Cost.).

⁴⁶ Cfr. implicitamente, ma inequivocabilmente, la sent. CGUE (GS) 19 novembre 2019, §§ 152-153, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, le cui considerazioni sono state poi recepite dalla Corte suprema di Varsavia, autrice del rinvio, in una risoluzione del 23 gennaio 2020 (adottata, ovviamente, senza il concorso delle due sezioni speciali). La questione è stata nuovamente portata all'attenzione dei Giudici del Lussemburgo nella causa C-824/18, *A.B. et*

dei Consigli giudiziari⁴⁷, sul versante interno è di fatto rimasta lettera morta, anche in ragione di ben tre avverse decisioni del Tribunale costituzionale⁴⁸. Queste pronunce hanno consentito che il Presidente della Repubblica, lo scorso mese di maggio, collocasse al vertice dell'organo proprio uno dei giudici cui il *plenum* aveva impedito l'insediamento⁴⁹. La nomina, com'era prevedibile, ha ricevuto pieno sostegno dal Ministro della Giustizia, nella sua duplice veste di membro del Governo e, dal 2016, anche di procuratore generale⁵⁰.

In Romania, il Consiglio superiore della magistratura ha mantenuto una formale autonomia, ma i relativi pareri sull'assegnazione di alcune cariche giudiziarie sono stati ripetutamente ignorati dal Governo, così come l'iniziale contrarietà alla creazione di un'apposita Sezione per i reati commessi dai magistrati (*SIII*) in seno alla Procura nazionale. Questa novella, non giustificata da alcuna particolare recrudescenza criminale, è stata oggetto di censure sia dalla Commissione di Venezia che dall'Unione europea⁵¹, le quali ne hanno evidenziato le ricadute negative sull'indipendenza dei giudici. Indipendenza che, può aggiungersi, sin dal 2018 è stata già potenzialmente indebolita dall'introduzione di una nuova disciplina sulla responsabilità erariale per il contenuto delle decisioni giudiziarie, la quale prevede un meccanismo attivabile, con buon margine di discrezionalità, dal Ministro delle Finanze⁵². Le

al., tuttora in corso, su cui v. comunque le forti preoccupazioni espresse dall'avvocato generale Tanchev nelle sue conclusioni del 17 dicembre 2020 (spec. § 124 ss.). Ed ancora, cfr. l'ord. CGUE (GS) 8 aprile 2020, causa C-791/19 R, che ha ingiunto alla Polonia di sospendere, nelle more, tutta l'attività della Sezione disciplinare.

⁴⁷ Cfr. la richiesta di espulsione del Consiglio polacco formulata il 27 maggio 2020 dal Comitato esecutivo.

⁴⁸ Decisioni del 25 marzo 2019 (causa K 12/18), del 20 aprile 2020 (U 2/20) e del 21 aprile 2020 (Kpt 1/20).

⁴⁹ La selezione, apertamente contestata dalla maggioranza degli appartenenti all'organo, era stata condotta da un Primo presidente *ad interim*, nominato dal Capo dello Stato in forza di una legge approvata solo pochi mesi prima. Anch'egli apparteneva al novero all'elenco dei giudici inizialmente disconosciuti dalle Sezioni riunite.

⁵⁰ V. criticamente la com. Comm. eur. SWD(2020) 320 final, cit., pp. 8-9, ed il parere a suo tempo pubblicato dalla Commissione di Venezia, n. 892/2017 (CDL-AD(2017)028, 11 dicembre 2017).

⁵¹ V. i numerosi documenti richiamati dalla com. Comm. eur. SWD(2020) 322 final, cit., pp. 5-6, ntt. 19 e 20.

⁵² A norma dell'art. 96 della legge n. 303/2004, come modificato dall'art. 1, § 151 della legge n. 242/2018, il Ministro può agire per recuperare quanto versato dallo Stato a titolo di riparazione di un errore giudiziario se ritiene che questo sia stato frutto di «malafede» o «negligenza grave», senza, peraltro, che al magistrato sia data la possibilità di intervenire nel pre-

riserve espresse, in ordine a tali riforme, da numerosi magistrati, sono state sistematicamente sanzionate come illeciti disciplinari, finché, nel 2020, lo stesso *plenum* del CSM ha mutato indirizzo e, respinti i dubbi addotti da alcuni suoi membri sulla compatibilità della *SIJ* con la *rule of law*⁵³, ne ha avvertito lo scioglimento, allineandosi alla posizione del Governo.

Infine, giova richiamare che in tutti e tre i Paesi sono state introdotte norme volte al prepensionamento di alcune categorie di magistrati⁵⁴, specie nelle giurisdizioni superiori, dando luogo a quella che BENVENUTI (2012: 3) ha criticamente definito «un'epurazione dissimulata».

4. I rimedi elaborati dall'Unione europea e relativi limiti

L'aggravarsi dei fenomeni di *democratic backsliding*, appena tratteggiati, ha indotto l'UE a moltiplicare gli sforzi per porvi rimedio. In sintesi, la «*rule of law toolbox*»⁵⁵ europea contiene oggi due gruppi di strumenti.

Un primo gruppo consiste in procedure di dialogo tra i singoli Governi e gli organi di vertice dell'Unione. Al riguardo, può anzitutto richiamarsi l'art. 7, § 1 TUE, a norma del quale, prima di dichiarare a maggioranza qualificata che in un certo Stato membro sussiste un «evidente rischio di violazione grave [...] dei valori di cui all'articolo 2», il Consiglio europeo è tenuto ad ascoltare le ragioni⁵⁶. Nel 2011 è stato, poi, introdotto il semestre europeo⁵⁷ che,

cedente contraddittorio sull'*an* della risarcibilità alla vittima. Nelle sue conclusioni del 23 settembre 2020 sulla causa C-397/19, *A.X.*, avente ad oggetto proprio tale meccanismo e tuttora pendente, l'avvocato generale Bobek ha ritenuto che esso sia astrattamente compatibile col principio di indipendenza della magistratura in astratto, ma in concreto possa prestarsi ad abusi (§ 136).

⁵³ Cfr. i molteplici rinvii pregiudiziali all'origine delle cause C-83/19, C-127/19 e C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, pendenti, e v. al riguardo le conclusioni depositate dall'avvocato generale Bobek il 23 settembre 2020.

⁵⁴ Esso è stato reso obbligatorio in Ungheria (art. 26, § 2 L.F., come successivamente integrato in sede attuativa), e in Polonia (art. 37 della legge del 10 maggio 2018), mentre il legislatore rumeno si è limitato a riconoscere forti incentivi sul computo del trattamento pensionistico a chi chiedesse volontariamente di essere collocato a riposo, anche dopo (soli) venti anni di servizio (art. 82, § 3, legge n. 303/2004, come modificato nel 2018).

⁵⁵ La locuzione, piuttosto comune in dottrina, ricorre più volte anche nel testo della com. Comm. eur. COM(2020) 580 final, cit.

⁵⁶ Com'è noto, ma pare qui utile richiamare, il Trattato precisa che tale delibera dev'essere adottata dal Consiglio a maggioranza dei quattro quinti su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione e, in ogni caso, «previa

seppur originariamente finalizzato al solo «coordinamento delle politiche economiche», a far data dal primo quadro di valutazione UE sulla giustizia (2013)⁵⁸ è divenuto, altresì, occasione di raccolta e analisi di informazioni sulle singole legislazioni nazionali, sull'assunto che la trasparenza della P.A., l'efficienza del sistema giudiziario e la lotta alla corruzione favoriscano la crescita economica e, quindi, vadano salvaguardate anche a tale proposito⁵⁹. Ed ancora, nel 2014 sono stati introdotti il dialogo sullo Stato di diritto⁶⁰, sessione annuale *ad hoc* del Consiglio nella sua formazione "Affari generali", ed il quadro UE sullo Stato di diritto⁶¹. Quest'ultimo, invero, si è limitato a ricomprendere entro una cornice formale l'azione di *pressing* già operata a più riprese dalla Commissione, mediante raccomandazioni rivolte ai Governi sospettati di minacciare la tenuta della *rule of law* nei rispettivi ordinamenti nazionali, così generalizzando, di fatto, la formula sperimentata sin dal 2006 per Bulgaria e Romania⁶². Infine, dal 2019 è operativo il meccanismo europeo per lo Stato di diritto⁶³, ciclo annuale di monitoraggio e confronto tra i

approvazione del Parlamento europeo». Deve, peraltro, ritenersi che l'obbligo di "ascoltare" lo Stato non possa intendersi alla stregua di un adempimento meramente burocratico, bensì debba accompagnarsi ad un effettivo sforzo di ricomposizione pacifica del conflitto, come si desume anche dalla possibilità che, al termine di tale fase, il Consiglio elabori delle raccomandazioni (art. 7, § 1 TUE, ult. periodo).

⁵⁷ Art. 2-*bis* del regolamento (CE) n. 1466/97, introdotto dal regolamento (UE) n. 1175/2011 del 16 novembre 2011, cui cfr. l'ulteriore disciplina fissata, in particolare, dagli artt. 4 e 15 del regolamento (UE) n. 473/2013, del 21 maggio 2013.

⁵⁸ Com. Comm. eur. COM(2013) 160 final del 23 marzo 2013. Com'è noto, si tratta di un autonomo documento di analisi comparativa, pubblicato con cadenza annuale (l'ultimo, in ordine di tempo, è la com. COM(2020) 306 final, del 10 luglio 2020), sin dall'inizio inserito tra i documenti di lavoro del semestre europeo.

⁵⁹ Cfr. la com. Comm. eur. COM(2019) 163 final, cit., p. 5, e già la com. Comm. eur. COM(2012) 750 final del 28 novembre 2012, *passim*.

⁶⁰ Tale strumento, che inizialmente avrebbe dovuto operare solo fino al 2016 (v. le Conclusioni della 3362^a sessione del Consiglio, del 16 dicembre 2014; doc. n. 16936/14, pp. 20-21), è poi stato mantenuto. Di fatto, però, esso sembra aver perso slancio, poiché già nel 2019 proprio il crescente mutamento di "sensibilità" da parte di alcuni Governi ha impedito l'adozione di una dichiarazione finale condivisa.

⁶¹ Comunicazione Comm. eur. COM(2014) 158 final, cit., p. 6 ss.

⁶² Il "meccanismo di cooperazione e verifica", attivato dalla Commissione europea nei confronti di Romania e Bulgaria con le sue decisioni 2006/928/CE e 2006/929/CE del 13 dicembre 2006, trova il proprio fondamento nell'art. 4, § 3 del relativo Trattato di adesione e negli artt. 37 e 38 dell'Atto ad esso allegato (Lussemburgo, 25 aprile 2005).

⁶³ Comunicazione Comm. eur. COM(2019) 343 final, p. 10, del 17 luglio 2019, adottata a fine legislatura ma con l'espressa condivisione dell'allora candidata alla presidenza, Ursula von

Governi nazionali, il Consiglio, il Parlamento e la Commissione europea, da svolgersi sulla base di *report* particolareggiati predisposti da quest'ultima. Senonché, tutti questi strumenti, avendo caratura soltanto politica, di fatto risultano scarsamente incisivi, riducendosi a meri tentativi di *moral suasion*, la cui riuscita dipende interamente dalla volontà di ciascuno Stato membro.

Un discorso in parte diverso va fatto, invece, con riferimento al secondo gruppo di strumenti, di carattere propriamente giuridico⁶⁴. Al riguardo, accanto a quanto già anticipato sul nuovo regolamento (UE, Euratom) 2092/2020 e sul relativo sistema di condizionalità finanziaria, giova qui richiamare anzitutto l'istituto della sospensione dai diritti nascenti dall'adesione, cui il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può ricorrere in funzione sanzionatoria qualora uno Stato membro si renda responsabile di violazioni gravi e persistenti della *rule of law*, già previamente dichiarate con voto unanime del Consiglio europeo (art. 7, §§ 2, 3 TUE). E tuttavia, è difficile negare che tale meccanismo, a lungo prospettato alla stregua di una «opzione nucleare»⁶⁵, le uniche due volte in cui è stato attivato⁶⁶ ha ampiamente deluso le aspettative, poiché la difficoltà di raggiungere gli alti *quorum* deliberativi richiesti ne hanno impedito la conclusione⁶⁷. D'altro canto, un'interpretazione utile dell'art. 7 TUE, che consenta, cioè, di escludere dal computo, oltre allo Stato oggetto del voto, anche tutti gli altri che in quel

der Leyen (v. il paragrafo 4 del relativo programma politico, *Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa*, tuttora accessibile da www.ec.europa.eu). Detta comunicazione, peraltro, ha parzialmente recepito la ris. P8_TA(2016)0409, p. 15 ss., del 25 ottobre 2016, con cui il Parlamento aveva chiesto di istituire un analogo «meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali» (cd. meccanismo DSD), spingendosi, altresì, a dettagliarne i criteri valutativi (art. 2 dell'allegato *Progetto di accordo interistituzionale*), insieme alla creazione di un apposito gruppo di «esperti indipendenti» (*ibid.*, art. 8). Tali sollecitazioni erano state rinnovate con ris. P8_TA(2018)0456 del 14 novembre 2018.

⁶⁴ Adotta una distinzione sostanziale tra strumenti politici e strumenti giuridici (al di là dell'ovvia constatazione che anche le procedure rientranti nel primo tipo sono definite da norme, seppur talora di *soft law*) anche MORI (2016: 199 ss.).

⁶⁵ Così, enfaticamente, l'allora presidente della Commissione europea José Barroso, in occasione del discorso sullo stato dell'Unione pronunciato davanti al Parlamento il 12 settembre 2012 (SPEECH/12/596, p. 10).

⁶⁶ Nel 2017, contro la Polonia (com. Comm. eur. COM (2017) 835 final, del 20 dicembre 2017) e, l'anno seguente, contro l'Ungheria (ris. Parlam. eur. P8_TA(2018)0340 del 12 settembre 2018). Entrambe le procedure sono ancora formalmente in corso, ma di fatto abortite, non essendovi stata neppure la constatazione preliminare di cui all'art. 7, § 1 TUE.

⁶⁷ Cfr., in un'ottica eminentemente pragmatica, CARAVITA DI TORITTO (2015: 21), secondo il quale tale procedura costituirebbe un mero strumento di pressione politica.

frangente siano destinatari della medesima procedura, se da un canto impedirebbe a tali Paesi di “salvarsi” reciprocamente (come già prospettato da Polonia e Ungheria), dall’altro potrebbe finire per assottigliare in misura eccessiva la platea dei votanti, in contrasto con la *ratio* garantista della disposizione.

Gli artt. 258 e 259 TFUE prevedono, poi, la procedura di infrazione, attivabile dinanzi alla Corte di giustizia contro qualsiasi Stato membro che abbia «mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati». Rispetto al precedente, tale meccanismo appare molto più snello, poiché è sufficiente l’iniziativa di un singolo attore istituzionale (la Commissione, un altro Stato) e la decisione finale è adottata a maggioranza, peraltro da un organo giurisdizionale, immune da condizionamenti politici. Com’è noto, qualora la Corte accerti la violazione e lo Stato non vi ponga tempestivamente rimedio, esso può essere destinatario di una sanzione pecuniaria, anche sotto forma di *astreintes*. Secondo un recente orientamento giurisprudenziale, fondato su una lettura dell’art. 279 TFUE forse sin troppo ampia, ma indotta dall’esigenza di superare l’atteggiamento elusivo mostrato, in tali contesti, da Ungheria e Polonia⁶⁸, le suddette penalità potrebbero inserirsi anche nel dispositivo di provvedimenti interinali, in modo da accrescerne la portata dissuasiva⁶⁹.

Dalle disposizioni testé richiamate risalta che in tanto la Corte può pronunciarsi, in quanto sia configurabile la violazione di una norma europea.

⁶⁸ Nel 2012 la Commissione, dopo aver sollecitato invano l’Ungheria ad abrogare la nuova legge sul pensionamento forzato dei giudici, esperì fruttuosamente una procedura d’infrazione (causa C-286/12), ma nelle more del giudizio il Presidente ungherese si affrettò ad emanare i decreti di licenziamento, sicché la successiva decisione della Corte si rivelò pressoché inutile: solo una minoranza dei magistrati (ormai) rimossi fu disponibile a presentare il ricorso giurisdizionale necessario al reintegro. Analogamente, nel 2017 le Autorità polacche inizialmente proseguirono l’abbattimento della foresta di Białowieża, malgrado il Vicepresidente della Corte ne avesse disposto la sospensione (ordinanza del 27 luglio 2017, non pubblicata; causa C-441/17 R). Dinanzi al rischio che la sentenza risultasse, ancora una volta, tardiva, la Commissione ottenne un nuovo provvedimento interinale, che impose allo Stato di pagare una certa somma per ogni giorno di inadempimento.

⁶⁹ L’ord. CGUE (GS) 20 novembre 2017, § 99 ss., causa C-441/17 R, ha chiarito che la genericità della locuzione «provvedimenti provvisori necessari», contenuta nel testo dell’art. 279 TFUE, consente di includervi le *astreintes*. Senonché, tale lettura suscita qualche perplessità, nella misura in cui finisce per conferire alle ordinanze provvisorie un’efficacia persino superiore a quella che l’art. 260, §§ 1, 2 TFUE attribuisce, in prima battuta, alle stesse sentenze, la cui inosservanza non è fonte di responsabilità, per gli Stati membri, finché non viene dichiarata con una seconda pronuncia.

Ora, l'organizzazione e il funzionamento degli organi costituzionali e della forma di governo, su cui si fonda la tenuta dello Stato di diritto, non figurano tra le materie attribuite alla competenza normativa dell'UE (art. 2 ss. TFUE) e, anzi, a norma dell'art. 4, § 2 TUE ne sono testualmente esclusi. Se ne dovrebbe desumere che lo strumento *de quo* sia, in realtà, inapplicabile in funzione di contrasto al *democratic backsliding*, se non in via meramente occasionale e indiretta⁷⁰. Nel 2019 la Corte di giustizia sembra aver superato tale limite, allorché essa ha affermato la rilevanza, ai fini dei giudizi *ex artt.* 258 e 259 TFUE, delle norme nazionali astrattamente in grado di incidere sull'indipendenza dei giudici, in quanto a questi ultimi debba garantirsi la possibilità di interpretare ed applicare liberamente, nei rispettivi ordinamenti, (anche) il diritto dell'UE⁷¹. Senonché, detto superamento, fondato sull'obbligo pattizio di assicurare una «tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (art. 19, § 1 TUE), è soltanto parziale, perché circoscritto alla sola amministrazione della giustizia. Peraltro, in astratto nulla potrebbe impedire agli Stati di relegare l'applicazione del diritto europeo (e delle relative norme attuative) ad organi giurisdizionali specifici, così da rendere insindacabile dai Giudici del Lussemburgo il regime di tutti gli altri, sul modello di quanto avvenuto – *mutatis mutandis* – per le nuove Sezioni specializzate della Corte suprema polacca. Senza contare il rischio che, una volta separati tali organi dal resto dell'ordinamento giudiziario, sarebbe, altresì, possibile condizionarne negativamente l'efficienza intervenendo sulle relative dotazioni organiche e finanziarie⁷².

⁷⁰ Cfr. la sent. CGUE 6 novembre 2012, causa C-286/12, cit., che ha dichiarato la legge ungherese sul prepensionamento dei magistrati incompatibile col diritto europeo con riferimento non già al principio di indipendenza della magistratura (art. 19 TUE, art. 47 CDFUE), che pure ne costituiva la criticità di gran lunga più grave, bensì alla direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, sul divieto di discriminazioni di genere in ambito lavorativo.

⁷¹ Sent. CGUE (GS) 24 giugno 2019, causa C-619/18, § 42 ss., cui cfr. analogamente la sent. CGUE 5 novembre 2019, causa C-192/18, § 98 ss. In dottrina v. ampiamente, anche per opportuni riferimenti ad alcuni casi pregressi, CARTA (2020: 1 ss.) e CANZIAN (2020: 467 ss.).

⁷² Cfr. le recenti carenze finanziarie dell'Ufficio del difensore civico polacco e l'inadeguatezza numerica del personale amministrativo di supporto al Consiglio nazionale della magistratura ungherese, le quali stanno avendo pesanti ricadute sul regolare esercizio delle relative funzioni di controllo e garanzia (cfr. le comunicazioni Comm. eur. SWD(2020) 320 final, cit., p. 19, e SWD(2020) 316 final, cit., p. 4, nt. 6).

5. Considerazioni conclusive e possibili spunti per una tutela più efficace della *rule of law* a livello europeo

Quanto sin qui considerato induce a concludere che – al netto, ovviamente, di ogni possibile prospettazione *de iure condendo*⁷³ – l’Unione europea non dispone ancora di strumenti adeguati per garantire la tenuta della *rule of law* a livello nazionale. Tanto premesso, sembra, tuttavia, esservi spazio per ulteriori considerazioni. Il rapporto di stretta interdipendenza che sussiste tra Stato di diritto e buon funzionamento dei processi democratici, unanimemente riconosciuto in dottrina⁷⁴, consente, infatti, di affermare che ogni atto normativo che rechi pregiudizio ai diritti fondamentali dei cittadini tende ad incidere negativamente sulla libertà e sulla trasparenza delle consultazioni elettorali. Ebbene, sul piano argomentativo ciascuno di questi elementi merita di essere valorizzato, perché rimanda ad obblighi pattizi la cui violazione fornisce un sicuro fondamento alla giurisdizione della Corte, in una prospettiva ben più ampia di quella sinora adottata con riguardo alla sola effettività delle tutele giurisdizionali, *ex art. 19, § 1 TUE*.

In particolare, sotto il primo profilo può osservarsi che l’emergere, all’interno dell’UE, di aree geografiche “non sicure”, dove, in ipotesi, non fosse possibile recarsi senza esporsi al rischio di veder violati i propri diritti da parte delle Autorità del Paese ospitante (si pensi a sequestri, perquisizioni o arresti per motivi politici⁷⁵) finirebbe per frustrare quella libera circolazione di persone, servizi, merci e capitali che, com’è noto, è storicamente alla base dell’intero progetto di integrazione europea (art. 3, lett. c), Tr. CEE) e, anche dopo il Trattato di Lisbona, ha mantenuto un rilievo fondamentale (art. 3, §§ 2, 3 TUE; art. 26, § 2 TFUE); di talché, il relativo turbamento configurerebbe una violazione dell’obbligo, posto agli Stati membri dall’art. 4, §

⁷³ Cfr. la proposta, recentemente formulata dal Parlamento europeo (risoluzione P9_TA(2020)0251 del 7 ottobre 2020), di modificare l’art. 7 TUE per renderne più agevole l’applicazione (§ 13), ovvero di dar vita ad un nuovo strumento, denominato «meccanismo dell’UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali», destinato a «consolidare e sostituire» quelli esistenti, evitando le attuali sovrapposizioni (§ 7).

⁷⁴ Il tema è stato approfondito, in particolare, dalla dottrina italiana sui imiti alla revisione della Costituzione repubblicana, di cui all’articolo 139. Per una cospicua rassegna delle relative teorie v. GROSSO, MARCENÒ (2006: 2739 ss.), cui cfr. ancora CIANCIO (2010: 173 ss.).

⁷⁵ Per contro, sul diritto ad un giudice indipendente e imparziale, *ex art. 47 CDFUE*, quale presupposto di effettività degli altri diritti previsti dalla Carta v. di recente la sent. CGUE 9 luglio 2020, § 45, causa C-272/19, VQ, ed ulteriore giurisprudenza ivi citata.

3, co. 3 TUE, di astenersi «da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

Il secondo profilo chiama in gioco, invece, l'art. 10, § 1 TUE, a norma del quale «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa». Tale previsione, infatti, in tanto può dirsi rispettata in quanto la selezione dei membri del Parlamento europeo, del Consiglio europeo e del Consiglio si svolge, nei singoli contesti nazionali, con adeguate garanzie di libertà e pluralismo. Si tratta di un punto focale, che a livello politico trova preciso riscontro nella posizione assai critica assunta dall'UE verso le recenti elezioni presidenziali in Bielorussia⁷⁶. A ciò si aggiunga che i suddetti organi concorrono, a loro volta, alla formazione della Commissione (art. 17, § 7 TUE), nonché, secondo le rispettive attribuzioni, alla composizione e al funzionamento della Corte di giustizia (art. 19, § 2 TUE; artt. 253, 254 TFUE). Peraltro, l'approvazione di atti normativi, nelle materie di competenza dell'UE, cui partecipino soggetti privi di adeguata legittimazione democratica nei rispettivi ordinamenti potrebbe indurre le Autorità degli altri Stati membri a rifiutarne l'applicazione, analogamente a quanto già registratosi, d'altronde, sul versante della cooperazione giudiziaria⁷⁷. Ciò metterebbe a rischio la tenuta dell'intero edificio europeo e, in ogni caso, sarebbe in puntuale contrasto col principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, § 3, co. 1 TUE.

6. *Segue. Insufficienza dello strumento giurisdizionale e necessità di una politica autenticamente europea*

Le ricostruzioni appena proposte necessitano, tuttavia, di alcune precisa-

⁷⁶ V. la risoluzione P9_TA(2020)0231, § 1, del 17 settembre 2020, con la quale il Parlamento europeo si è spinto a disconoscere la rielezione del presidente Aliaksandr Lukashenka, in quanto le relative consultazioni non sarebbero state – per richiamare le parole dell'Alto rappresentante per gli Affari esteri dell'UE – «né libere né eque» (dichiarazione ufficiale dell'11 agosto 2020, pubblicata in *www.consilium.europa.eu*; nello stesso senso anche le *Conclusioni* del Consiglio del 12 ottobre 2020, doc. n. 11661/20, § 2).

⁷⁷ Il riferimento è al rifiuto, opposto da giudici irlandesi e tedeschi, di eseguire alcuni mandati d'arresto europei emessi da colleghi polacchi e rumeni, proprio per timore delle violazioni del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva che i soggetti da consegnare avrebbero potuto subire nei Paesi d'origine. La Corte di giustizia, dal canto suo, ha assunto un orientamento tendenzialmente garantista: cfr., rispettivamente la sent. CGUE (GS) 25 luglio 2018, § 78, causa C-216/18 PPU, *LM* (anche nel commento di BARTOLE, 2018: 921 ss.), e la sent. CGUE 17 dicembre 2020, § 51, causa C-416/20 PPU, *TR*. Più in generale, sul nesso tra rispetto della *rule of law* e *mutual trust* tra gli Stati membri v. già il par. CGUE 18 dicembre 2014, n. 2/13, § 168.

zioni. Anzitutto, deve rimarcarsi che l'esigenza di far salva l'«identità costituzionale» dei singoli Paesi, di cui al già richiamato art. 4, § 2 TUE, dovrebbe pur sempre indurre nella Corte di giustizia un prudente *self-restraint*. Essa dovrebbe, cioè, omettere di pronunciarsi su quelle violazioni della *rule of law* che non presentino caratteri di particolare gravità e sistematicità, malgrado ciò comporti il rischio di intervenire solo quando il *democratic backsliding* sia oramai avanzato e, quindi, più difficile da invertire. In secondo luogo, resta fermo che la Corte non ha, comunque, il potere di modificare direttamente le singole legislazioni nazionali, sicché nel lungo termine l'irrogazione di sanzioni pecuniarie *ex art. 260, § 2 TFUE* potrebbe tradursi in una strisciante monetizzazione dei diritti fondamentali, riducendosi – nell'ottica dello Stato inadempiente – ad una semplice posta passiva in bilancio, sulla falsariga di quanto già avviene in Russia, sin dal 2014, per le condanne della Corte EDU⁷⁸. La naturale conseguenza sarebbe una contrazione della spesa pubblica, che i Governi resterebbero peraltro liberi di far gravare, ad esempio, sul *budget* degli organismi di garanzia (Giudici costituzionali, Autorità indipendenti, difensori civici), ovvero sulla quantità e qualità dei servizi al cittadino. In quest'ultima ipotesi, si rischierebbe, paradossalmente, di alimentare sentimenti di disaffezione popolare verso l'UE, oltre che di fornire un "alibi" (la scarsità di risorse dovuta alle sanzioni) a politiche deliberatamente discriminatorie: si pensi a "tagli" mirati ai settori dell'accoglienza degli stranieri, della preservazione delle minoranze etnico-linguistiche *etc.* Un discorso analogo potrebbe farsi, peraltro, con riferimento al mancato accesso ai finanziamenti comuni, previsto dal più volte citato meccanismo di condizionalità democratica.

Si profila, allora, la necessità di intervenire anche sul piano politico. Al riguardo, piuttosto che insistere sullo schema, già infruttuosamente sperimentato, del mero "dialogo" istituzionale, potrebbe essere utile un rilancio dei partiti politici europei, conferendo ad essi quella piena autonomia dai partiti nazionali, anche sotto il profilo organizzativo, che consentirebbe loro di concorrere direttamente al rinnovo del Parlamento. Ciò favorirebbe la ma-

⁷⁸ Tra il 2014 e il 2015 il Parlamento russo ha approvato due leggi costituzionali a norma delle quali, quando la Corte costituzionale accerta che una disciplina interna, censurata dalla Corte EDU, è conforme alla Costituzione, l'unica forma di risarcimento possibile è quella per equivalente: v. DI GREGORIO (2016: 9 ss.). Per contro, la Corte costituzionale italiana ha chiaramente affermato che la riparazione di carattere patrimoniale per il sacrificio di libertà e diritti fondamentali non costituisce che un «pallido rimedio», sul quale uno Stato democratico dovrebbe, pertanto, ripiegare solo in via residuale: v. la sent. 11 giugno 2008, n. 219, § 6, cui cfr. in dottrina POLITI (2016: 22 ss.).

turazione, da parte dei cittadini, di un'autentica «coscienza politica europea» (art. 10, § 4 TUE)⁷⁹ e, con essa, la percezione di interessi comuni (per l'appunto, europei)⁸⁰ suscettibili di essere pregiudicati da politiche nazionali euroscettiche o, comunque, contrarie ai valori elencati nell'art. 2 TUE. Un simile rafforzamento consentirebbe, inoltre, di accrescere sia la rappresentatività del Parlamento⁸¹, sia quella della Commissione, dando maggiore pregnanza al sistema degli *Spitzenkandidaten*⁸². È facile prevedere i risvolti che tutto ciò potrebbe avere, a sua volta, sul tema oggetto di queste riflessioni, atteso che, fino ad oggi, sono proprio tali due organi ad essersi mostrati maggiormente attivi nella tutela dello Stato di diritto, a fronte dell'atteggiamento più cauto manifestato, invece, dai Consigli⁸³.

Invero, mutamenti come quelli appena prospettati non potrebbero che trarre incoraggiamento da modifiche del vigente quadro normativo, le quali prevedessero, ad esempio, l'elezione diretta del Presidente della Commissione da parte dei cittadini o, più semplicemente, l'istituzione di circoscrizioni transnazionali per le elezioni del Parlamento, come peraltro già auspicato a livello sia politico che dottrinale⁸⁴.

⁷⁹ Su questa tesi insiste da tempo CIANCIO (2009: 20 ss.; 2016: 5 ss.; 2018a: 330 ss.; 2019: 281 ss.; 2020: 8), cui *adde*, di recente, PORRAS RAMÍREZ (2020: 442 ss.).

⁸⁰ Cfr. l'importanza riconosciuta proprio alla condivisione dei principi dello Stato di diritto per la «ripresa» di un «autentico processo costituzionale europeo» da CIANCIO (2014: 9).

⁸¹ V. puntualmente CIANCIO (2018a: 334 s.), la quale ritiene che il sistema di elezione attuale, ancora sostanzialmente in mano ai partiti nazionali, conferisca all'organo una «rappresentatività solo "formale"».

⁸² Sui risvolti «di sistema» della designazione di «candidati principali» alla presidenza della Commissione in occasione delle elezioni europee, caldeggiata per la prima volta dalla racc. Comm. eur. 2013/142/UE, § 3, del 12 marzo 2013, e dalla ris. Parl. eur. P7_TA(2013)0323, § 5 ss., del 4 luglio 2013, v. per tutti CARTABIA (2014: 2 ss.) e, più di recente, RAFFIOTTA (2020: 505 ss.), cui cfr. tuttavia, sugli esiti piuttosto deludenti di tale prassi sul seguito delle ultime consultazioni, LUPO (2020: 30 ss.).

⁸³ Cfr. emblematicamente, accanto all'accantonamento di fatto delle procedure *ex art. 7 TUE* a carico di Polonia e Ungheria (*supra*, § 4), il tentativo di ridimensionamento del sistema di *rule of law conditionality* operato dal Consiglio europeo con le citt. *Conclusioni* dell'11 dicembre 2020 (*supra*, § 1).

⁸⁴ Sull'elezione popolare del Presidente della Commissione, che figura già nel c.d. *Rapporto Westerwelle* (§ II.e) del 17 settembre 2012, cfr., con riferimento ai lavori preparatori dell'odierno art. 17 TUE, GUASTAFERRO (2014: 532). Sempre sul versante dottrinale, l'opportunità di istituire una o più circoscrizioni elettorali transnazionali è sostenuta, in particolare, da CIANCIO (2018b: 18 ss.), la quale richiama le proposte formulate, in tal senso, sia dal *plenum* che dalla Commissione Affari costituzionali del Parlamento europeo: v. le risoluzioni A4-0212/98 (§ 7) del 15 luglio 1998, e P8_TA(2015)0395 dell'11 novembre 2015, non-

Note bibliografiche

- ALEMANNI, A.; CHAMON, M. (2020). *To save the rule of law you must apparently break it*. In *www.verfassungsblog.de*
- BAKSANOVA, E. (2020). *Lo Stato di diritto in Bulgaria: una "Fata Morgana"?* (trad.). In *www.questionegiustizia.it*.
- BARTOLE, S. (2008). *Stato (forme di)*. In AA.VV., *Enciclopedia del diritto. Annali* (II-2, 1116 ss.). Giuffrè. Milano.
- BARTOLE, S. (2018). *La crisi della giustizia polacca davanti alla Corte di giustizia: il caso Celmer*. In "Quaderni costituzionali", n. 4, 921 ss.
- BENVENUTI, B. (2012). *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*. In "Nomos", n. 3, 1 ss.
- BERMEO, N. (2016). *On democratic backsliding*. In "Journal of Democracy", n. 1, 5 ss.
- BICKEL, A. (1962). *Least dangerous branch*. Harper & Row. New Haven.
- BIN, R. (2011). *Stato di diritto*. In AA.VV., *Enciclopedia del diritto. Annali* (IV, 1149 ss.). Giuffrè. Milano.
- BLAUBERGER, M.; HÜLLEN, VAN, V. (2021). *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*. In "Journal of European Integration", 1 ss.
- BLOKKER, P. (2019). *Populist counter-constitutionalism, conservatism, and legal fundamentalism*. In "European Constitutional Law Review", n. 15, 519 ss.
- CANZIAN, N. (2020). *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*. In "Quaderni costituzionali", n. 2, 465 ss.
- CARAVITA DI TORITTO, B. (2015). *Quanta Europa c'è in Europa?* Giappichelli. Torino, 2015, 21
- CARRÉ DE MALBERG, R. (1920). *Contribution à la théorie générale de l'État* (I). Librairie de la Société du Recueil Sirey. Parigi.
- CARTA, M. (2020). *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*. In "Eurojus", n. 1, 1 ss.

ché la proposta di risoluzione A8-0007/2018 del 26 gennaio 2018 (non recepita, però, dalle decisioni del Consiglio europeo n. 2002/772/CE, Euratom del 25 giugno - 23 settembre 2002, e (UE) 2018/937 del 28 giugno 2018, nonché dalla stessa Assemblea nel corso della discussione su quella che sarebbe poi divenuta la ris. P8_TA(2018)0029 del 7 febbraio 2018).

- CARTABIA, M. (2014). *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*. In “Forum di Quaderni costituzionali Rassegna”, n. 8, 1 ss.
- CASTILLO-ORTIZ, P. (2019). *The illiberal abuse of Constitutional Courts in Europe*. In “European Constitutional Law Review”, 48 ss.
- CASTORINA, E. (2018). *Forme di Stato, tipi di Stato, forme di governo*. In AA.VV., *Diritto costituzionale* (75 ss.). Wolters Kluwer. Milano.
- CASTORINA, E. (2020). *Stato di diritto e “condizionalità economica”: quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l’Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*. In “Federalismi.it”, n. 29, 42 ss.
- CHEVRIATSOVA, A. (2021). *False dilemma. The President of Ukraine vs the Constitutional Court*. In *www.verfassungsblog.de*.
- CHESSA, O. (2014). *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*. Franco Angeli. Milano.
- CIANCIO, A. (2009). *I partiti europei e il processo di democratizzazione dell’Unione*. In “Federalismi.it”, n. 9, 1 ss.
- CIANCIO, A. (2010). *I valori fondanti della Repubblica italiana a sessant’anni dalla sua nascita*. In EAD., *Persona e ‘Demos’* (pp. 173 ss.). Giappichelli. Torino.
- CIANCIO, A. (2016). *European parties and the process of political integration in Europe*. In “Dirittifondamentali.it”, n. 2, 1 ss.
- CIANCIO, A. (2018a). *Alla ricerca della forma di governo dell’Unione europea: lo snodo dei partiti politici europei*. In IBRIDO, R.; LUPO, N. (cur.), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri* (329 ss.). Il Mulino. Bologna.
- CIANCIO, A. (2018b). *“Brexit” e ripartizione dei seggi nel Parlamento europeo: un’occasione mancata*, in “Rivista della cooperazione giuridica internazionale”, n. 59, 12 ss.
- CIANCIO, A. (2019). *What democracy for the European Political Union? Lessons for a European party system*. In LIEBERT, U.; JENICHEN, A. (cur.), *Europeanisation and Renationalisation. Learning from Crises for Innovation and Development* (281 ss.). Barbara Budrich. Leverkusen.
- CIANCIO, A. (2020). *The European “Constitutional Core”, Key Tool for further Integration*. In AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, IV, 1 ss. (*www.giurcost.org*)
- COGLIANDRO, G. (2015). *Rule of law*. In AA.VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento* (IV, 428 ss.). Utet giuridica. Milano.
- DELLEDONNE, G. (2020). *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all’interno dell’Unione Europea*. In “DPCE online”, n. 3, 3999 ss.
- DELY, T. (2019). *Democratic decay: conceptualising an emerging research field*. In “Hague Journal on the Rule of Law”, n. 11, 9 ss.

- DI GREGORIO, A. (2016). *Russia. Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte europea per i diritti dell'uomo tra chiusure e segnali di distensione*. In "Federalismi.it", n. 2, 1 ss.
- DI GREGORIO, A. (2019). *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*. In "Nuovi autoritarismi e democrazie", n. 2, 1 ss.
- DI MARTINO, A. (2018). *I rapporti tra la dottrina italiana e quella tedesca durante il Fascismo intorno allo Stato di diritto*. In "Rivista AIC", n. 1, 1 ss.
- DICEY, A. (1886). *Lectures introductory to the study of the law of the constitution*. Macmillan. Londra.
- DIMITROVS, A.; DROSTE, H. (2020). *Conditionality mechanism: what's in it?*. In www.verfassungsblog.de.
- DIRRI, A. (2019). *Le elezioni europee in Romania tra pulsioni identitarie e ammonimenti della Commissione europea*. In "Federalismi.it", n. 10, 1 ss.
- DUDLEY, D. (2020). *European Union membership conditionality: the Copenhagen criteria and the quality of democracy*. In "Southeast European and Black Sea Studies", n. 4, 525 ss.
- DUGUIT, L. (1911). *Traité de Droit Constitutionnel (I)*. Fontemoing. Parigi.
- FISICARO, M. (2019). *Rule of law conditionality in EU funds: the value of money in the crisis of European values*. In "European Papers", n. 3, 695 ss.
- GRASSO, G. (2019). *Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche*. In "Dirittifondamentali.it", n. 1, 1 ss.
- GROSSO, E.; MARCENÒ, V. (2006). Art. 139. In BIFULCO, R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (cur.), *Commentario alla Costituzione (III, 2739 ss.)*. Utet Giuridica. Torino.
- GUASTAFERRO, B. (2014). *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*. In "Studi sull'integrazione europea", n. 3, 527 ss.
- HALMAI, G. (2019). *The possibility and desirability of rule of law conditionality*. In "Hague Journal on the Rule of Law", n. 11, 171 ss.
- HALMAI, G.; MÉSZÁROS, G.; SCHEPPELE, K. (2020). *From emergency to disaster. How Hungary's second pandemic emergency will further destroy the rule of law*. In www.verfassungsblog.de.
- HEINEMANN, F. (2018). *Going for the wallet? Rule-of-law conditionality in the next EU multiannual financial framework*. In "Intereconomics", n. 6, 297 ss.

- KELEMEN, R. (2018). *How to stop funding autocracy in the EU*. In *www.verfassungsblog.de*.
- KRIEGEL, B. (2002). *État de droit ou Empire?*. Bayard. Parigi.
- ŁĘTOWSKA, E. (2020). *A tragic Constitutional Court judgment on abortion*. In *www.verfassungsblog.de*.
- LUPU, N. (2020). *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*. In AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, VI, 25 ss. (*www.giurcost.org*).
- MEIJERS, M.; VEER, VAN DER, H. (2019). *MEP responses to democratic backsliding in Hungary and Poland. An analysis of agenda-setting and voting behaviour*. In "Journal of Common Market Studies", n. 4, 838 ss.
- MILANI, G. (2019). *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l'esperienza ungherese*. In "DPCE online", n. 4, 2917 ss.
- MORI, P. (2016). *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'Unione europea* (199 ss.). In TIZZANO, A. (cur.). *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*. Giappichelli. Torino.
- PECH, L.; SHEPPELE, K. (2017). *Illiberalism within: rule of law backsliding in the EU*. In "Cambridge Yearbook of European Legal Studies", n. 3, 3 ss.
- PINELLI, C. (2019). *Intervento*. In AA.VV., *The rule of law crisis in Europe* (280 ss.), in "Diritto pubblico", n. 1
- POLITI, F. (2016). *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali - Un itinerario giurisprudenziale*. Giappichelli. Torino.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. (2020). *Propuestas para superar la parálisis en el proceso de integración política y económica de la Unión europea*. In AA.VV., *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española* (IV, 437 ss.). BOE. Madrid.
- RAFFIOTTA, E. (2020). *Il sistema dei candidati principali e la forma di governo dell'UE*. In AA.VV., *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española* (IV, 499 ss.). BOE. Madrid.
- RAGONE G., *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione Europea ad avviare la c.d. opzione nucleare*. In "Osservatorio costituzionale", n. 1, 1 ss.
- RUTYNOWSKA, E.; TATAŁA, M.; WACHOWIEC, P. (2020). *Rule of law in Poland 2020: the rule of law crisis in the time of the Covid-19 pandemic*. Fondazione FOR. Varsavia.

- SADURSKI, W. (2020). *Constitutional design: lessons from Poland's democratic backsliding*. In "Constitutional Studies", n. 6, 59 ss.
- SAWICKI, J. (2018). *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*. Franco Angeli. Milano.
- TONIATTI, R. (2020). *Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma*. In "DPCE online", n. 3, 3945 ss.
- VECCHIO, F. (2013). *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*. Cedam. Padova.
- VLAJKOVIĆ, M. (2020). *Rule of law – EU's common constitutional "denominator" and a crucial membership condition on the changed and evolutionary role of the rule of law value in the EU context*. In "European and Comparative Law Issues and Challenges Series", n. 4, 235 ss.
- ZAKARIA, F. (1997). *The rise of illiberal democracy*. In "Foreign Affairs", n. 6, 22 ss.

SEZIONE SECONDA
L'EUROPA E LA CITTADINANZA

LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA VISTOS DESDE
EL PARLAMENTO EUROPEO: UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO
DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE LA UE

JUAN F. LÓPEZ AGUILAR

SUMARIO: 1. Estado de Derecho, Democracia y Derechos Fundamentales de ciudadanía europea en el TL y la CDFUE. – 2. La ciudadanía europea en el arranque de la Conferencia sobre el Futuro de Europa promovida por la Comisión VDL (2019/2024). – 3.- Cuando la ciudadanía toma la palabra, la UE debe escuchar. – 4. Una reflexión conclusiva: el Movimiento Europeo y el debate sobre la participación de la ciudadanía europea en la Conferencia sobre el Futuro de la UE.

1. Estado de Derecho, Democracia y Derechos Fundamentales de ciudadanía europea en el TL y la CDFUE

Desde que, tras mi primera elección como eurodiputado (junio de 2009), aterricé en el Parlamento Europeo (PE), he tenido el honor de presidir la Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior (conocida como Comisión LIBE). Coincide este ciclo temporal con el de la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* (TL) junto con la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE* (CDFUE), desde diciembre de 2009, después de un prolongado *ciclo constituyente* europeo que dio lugar a una nonata *Constitución Europea* (CE) y un, asimismo, frustrado *Tratado Constitucional Europeo* (TCE). Tras dos años de bloqueo, la conclusión de este ciclo finalmente dio lugar al TL -que resume y sintetiza los componentes constitucionales básicos condensados en las anteriores versiones de la CE y del TCE-, y a la CDFUE, vigente con “el mismo valor jurídico” que los Tratados (art. 6.2 TUE).

Suelo explicar este paso adelante como el de mayor envergadura de la UE en toda su historia desde el punto de vista *político* y *constitucional*. Expresa la ambición política y la actual dimensión constitucional en la construcción europea. Lo hace precisamente porque proclama en la letra formal de los Tratados aquellos principios y “valores comunes” (art. 7 TUE) que habían venido generándose en la jurisprudencia “*pretoriana*” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): principio de primacía, principio de efecto directo, principio de aplicación uniforme del Derecho Europeo garantizado por un TJUE que asegura el “respeto del Derecho” (art. 19 TUE).

Pero, sobre todo, afirma un principio singularmente relevante: nunca fue verdad que la UE se redujese exclusivamente al establecimiento de las “cuatro libertades” vertebradoras de un Mercado Interior. Y nunca ha sido tan clara la dimensión política de esas “cuatro libertades”. El TL ha venido a situar la ciudadanía europea (titular de los derechos consagrados en la CDFUE), con todos sus derechos a cuestas bajo el imperio de la ley, en el epicentro de esa construcción *política* de alcance supranacional.

Desde la entrada en vigor del TL y la CDFUE, las premisas que anteceden quedan ahora proclamadas con más fuerza que nunca en la historia de la integración supranacional europea. Así resulta la lectura de los primeros artículos del *Tratado de la Unión Europea* (TUE), que suma junto con el *Tratado de Funcionamiento de la UE* (TFUE) y con la CDFUE los tres pilares que cimientan el TL. En esos primeros artículos se contienen las cláusulas de definición de cuál es el propósito político de la UE. Especialmente, se consagran normativamente los que una vez fueron llamados “*criterios de Copenhague*”: parámetros democráticos sobre los que examinar los estándares de calidad en el respeto a la *idea europea* de Democracia y de Estado de Derecho a los Estados candidatos a una eventual adhesión (art. 49 TUE). Así el art. 2 TUE afirma que la UE se funda sobre los “valores comunes” del Estado de Derecho con separación de poderes, de los derechos fundamentales protegidos por un Poder Judicial independiente (además de consagrar el principio de igualdad y no-discriminación), del principio de protección de minorías y del pluralismo político.

De modo que los derechos fundamentales de la ciudadanía están ahora consagrados en el epicentro de la construcción europea y se proyectan directamente en la acción legislativa de la Comisión del PE con mayor carga de trabajo legislativo, la Comisión LIBE, que he presidido estos años, competente, entre otras materias, sobre derechos fundamentales. Un ejemplo de ello -en la primera legislatura en que presidí esta Comisión, ya en vigor el TL- lo sería el de la adopción del llamado “*Data Protection Package*”, aprobado en 2016 y en vigor desde 2018: el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR, en inglés) y la *Directiva de Law Enforcement* (también conocida como *Police Directive*) en lo que respecta al tratamiento de datos personales en la investigación y enjuiciamiento de delitos. Esta es una legislación que afecta a derechos fundamentales: regula el alcance y ejercicio de los derechos fundamentales a la intimidad/privacidad y a la confidencialidad de los datos personales (arts. 7 y 8 CDFUE). Y, por su impacto normativo directamente vinculante, desplaza legislación de los Estados Miembros (EE.MM.), incluso cuando ésta revista del máximo rango,

como por ejemplo en España resultaba ser el caso de la *Ley Orgánica de Protección de Datos* vigente hasta ese momento (LO 15/99), que tuvo que ser revisada con posterioridad (por la LO 2/2018) para acomodarse al nuevo Reglamento europeo, que es nueva *ley europea* en materia de protección de datos.

Este es un ejemplo claro del PE como legislador en materia de derechos fundamentales, pero no es el único. Cuando el PE legisla en *materia penal* o sobre *garantías procesales* está legislando sobre derechos fundamentales (derecho de acceso a la justicia, de derecho a un juicio justo, de derecho a ser traído ante un juez ordinario predeterminado por la ley, derecho a la información sobre la acusación, derecho a la interpretación, derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la asistencia de letrado). Se trata, en todos estos casos, de derechos fundamentales, categorizados como tales en la Constitución española de 1978 y en otras muchas Constituciones nacionales de los EE.MM.

Está claro que el PE ha tomado muy en serio esta posición central de la ciudadanía y sus derechos fundamentales a la hora de legislar. Además, el TL refuerza también la participación de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones de la UE (*Decision-Making Process*) a través de la iniciativa ciudadana (art. 11 TUE). En 2020, intervine como Presidente de la Comisión LIBE ante el Pleno del PE para saludar la toma en consideración de una iniciativa ciudadana denominada “*minority safepack*” en garantía de los derechos de las minorías culturales y lingüísticas en la UE, sin duda muy aseguradas en algunos EE.MM., aunque no tanto en otros: así, hay EE.MM. que oficializan lenguas además de la *lengua común* en el Estado (como es el caso de España, donde hay cuatro lenguas oficiales además de la lengua común que es el castellano, art. 3 CE, y el caso de otros países de la UE pero no de todos). Esto es un ejemplo más de la importancia que se le da al ciudadano/a en la toma de decisiones de la UE.

En lo demás, importa subrayar que este estatuto de la ciudadanía europeo es complementario del de la ciudadanía de los EE.MM. De modo que se disfruta del estatuto de ciudadanía europeo por ser ciudadano/a de los EE.MM. Este estatuto, sin embargo, mejora, multiplica y potencia al del ciudadano de los EE.MM., describiendo un círculo concéntrico de derechos. De este modo los ciudadanos de la UE tienen los derechos de los que son titulares de acuerdos con sus respectivas Constituciones nacionales de los EE.MM., pero también tienen derechos de ciudadanía europea, descritos en la CDFUE vigente junto con el TL y con el “mismo valor jurídico” (art. 6 TUE).

La CDFUE contiene 54 artículos, estructurados en seis Títulos: “Dignidad, Libertad, Igualdad, Solidaridad, Justicia” y un Título VI relativo a las “Disposiciones sobre la aplicación de la propia CDFUE” sobre la aplicación del Derecho de la UE y de los EE.MM. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), cabe concluir que los derechos de la ciudadanía europea están ya categorizados como parámetro de validez para el enjuiciamiento de la legislación europea (legislada por el PE en pie de igualdad con el Consejo) y de los EE.MM. De modo que hay legislación de los EE.MM. que puede ser declarada inválida o “ilegal” por su incompatibilidad con el Derecho Europeo o con alguno de los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE.

Así, por poner un ejemplo, la *Directiva de Retención de Datos (Data Retention Directive)* de 2002 ha sido anulada por el TJUE (2018); análogamente, en su jurisprudencia sentada en el *caso Schrems I* (2015) y en el *caso Schrems II* (2020), el TJUE determinó la incompatibilidad de sendos *Acuerdos transatlánticos de transferencia de datos* a los EE.UU. (*Acuerdos Safe Harbour* y *Privacy Shield*, respectivamente) con los derechos y libertades fundamentales (y con sus garantías) consagrados en la CDFUE.

Y estos no son los únicos ejemplos. En el caso de la legislación adoptada por los poderes legislativos de los EE.MM., la ley polaca promovida por el ultranacionalista Gobierno del *PiS (Law & Justicia)* para ordenar la jubilación de jueces y magistrados anticipadamente (introduciendo, además, su discriminación por sexo), estableciendo además una llamada “Cámara disciplinaria” con la capacidad de sancionar a los jueces/juezas díscolos o críticos con ese Gobierno ultraconservador de Polonia ha sido declarada ilegal por el TJUE por estimarla incompatible con el “derecho a un juez imparcial e independiente” garantizado en el artículo 47 CDFUE (correlato del “derecho al juez predeterminado por la Ley” del art. 24 CE).

Son éstos ejemplos, por tanto, de disposiciones legales contenidas en legislaciones nacionales que han resultado anuladas por sentencias del TJUE por su incompatibilidad con los derechos de la ciudadanía consagrados en la CDFUE. Se trata, en definitiva, de la afirmación *pretoriana* del pleno sometimiento de la legislación de los EE.MM. a la CDFUE so pena de ser declarada ilegal conforme al papel que corresponde al TJUE como garante de la regla del “*respeto del Derecho*” en la integración europea.

Esto da pie a enlazar con un punto en el que me he implicado personalmente a fondo como Presidente de la Comisión LIBE del PE y, en especial, como Ponente (*Rapporteur*) en el examen del respeto al *Estado de Derecho* en Polonia y Hungría. La Comisión LIBE del PE ha establecido y

regulado un así denominado *Marco* (*Framework*) permanente para el examen regular, periodizado, objetivo y general, por parte de la Comisión y el PE, del nivel de cumplimiento por los EE.MM. de los *valores comunes* de *Rule of law, Fundamental Rights and Democracy* consagrados en el art. 2 TUE.

Y lo ha hecho, ciertamente, con plena consciencia del relieve y alcance de su iniciativa después de haber promovido y adoptado (por mayoría cualificada en sendos votos del Pleno) el procedimiento extraordinario de sanción contemplado en el art. 7 TUE ante la evaluación de un “riesgo claro” (*clear risk*) de una “violación grave” (*serious breach*) de carácter sistemático de las reglas de respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales, la democracia y los valores comunes consagrados en el art. 2 TUE. No se pierda de vista que estos principios son ahora plenamente vinculantes para los EE.MM. En la medida en que el PE, por una mayoría de 2/3 (alcanzada en ambos casos) consiga poner en marcha el procedimiento sancionatorio contra un EM, se activa lo contemplado en el art. 7 TUE, cuya desembocadura puede culminar en la suspensión de los derechos de voto de los EE.MM. concernidos en el examen, por ser considerados manifiestamente incumplidores de los valores comunes del Derecho Europeo.

En un contexto tan marcado como el que vengo describiendo, el PE ha puesto en marcha ese procedimiento del art.7 TUE en los casos específicos de Hungría (Gobierno de *Fidesz*) y Polonia (Gobierno del *PiS*). Por su significación, me permito comprimir aquí una síntesis sumaria del ciclo hasta ahora descrito en este campo de actuación inaugurado por el PE. Precisamente porque el art. 7 TUE solo puede desembocar en la sanción máxima contemplada en el Derecho europeo -que es la de la suspensión de los derechos de voto en el Consejo por parte de los países incumplidores- en el caso de que lo adopten por unanimidad todos los demás excepto los países concernidos (Hungría y Polonia). Ante el hecho de que, en este contexto, tanto Hungría como Polonia aleguen en su autodefensa, de manera sistemática y recurrente, su acusación de “doble rasero” (*double standard*) contra el PE, que le señalaría con su dedo por “motivos ideológicos” que ellos consideran ser parte de una “conspiración izquierdista” contra los valores identitarios -marcadamente nacionalistas y cada vez más eurófobos- que propugnan los Gobiernos de Hungría y Polonia, el PE decidió en su día poner en marcha un así denominado *Marco del Estado de Derecho, de la Democracia y de los Derechos fundamentales*. En el desarrollo de este *Marco* tiene lugar un *ciclo político* (*Policy Cycle*) en el que se examinan con carácter regular, permanente y objetivo el respeto por los derechos de ciudadanía y los estándares de *calidad democrática* que resultan exigibles a un EM de la

UE. Y a *todos* los EE.MM. Esta es la iniciativa del PE de la que procede el compromiso de la Comisión Europea presidida por Ursula von der Leyen (Comisión VDL, 2019/2024) de establecer un llamado “*Rule of Law, Fundamental Rights and Democracy Commission’s Annual Report*”: esto es, un *Informe Anual*, pues, periodizado y general, sobre los 27 EE.MM.

Pues bien, así las cosas, el primer *Informe Anual* lo presentó el Comisario de Justicia, Didier Reynders, ante la Comisión LIBE del PE en octubre de 2020. Por cierto, este primer Informe criticaba a España por la no renovación de los órganos constitucionales de elección parlamentaria: entre ellos, y no solo, el CGPJ, el TC, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y el Consejo de RTVE. Pero lo que a mi juicio importa subrayar aquí es que de los mandatos del PE procede un refuerzo del examen de adecuación del respeto de los derechos de la ciudadanía de todos los EE.MM.: no sólo de los Estados más groseramente incumplidores.

Quiero compartir aquí la importancia que la UE da, en su Derecho primario revestido de un carácter funcionalmente constitucional, al ya comentado *estatuto de ciudadanía europea* como componente esencial de la *idea europea* de Democracia y de Estado de Derecho. Esos *valores comunes* (art. 2 TUE) se han erigido ya en parámetros de validez de la jurisprudencia del TJUE que invalida ya sea el Derecho legislado desde las Instituciones europeas con la plena implicación del PE como legislador, ya sea el Derecho legislado de los EE.MM. con la plena implicación de sus Parlamentos nacionales. Y se ha configurado, además, un *ciclo político* del cual es parte también la técnica de *relación interinstitucional e interparlamentaria* sobre Estado de derecho, democracia y derechos fundamentales establecida en el propio Tratado de Lisboa y TFUE (arts. 67 y 89) entre el PE y las representaciones de los Parlamentos nacionales. Lo hemos practicado ya en lo que denominamos una *Conferencia Interparlamentaria* para compartir criterios y preocupaciones sobre los derechos fundamentales en el *Espacio de Libertad, Justicia y Seguridad* (ELSJ) de la UE, regulado en el TFUE (arts. 67 a 89).

Como reflexión adicional, me gustaría aquí añadir que hay un ámbito en el que la estatura de los derechos de ciudadanía europea es puesta realmente a prueba: y ése es, a mi juicio, el de la *mirada europea* a las migraciones y a los demandantes de asilo. Nada pone más a prueba la estatura, no solo moral, sino también jurídica de la UE, como el modo en que mira a la extranjería, la migración y el asilo. Hay mandatos muy expresos en el Derecho europeo en relación a estas cuestiones manifiestamente incumplidos por cada vez un mayor número de EE.MM. Por poner sólo un ejemplo, en el mandato de la

solidaridad vinculante y la responsabilidad compartida en la gestión de las migraciones y el asilo (mandato consignado en el art. 80 TFUE).

Y esto me permite subrayar que la CDFUE tiene una virtud sobresaliente -que se subraya poco-, consistente en que protege a *todas* las personas en territorio europeo -no sólo a los europeos/as- frente a la aplicación del Derecho europeo u actos derivados del Derecho europeo, así como frente a la aplicación del Derecho europeo por las Instituciones o por los EE.MM., incluida la propia naturaleza vinculante de la CDFUE. Quiero decir con ello que hay artículos de la CDFUE que protegen naturalmente a personas que no son europeas ante los abusos o lesiones de sus derechos que puedan ser cometidos en territorio europeo, ya que también estas violaciones son susceptibles de remedio/recurso judicial, de acuerdo con el Derecho europeo.

2. La ciudadanía europea en el arranque de la Conferencia sobre el Futuro de Europa promovida por la Comisión VDL (2019/2024)

Coincidiendo con el cumplimiento de los 71 años de la *Declaración Schuman* en que la UE celebra su *Día de Europa*, el 9 mayo de 2021 tuvo lugar finalmente el arranque de la anunciada *Conferencia sobre el Futuro de Europa* (CoFEU, por sus siglas en inglés, CoFUE en la versión española). Asumida como un compromiso de su investidura ante el PE por la Presidenta de la Comisión Europea en la Legislatura 2019/2024, Ursula von der Leyen, su puesta en marcha ha sufrido, como todo en esta legislatura, inevitables retrasos debidos a las emergencias de la pandemia de la *covid* y a la subsiguiente crisis económica y social.

Aunque el tópico remacha una y otra vez en la historia cómo la UE ha madurado a lo largo de sus crisis, tal como lo anticiparon los llamados *padres fundadores* (*Europe Founding Fathers*), lo cierto es que nunca habíamos visto una secuencia de crisis de tanta profundidad como ésta desde la entrada en vigor del TL y la CDFUE hace ya más de 10 años: *la Gran Recesión*, *la crisis de la deuda soberana*, *el Brexit*, *la crisis de los refugiados*, el desafío a los valores constitucionales comunes agresivamente planteado por los autodenominados *Regímenes Iliberales* (con la ya comentada activación por el PE del procedimiento orientado a la sanción excepcional del art. 7 TUE), y, como corolario, la pandemia de la *covid* y su enérgica respuesta en la conjugación de un *Marco Financiero Plurianual/MFF 2021/2027* al alza y el *Next Generation EU* –Fondo de Recuperación: con 750.000 millones de

euros de *endeudamiento federal*; sin precedentes en la historia–, junto al Reglamento europeo que establece la *Rule of Law Conditionality*.

Dos años de trabajo por delante debieran dar de sí para entablar una conversación abierta, multifactorial y polifónica. Desde un principio las discusiones a su propósito han encarado el reto de superar el formato de la “*burbuja de Bruselas*”, mostrándose capaz de conectar con la ciudadanía y con las terminales de la sociedad civil: organizaciones juveniles, universidades, colegios profesionales, *think tanks*, ONG, sindicatos, ciudadanía y toda suerte de voces refractarias al encuadramiento en formaciones convencionales para la interlocución social.

El objetivo proclamado es el de que la CoFEU abra un “nuevo espacio de debate con la ciudadanía para abordar los desafíos y las prioridades de Europa”, superando el habitual punto de encallamiento de todas las conversaciones acerca de “dónde estamos” (la manida referencia a la “*encrucijada europea*”) por un tránsito a la apuesta por “dónde queremos ir”, “manteniendo el apoyo de la ciudadanía de la UE a nuestros valores y objetivos comunes”, y ofreciéndoles al tiempo canales y oportunidades en que poder expresarse.

Por parte de la UE, se ha superado la tentación de repetir el precedente de encomendar su Presidencia a una personalidad de relumbrón para residenciar, novedosamente, su palanca de impulso y su casilla de salida en un triunvirato colegiado (“Comité Ejecutivo tripartito”, con una Secretaría común) de las Instituciones decisivas de la UE: “en una empresa común entre PE, la Comisión Europea y el Consejo”. La campanada inaugural tuvo lugar en Estrasburgo en mayo de 2021, por estar esa capital europea cargada de tanto simbolismo, más allá de la insistencia del presidente Macron, promotor de la idea, en restablecer cuanto antes la plena operatividad de Estrasburgo como sede del Pleno mensual del PE tal y como contemplan los Tratados en vigor.

Para la animación de la CoFUE fueron puestas en marcha unas así denominadas “*plataformas digitales*” – con otros tantos *paneles* de ciudadanía nacionales junto a *paneles europeos* – carentes de precedentes, pero su proyección en el tiempo – con dos años por delante – permite pensar en la recuperación de *ágoras* o asambleas como las hemos conocido en el pasado, en las que habrá ciudadanía y representación por tramos de las distintas Instituciones europeas. Y para procesar su fluido de aportaciones fue establecido un oportuno “mecanismo de retorno de la información” generada.

La agenda de la CoFUE se configuraba así abierta a disposición de sus

actores, pero desde un principio resultaba muy difícil pensar que pudiese evitarse su alcance sobre las perspectivas de *reforma institucional* de la arquitectura decisonal de la UE. Baste pensar en un elenco de cuestiones ejemplificativas: unanimidad y mayorías cualificadas. Control parlamentario y *question time*. Y la aplazada cuestión de la armonización electoral, las listas transnacionales y la recuperación del debate del *SpitzenKandidat*. Una profundización democrática capaz de “reforzar el vínculo entre la ciudadanía y las instituciones a su servicio”.

Es esta una ocasión también para reflexionar sobre el acompasamiento de la legislatura europea (que dura 5 años) y del MFF (que, diferentemente, cubre un período de 7 años). Pero, sobre todo, también, para la superación del contumaz bloqueo de la legislación europea aprobada por el PE en el eslabón del Consejo: a lo que ayudaría, quizá, la deseable fusión de las presidencias del Consejo y la Comisión Europea. Y un objetivo irrenunciable: fortalecer la dimensión global de la política exterior y de seguridad de la UE, para conseguir que sea “más asertiva” en su “papel de liderazgo en un mundo cada vez más turbulento”.

Sí, ya lo sabemos: es cierto que para ello habrá que reformar la arquitectura de la UE, sus procedimientos de revisión y de reforma simplificada (art. 48 TUE). Y acometer de una vez la respuesta necesaria a una pregunta recurrente: el art. 50 TUE permite a un Estado miembro abandonar la UE (como sucedió cuando Reino Unido decidió activar el *Brexit*). Pero, ¿para cuándo debatir la posibilidad de expulsar a un Estado Miembro de la UE por manifiesto y contumaz incumplimiento de sus obligaciones?

9 de mayo de 2021, una fecha en que resuena en toda la UE el vector *federalista* del Movimiento Europeo (fundado en 1948), al que luego me referiré, de cuyo renovado aliento da cuenta el documento firmado por más de 400 personas de intenso compromiso público *europeo y europeísta*. Pero una fecha también para jalonar el trayecto hacia las reformas que aguardan a la UE en la desembocadura de la CoFUE, que abre ahora sus trabajos.

3. Cuando la ciudadanía toma la palabra, la UE debe escuchar

Cuando los procedimientos para la deliberación y las decisiones propias de la escala gigántica de la integración europea se complican hasta el punto de oscurecer su entendimiento, suele ser el momento para el saludable ejercicio de regresar a los principios: *time to be back to basics*. Y no hay

principio más básico que el que nos refresca la conciencia de que la UE se reclama del Estado de Derecho, la democracia y los derechos de la ciudadanía (arts. 1 y 2 TUE, según el *Tratado de Lisboa*).

Buena ocasión de recordarlo es la celebración, esta misma semana, del día internacional contra la LGTBIfobia y contra toda forma de discriminación por razón de sexo, orientación sexual e identidad de género, expresamente proscrita por los arts. 20 y 21 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE*, que entró en vigor con el TL.

Viene esto a cuento de la complejidad con que ha venido a articularse la puesta en marcha de la Conferencia sobre el futuro de la UE, ambiciosa iniciativa de la que puede desprenderse un reseteo del proyecto de la construcción europea. Y ello porque, si hay un test o examen del que dependa el éxito o eventual irrelevancia de la CoFEU, ése es el que le impone su capacidad de conectar eficazmente con la ciudadanía europea – pese a los inmensos retos de hacerlo en tiempos de *covid*–, y servir como canal para la comunicación de sus preocupaciones y sus aportaciones. Dicho en otras palabras, de trascender lo que suele entenderse como “*burbuja de Bruselas*” (*Brussels bubble*).

Los más relevantes tratadistas han prestado a este punto la atención que merece: la CoFUE ha sido diseñada para intentar, por una vez, un *bottom-up exercise*: una reflexión activada de abajo a arriba, desde la escala básica del patio de vecindad de la sociedad abierta hasta el directorio tripartito de las tres instituciones (Parlamento Europeo, Comisión Europea y Consejo de la UE), en un proceso de consulta de una amplitud y envergadura sin precedentes hasta ahora.

Es cierto que la pandemia ha condicionado un retraso respecto del calendario inicialmente previsto. Pero, una vez lanzada, es obligado aparcar las tensiones suscitadas por egos y protagonismos –quién impulsaría, lideraría o presidiría el foro– y centrarse en el *objeto*, expuesto como se encuentra a desarrollos potencialmente alternativos. Pero el planteamiento incoado desde el PE se abre paso en cualquier caso: no es otro que el de involucrar la participación de las asambleas o ágoras transnacionales de ciudadanía y expresión de pluralismo social, lingüístico e identitario, desembocando en un Plenario de la CoFUE para la eventual puesta en común de las propuestas planteadas sobre las que dialogar.

Pero este punto hace inevitable la conexión de la CoFUE con la perspectiva de la reforma De la –elusiva– cuestión de una *reforma institucional* de la arquitectura europea, aprendiendo de experiencias anteriores (como la *Convención Constitucional* que en 2003 presidió Giscard

D'Estaing, antiguo presidente de Francia) y evitando repetir los errores ya ensayados. ¿De qué reformas hablamos? ¿En cuáles puede pensarse?

En la óptica general de los cuellos de botella del *Decision-Making Process*, baste, para ilustrarla, empezar por acabar con la regla de la unanimidad en la política exterior, seguridad y defensa: la maduración de la UE en la arena global es un desafío inexorable. Europa no jugará en la liga de los actores globales (*to be a player, not a payer*) mientras su Alto Representante y jefe de la Diplomacia (en la actualidad, el *High Rep* Josep Borrell) se limite a declamar declaraciones tasadas por el *mínimo denominador común* entre 27 EE.MM.

Y en la fiscalidad y el poder impositivo: el principio democrático históricamente afirmado rezaba, como es conocido, *no taxation without representation*. Pero la UE –y singularmente el PE– se enfrentan como nunca al reto democrático de afirmar su reverso: *no representation without taxation* (lo que exige consagrar una potestad tributaria genuinamente europea –*EU Tax Power*– que vaya más allá de la reserva competencial del Consejo Europeo con consulta preceptiva al PE sobre los Recursos Propios de la UE).

Como otro tanto cabe esperar de un refuerzo del poder de iniciativa legislativa en el PE, actualmente encuadrada en la técnica prevista en el art. 225 TFUE (mediante los denominados informes de iniciativa que demandan la adopción de un proyecto normativo por parte de la Comisión Europea, en los denominados *INI Reports*, equivalentes a las proposiciones no de ley – PNL – del Derecho parlamentario español). Como sobre el robustecimiento de la función de control parlamentario del PE sobre la Comisión Europea y el Consejo (Presidencia rotatoria) sobre asuntos europeos, en tanto las dos instituciones no se fundan a los efectos de su sometimiento a la técnica de las preguntas orales en un *Question Time* europeo.

Sobre todos estos asuntos de interés, me permito remitirme a mi libro más recientemente publicado: *El Parlamento Europeo: una experiencia única* (Wolters Kluwer, 2020), en que acometo en detalle un análisis comparado del parlamentarismo que se practica en el PE respecto del que se practica en el modelo dominante en los Parlamentos nacionales de los EE.MM., altamente estructurado (rígido, reglamentista y *grupocrático* en la medida en que todos y cada uno de sus actos y procedimientos han sido sometidos al dominio de las cúpulas de los grupos parlamentarios).

Ha de notarse de inmediato que, vistos lo bastante de cerca, todos los parlamentos nacionales en los países de la UE han perdido terreno ante los Ejecutivos (Gobiernos). No en vano, la calidad distintiva de los Parlamentos

que merecen ese nombre reside precisamente en la vinculación del sufragio universal y directo de la ciudadanía con un mandato dirigido a la formación de Gobierno investido por aquél y responsable ante él mediante el sostenimiento de la relación de confianza, en modo que, cuando esta se rompe (denegación de una cuestión de confianza o aprobación de un voto de censura), cae el Gobierno y recomienza la aventura democrática.

En todos los Parlamentos nacionales de los EE.MM. es un hecho indiscutible que, a partir de la misma investidura, cada Gobierno desplaza al respectivo parlamento en la potestad legislativa (haciendo prevalecer sus proyectos de ley y sus decretos leyes), en la función presupuestaria (elaborando el presupuesto y vetando toda enmienda que implique aumento del gasto) y hasta en la de control (la mayoría parlamentaria refuerza con su apoyo al Gobierno, en lugar de controlarlo).

Ello no empece, sin embargo, al interés estratégico que reviste el objetivo de reforzar el *mandato representativo* que se incorpora al voto de la ciudadanía, con la carga de razón que da la deliberación. El voto -el sufragio universal, libre, directo, secreto- y la legitimación directa de la ciudadanía marca, así, la diferencia del PE con las restantes Instituciones de la UE: la palabra decisiva de la ciudadanía en el voto es la que determina que el PE sea la *única* institución directamente dimanante del sufragio universal y motor de legitimación del proceso europeo. Es también esa palabra de la ciudadanía la que decide cuál será en cada legislatura la correlación de fuerzas, con plena carga de futuro (así, en el techo de gasto, el MFF y el presupuesto anual de la UE).

Pero, como se sabe, la democracia no se agota en el ejercicio del voto. Cuando la ciudadanía tiene turno de palabra, cada espacio político que se reclame democrático tiene el deber de escuchar. Esa obligación política acaba de activarse ahora en un procedimiento inédito para repensar Europa y marcar la diferencia en la CoFUE. Cuando la ciudadanía tiene turno de palabra sobre el futuro de la UE, es el momento de escuchar.

4. Una reflexión conclusiva: el Movimiento Europeo y el debate sobre la participación de la ciudadanía europea en la Conferencia sobre el Futuro de la UE.

A modo de conclusión, añado ahora una reflexión desde la perspectiva marcadamente federal que anima al *Movimiento Europeo* en su aproximación al refuerzo del estatuto de ciudadanía europea en el proceso de integración

supranacional que anima hasta ahora la historia, el presente y el futuro de la UE.

El 21 de mayo de 2021 tuve el honor de participar en Canarias en la Reunión anual del *Consejo Federal del Movimiento Europeo* (que se remonta al legendario Congreso de federalistas europeos reunidos en La Haya en 1948, del que fue impulsor, entre otros perfiles sobresalientes, Salvador de Madariaga, antiguo ministro de la II República Española), con representación de todas las CC.AA. Ese impulso *federal* respira en el Parlamento Europeo (PE) a través de los trabajos y de las resoluciones del *Spinelli Group* (en memoria del redactor italiano de un *Proyecto de Constitución Europea* en 1984), del que me honro en formar parte con mi compañero español Domènec Ruiz Devesa.

Convocados por el Consejo Canario que lideran el veterano internacionalista Manolo Medina y Lucas Pérez, bajo la Presidencia Federal del Profesor Francisco Aldecoa, los activistas del *Movimiento Europeo* discutieron durante dos jornadas los asuntos y desafíos revestidos de mayor actualidad y carga de futuro en la UE.

Pues bien, recién aterrizado entonces, desde la semana de Pleno del PE en Bruselas, agradecí la oportunidad de exponer en mi intervención la compleja negociación que condujo a un Acuerdo en una sucesión de intensos *trilogos* (reuniones de los dos colegisladores de la UE en la fase definitiva del procedimiento legislativo para la adopción de la legislación europea) con el Consejo (Presidencia rotatoria portuguesa de la UE), contando con la mediación del Comisario de Justicia de la Comisión VDL, Didier Reynders, sobre el *Reglamento europeo de Certificado Covid UE* para el relanzamiento de la Libre Circulación (base jurídica: arts. 26 y 45 TFUE, y art. 45 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE*), con seguridad jurídica, coherencia con el estándar europeo de protección de datos (el más alto del mundo), características homogéneas, contenido unitarios y garantías de validez en todos los EE.MM., sin discriminación.

El acuerdo trabajosamente alcanzado el jueves 20 de mayo, tras muchas horas de arduo trabajo para la aproximación mutua de posiciones, fue revalidado por una amplia mayoría de la Comisión LIBE del PE el 26 de mayo, llegando por tanto a tiempo para su entrada en vigor el 1 de julio tras su votación definitiva en el Pleno del PE el 8 de junio. Ese era el compromiso, el objetivo y la oportunidad. Que el verano de 2021 no fuese un derrumbamiento de la libre circulación y del *Espacio Schengen* como lo fue el de 2020. Y este escenario nos brinda una ulterior ocasión de reforzar el vínculo del PE legislador con la ciudadanía europea y con sus expectativas.

Porque, efectivamente, la temática de los derechos y libertades, los valores constitucionales – y su cuestionamiento a lo largo de la *crisis de la covid* – fue ampliamente discutida en aquella reunión del *Movimiento Europeo*. Y particular atención mereció la expectativa de una mejora sustancial del estado de las cosas hasta entonces imperante, a partir de la puesta en marcha de la *Conferencia sobre el Futuro de Europa* (CoFEU), fechada en el 9 de mayo de 2021, *Día de Europay*, aunque bien es cierto que con un año de retraso.

El escepticismo inicial con que el federalismo europeo acogió esta iniciativa de puesta en marcha de la CoFEU comprometida en su día por la Comisión VDL ha ido evolucionando hacia una acogida receptiva. Las reservas iniciales estaban, de hecho, fundadas. Tanto en las frustraciones de ocasiones anteriores (la *Convención Constitucional* que desarrolló sus trabajos en 2003/2004) como en las dificultades estructurales para la comunicación de la política y del *Decision Making* a escala supranacional sobre cuya explicación me he expandido en mi libro *El Parlamento Europeo: una experiencia única*.

A partir de este contexto renovado es posible y razonable abrigar con mejores expectativas la celebrada apertura de la CoFEU a una comunicación *bottom-up* de una configuración y alcance sin precedentes. Una CoFEU abierta a la ciudadanía y a la sociedad civil, a los *think tanks*, a las Universidades, a los espacios de reflexión de profesionales y académicos como los que animan el propio *Movimiento Europeo* (que, por cierto, puede expresarse por medio de dos de los asientos del total de 433 que integrarán el *Plenario* de la CoFEU, en el que 108 corresponden al Parlamento, estando también contemplada una representación del Comité de las Regiones, del Comité Económico y Social, y de la sociedad civil).

Contamos, efectivamente, con un inmenso caudal de elaboración doctrinal que no puede ser desaprovechado: es un deber acomodarlo y darle un cauce de expresión en los *paneles y ágoras* de ciudadanía europea (parcialmente integradas por sorteo según tramos demográficos de edad, origen nacional, extracción social y cultural, que aseguren paridad de género y resulten representativos de la complejidad de la sociedad europea, la *EU social fabric*).

Las esperanzas expresadas por el *Movimiento Europeo* pueden pues considerarse, en esta ocasión, fundadas. El diseño de la CoFEU ha intentado cuidadosamente distanciarse de errores ya ensayados, al mismo tiempo que se esfuerza por capitalizar los sensibles desarrollos tecnológicos y culturales experimentados en el campo y los formatos de la democracia participativa (*Participatory Democracy*).

Hay diferencias de formato respecto de todos los experimentos precedentes: Presidencia tripartita de las tres Instituciones; Comité Ejecutivo (*Executive Board*) tripartito de las tres Instituciones; y *Plataforma Digital* multilingüe para la participación online acompañada de *Paneles Ciudadanos* europeos y nacionales (denominadas *ágoras* en la propuesta del PE), de los que se reportarán hacia arriba los mensajes enviados.

Hay diferencias también de diagrama temporal y/o *temporización*. El objetivo primordial no es la *reforma* de los Tratados (art. 48 TUE: procedimientos de reforma “ordinario” o “agravado” y “simplificado” o extraordinario para ampliaciones de las competencias de la UE), pero se reconoce y se asume que la reforma, tarde o temprano, se hará simplemente inevitable. La idea de una gran *consulta popular* –institucionalizada o virtual– no precede a la iniciativa y a la apertura de un ciclo para una gran conversación: el método es ahora el inverso que en ocasiones anteriores.

Pero hay también, sobre todo, diferencias relevantes en cuanto a los mecanismos previstos y disponibles para la de participación de la ciudadanía europea (digitales, *e-Democracy*), que en esta ocasión serán los propios de la revolución tecnológica.

Y, en definitiva, se marca también la diferencia en la ambición democrática expresada en las demandas de ciudadanía europea revestidas de una más clara vocación europeísta. Tal y como se ha afirmado y como vengo sosteniendo en mi trabajo en el PE y a lo largo de estas páginas: listas transnacionales; ley electoral europea; institucionalización del proceso de *Spitzenkandidat*; y parlamentarización del control ejercitado desde el PE sobre la Comisión y sobre el Consejo por medio de un *Question time* a sustanciar en cada Pleno. Y también un relanzamiento enérgico de la Iniciativa Ciudadana Europea (art. 11 TUE), con el consiguiente refuerzo de su recepción e impacto en el procedimiento legislativo ordinario del que es legislador el PE en pie de igualdad con el Consejo. Avanzando, en suma, en el camino hacia una ciudadanía europea cada vez más participativa, informada y empoderada, en el marco del *Decision-Making Process* de escala supranacional que marca la historia, el presente y el plan de ruta futuro de la integración europea.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: UNA CIUDADANÍA DIVERSA

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

SUMARIO: 1. El sistema multinivel de derechos fundamentales: una oportunidad integradora. – 2. La lucha contra la discriminación de las personas LGTBI. – 2.1. El ámbito internacional. – 2.2. El Consejo de Europa. – 3. La Unión Europea. – 3.1. Primera y segunda fase. – 3.2. Unión de la igualdad. Estrategia para la igualdad de las personas LGTBIQ 2020-2025: la tercera fase. – 4. Retos y contradicciones. Igualdad de mujeres y hombres e igualdad de personas LGTBIQ. – 4.1. El principio de *coherencia* del ordenamiento jurídico. – 4.2. La necesaria precisión terminológica. – 4.3. La mujer como sujeto de Derecho. – 4.4. Las personas LGTBIQ como sujetos de Derecho. – 5. Bibliografía.

1. El sistema multinivel de derechos: una oportunidad integradora

La actual Unión Europea es el ejemplo de supranacionalidad más completo que se conoce. Su entramado institucional y, especialmente, la creación de un ordenamiento jurídico propio que se integra en el Derecho de producción interna de los Estados miembros, gracias a la cesión de competencias de éstos a favor de la Unión, distinguen a esta organización supranacional de cualquier otra. Esta singularidad ha permitido a un sector de la doctrina defender que la Unión Europea actual es una realidad «constitucional»¹, posición que comparto. La existencia de un sistema constitucional en la Unión Europea² nos lleva ineludiblemente a la existencia igualmente de una parte dogmática que integre los valores, principios y derechos fundamentales del ordenamiento de la Unión. Son ampliamente conocidas las vicisitudes por las que ha pasado la actual Unión Europea hasta dotarse de un catálogo de derechos fundamentales, hoy consagrado tanto en los Tratados como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y ampliamente desarro-

¹ Sobre esta posición doctrinal, puede consultarse: Gómez Sánchez y Elías Méndez (2019, 11 ss.).

² Häberle (2004). El Prof. P. Häberle enunció, en 1991, el concepto de Derecho constitucional común europeo a partir del cual resulta posible realizar una correcta interpretación del fenómeno de la constitucionalización del proceso de integración europea. Ver también: Peter Häberle (1993).

llado en el Derecho derivado. No es necesario insistir más en ello, pero sí en que el sistema de derechos fundamentales debe ser el eje sobre el que pivote el sistema constitucional de la Unión, tal y como sucede en cualquier otro sistema constitucional democrático. Además, este sistema de derechos es, por propia definición, un sistema multinivel³ por la necesidad de coordinarse con los sistemas de derechos de los Estados miembros y, también, con el sistema de protección internacional de derechos, en especial, con el sistema consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

La interpretación del sistema de derechos debe estar presidida, además, por el principio interpretativo, común a los derechos y libertades, de máxima extensión de la libertad y del establecimiento de los límites estrictamente necesarios. El Tribunal Constitucional español, ha señalado que la interpretación de los derechos debe realizarse de acuerdo con el principio *favor libertatis*, conforme al cual la interpretación favorecerá: a) el ejercicio libre del derecho hasta donde sea posible sin vulnerar otro derecho o bien constitucionalmente protegido; b) la mayor efectividad del derecho; y c) la manifestación de la fuerza expansiva de los derechos⁴. También encontramos este principio interpretativo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la UE. Lo anterior no es incompatible con el establecimiento de límites a los derechos ni con la sujeción de su ejercicio a procedimiento. Límite y procedimiento garantizan la eficacia de los derechos y la compatibilidad de todos ellos dentro de un sistema ordenado⁵.

Estas páginas no tienen por objeto abundar en el ya muy conocido sistema multinivel de derechos fundamentales, sino partir de dicho sistema para analizar las necesidades de adaptación e interpretación que se requieren para

³ Así lo he defendido en trabajos anteriores. Ver, entre otros: Gómez Sánchez (2020, 45 ss.).

⁴ En la STC 69/1984, de 11 de junio, el Alto Tribunal (en un caso relativo a la aplicación del art. 24.2 CE) afirmó que el razonamiento jurídico aplicable debe responder a «una interpretación de las normas conforme a la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental». Reiteró esa posición en la STC 17/1985, de 9 de febrero, al señalar que «como reiteradamente ha afirmado este Tribunal Constitucional, obliga a interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental». Ver también STC 122/2000, de 16 de mayo. Sobre la interpretación de los derechos puede consultarse mi trabajo: Gómez Sánchez (2020, 233 ss.).

⁵ Sobre la aplicación de procedimiento y límites a la regulación de la transexualidad puede consultarse mi trabajo: Gómez Sánchez (2021).

la incorporación al mismo de las reivindicaciones de grupos y colectivos específicos, en concreto, nos referiremos en estas páginas, a cómo se han acogido y formalizado las demandas de las personas LGTBIQ⁶, con especial referencia, aunque no única, al Derecho de la Unión Europea.

2. La lucha contra la discriminación de las personas LGTBI

La lucha contra la discriminación de las personas LGTBI⁷ comenzó hace décadas y se ha desarrollado de manera diferente según los países⁸. Las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos respondieron mediante la aprobación de documentos, de distinta naturaleza jurídica, para la erradicación de la violencia contra las personas LGTBI y el cese de las violaciones sistemáticas de sus derechos humanos. Solo en una fase posterior, junto a dichos objetivos, se incluyeron la igualdad de derechos en muy diferentes ámbitos y también la visibilización del colectivo en la sociedad.

Aunque hay precedentes anteriores, a partir de la década de 2000 se aprecia una intensificación de las iniciativas en el ámbito de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea⁹, que se comentan a continuación.

⁶ La expresión «teoría queer» fue formulada por Teresa de Lauretis en 1990 y posteriormente por otras autoras y autores (Gloria Anzaldúa, Eve Kosofsky Sedgwick, Judith Butler, Michael Warner, José Esteban Muñoz o Paul B. Preciado). Esta teoría sostiene que el género y la sexualidad humana en la que aquel se asienta, las identidades sexuales y las orientaciones sexuales no forman parte de la naturaleza biológica del ser humano, sino que son el resultado de una construcción social y, por tanto, mudable. Esta construcción teórica, académica, parte del movimiento *queer* liderado por personas que no querían ser identificadas dentro de categorías «homosexual», «gay» o «lesbiana».

⁷ Utilizamos las siglas que, en español, aluden a: lesbiana, gay, bisexual, transexual, transgénero, intersexual. En documentos posteriores, sobre todo de la Unión Europea, se incorporó la “Q” que representa a las personas que se adhieren al ideario *queer*. En otros documentos puede verse el signo “+” al final de las siglas LGTBI, que, como es conocido, representa a cualquier otro colectivo no incluido expresamente. La utilización de unas u otras siglas dependen en gran medida de la fecha de los diferentes documentos. El texto sigue el criterio del documento que se cita o está contextualizado en el párrafo correspondiente.

⁸ En estas páginas aludimos a todas las personas que se identifican bajo las siglas LGTBIQ, a pesar de que las circunstancias de cada uno de los grupos de este colectivo son o pueden ser muy diferentes y el Derecho podría dar soluciones jurídicas diversas a situaciones que son igualmente diversas.

⁹ Aunque no es el objeto de estas páginas, también los Estados, de forma paralela e interrelacionada, adoptaron medidas en este campo.

2.1. El ámbito internacional

En diciembre de 2006, Noruega presentó al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en nombre de 54 Estados¹⁰ (entre ellos España), una propuesta de declaración conjunta (*Joint Statement*) con el título de *Human rights violations based on sexual orientation and gender identity*¹¹. Esta declaración se presentó apenas un año después de la *Joint Statement on Sexual Orientation & Human Rights*, liderada por Nueva Zelanda, en marzo de 2005 y dos años antes de la que presentaron, en diciembre de 2008, Francia y los Países Bajos, en nombre de 66 Estados¹² para despenalizar la homosexualidad en el mundo y condenar los abusos a los derechos humanos de las personas LGBT¹³, que fue suscrita por un relevante número de Estados¹⁴.

Estas declaraciones conjuntas y otras que fueron igualmente presentadas prepararon el camino a la adopción, por el Consejo de Derechos Humanos, de tres resoluciones: la *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity (2011)*¹⁵ la *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity (2014)*¹⁶;

¹⁰ Albania, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Canada, Chile, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Guatemala, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Mexico, Montenegro, Netherlands, New Zealand, Panama, Peru, Poland, Portugal, the former Yugoslav republic of Macedonia, the Republic of Korea, the Republic of Moldova, Romania, Serbia, Spain, Slovakia, Slovenia, Sweden, Switzerland, Timor-Leste, Ukraine, the United Kingdom, the United States of America, Uruguay, and Norway. <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2006-joint-statement/> (Última consulta: 10.05.2021).

¹¹ Luego se referiré al uso de estas expresiones, pero ahora las utilizo tal y como figuran en los documentos que se citan.

¹² *Joint statement on human rights, sexual orientation and gender identity*, delivered by Argentina on behalf of 66 States on 18 December, 2008. <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2008-joint-statement/>

¹³ Estas son las siglas citadas en el documento.

¹⁴ Suscribieron la declaración todos los Estados miembros de la Unión Europea, la mayoría de los Estados de América Latina, algunos de África, además de Israel, Japón, Nepal, Timor Oriental, Australia y Nueva Zelanda. Aunque Estados Unidos no se unió a la declaración en un primer momento, bajo el mandato de Barak Obama (marzo 2009) también USA se sumó a ella. Otros países emitieron declaraciones contrarias, aunque con diferente intensidad. Así, por ejemplo, la declaración de Siria, *Syrian statement. Response to SOGI Human Rights Statement*, de 18 de diciembre de 2008, apoyada por 57 Estados, que mostraba su preocupación por la inclusión de conceptos y términos que, consideraban, no tenían apoyo jurídico en los textos de Naciones Unidas.

¹⁵ HRC/RES/17/19, junio, 2011.

y la *Resolution on Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity (2016)*¹⁷. En esta última Resolución creó un *Experto Independiente* sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género¹⁸. Los tres documentos tienen en común la denuncia de las violaciones de los derechos humanos contra personas LGTBI y la necesidad de que los países adoptaran medidas legislativas para frenar dichos abusos¹⁹. Pero se diferencian sustancialmente de iniciativas anteriores, ya que se refieren no solo a la *orientación sexual*, sino también a la *identidad de género*, incluyéndose, por tanto, un nuevo concepto que venía formulándose en años anteriores²⁰, al que le seguirían otros, como el de expresión de género. Los trabajos en el marco de las Naciones Unidas prosiguieron²¹, aparecieron, como hemos dicho, nuevas definiciones, cuyo alcance todavía hoy se discute, y nuevas reivindicaciones para el acceso a derechos vedados hasta entonces al colectivo LGTBI²².

¹⁶ HRC/RES/27/32, octubre 2014.

¹⁷ A/HRC/RES/32/2, julio, 2016.

¹⁸ El *Experto Independiente* elabora un informe anual que presenta al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹⁹ <https://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/>. La resolución estaba acompañada de un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 17 de noviembre de 2011. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_spanish.pdf

²⁰ En el ámbito médico en general y específicamente psiquiátrico la expresión era conocida desde mediados del siglo XX.

²¹ Naciones Unidas, 22 de septiembre de 2017. <http://undocs.org/es/A/HRC/36/L.6> (Última consulta: 10.05.2021). España forma parte del *LGTBI Core Group*, desde enero de 2017. Se trata de un grupo informal de Estados miembros de las Naciones Unidas. <https://unlgbtcoregroup.org/> (Última consulta: 10.05.2021).

²² Hasta mayo de 2020, veintinueve países, la mayoría de ellos ubicados en América y Europa, han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Estos son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Taiwán y Uruguay. Además, México es el único país que no lo reconoce a nivel nacional y únicamente es reconocido en 19 de 32 estados de su territorio.

Hasta julio de 2020, 69 países (67 mediante disposiciones legales explícitas y 2 de hecho) y cuatro jurisdicciones subnacionales tienen leyes que penalizaban las relaciones homosexuales consentidas. Hasta abril de 2019, 14 Estados preveían la pena de muerte para estas conductas. En cinco estados se aplica en todo su territorio (Arabia Saudita, Brunéi, Irán, Sudán, Yemen), mientras que en otros dos se aplica solo en ciertas partes del territorio (Somalia y

2.2. El Consejo de Europa

El Consejo de Europa ha trabajado también en este campo. Pueden citarse, entre otras iniciativas, la *Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género*, de 31 de marzo de 2010²³ y la *Resolución 2048 (2015) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre discriminación contra las personas transgénero en Europa*, de 22 de abril de 2015. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tutelado la igualdad de las personas LGTBI (entre otros, asuntos *Dudgeon c. Reino Unido*, 1981; *Norris c. Irlanda*, 1988; *Modinos c. Chipre*, 1993).

El Consejo de Europa ha recogido, desde sus iniciales textos, algunos de los conceptos que venimos señalando. Así, por ejemplo, la Recomendación de 2010 (el primer instrumento preparado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre estas materias), aborda específicamente la cuestión de la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Igualmente, la Resolución de 2015 hace mención expresa a las personas transgénero como sujetos de dicha Resolución. Se alude a destinatarios más específicos y se recogen demandas más concretas. La lucha contra la vulneración sistemática de los derechos humanos deja paso a la reivindicación de la no discriminación por razón de identidad de género y por condición de persona LGTBI, de manera mucho más clara. Esta evolución de los documentos se explica, en buena medida, en la metodología que se aplica a la elaboración de los mismos, muy apoyada en grupos de trabajo externos o *ad hoc*²⁴, que logran trasladar las demandas del colectivo LGTBI.

Aunque las recomendaciones del Comité de Ministros no tienen carácter vinculante, logran su objetivo de promover una posición común entre los Estado Parte. En la mencionada Recomendación de 2010, por ejemplo, el

Nigeria), e instancias no estatales la aplican en Irak y Siria. A pesar de estar incluida en las leyes penales, no existen datos suficientes sobre la aplicación de la pena de muerte en otros Estados como Afganistán, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Mauritania y Pakistán. https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2019.pdf (Última consulta: 10.05.2021).

²³ El Consejo de Europa mantiene una unidad específica para tratar los temas de las personas LGTBI, dentro de la Dirección de Dignidad Humana, Igualdad y Gobernanza.

²⁴ Así se hace constar, por ejemplo, al inicio de la Recomendación de 2010, para cuya elaboración se constituyó una Comisión de Expertos sobre discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (DH-LGBT).

objetivo es reconocer, aún sin definirlo, el concepto de identidad de género y promover que sea incluido entre las causas de no discriminación a través de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, como ya había sucedido con la orientación sexual²⁵. Así se hace constar en el Preámbulo de la Recomendación en el que se afirma que, aunque no hay un reconocimiento expreso “en relación con la identidad de género, es razonable considerar que también estaría cubierto tanto por el artículo 14 como por el Protocolo n° 12” (se refiere la cita al art. 14 del Convenio Europeo y a la causa de no discriminación “por cualquier otra situación”)²⁶. Sin embargo, orientación sexual e identidad de género aluden a realidades muy diferentes y el Derecho puede tomar en consideración estas diferencias. La homologación de conceptos con alcance muy diferente es otra de las características del proceso que describimos, que no facilita la coherencia jurídica ni favorece la claridad interpretativa. En todo caso, importa señalar que la incorporación de nuevos conceptos y definiciones se produce por la vía de textos de *soft law* y otros documentos no vinculantes jurídicamente, pero que logran promover nuevas posiciones comunes de los Estados y de la propia organización de que se trate, como paso previo a su formalización a través de normas vinculantes.

Con relación a la Resolución de 2015, y a pesar de la especificidad del destinatario en el título, personas transgénero, el contenido es más amplio. La Resolución insta a los Estados a adoptar medidas legislativas para evitar la discriminación por identidad de género e incluir la situación de los derechos humanos de las personas transgénero, con una referencia explícita a la identidad de género (apart. 6.1.1). Con ello, se produce un cambio cualitativo. Mientras la no discriminación por razón de orientación sexual, había encontrado amparo en el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) con relación al artículo 14 (prohibición de discriminación), la identidad de género tiene vocación de visibilizar una posición dentro de la sociedad y demanda cambios, no solo para el grupo afectado sino la sociedad en su conjunto, lo cual no es objetable, en sí mismo, pero sí requiere una respuesta jurídica fundamentada. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha comenzado a pronunciarse homologando ambas situaciones y reconociendo

²⁵ Véase, entre otras, Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal, sentencia de 21 de diciembre de 2001, y Karner contra Austria, sentencia de 24 de julio de 2003.

²⁶ El TEDH parece haberlo visto así, aunque sea de manera lateral. Caso Christine Goodwin v. Reino Unido [GS], n°. 28957/95, 11 de julio de 2002.

que forman parte de la intimidad²⁷, sin apreciar la existencia de diferencia alguna entre ellas ni la distinta repercusión que puedan llegar a tener en los ordenamientos de los Estados.

3. La Unión Europea

3.1. Primera y segunda fase

En el ámbito de la Unión Europea, la defensa del libre ejercicio de los derechos fundamentales por personas LGTBI se ha producido con algunas singularidades que deben ser señaladas. En primer lugar, la Unión Europea comenzó en este campo a través de su adhesión a las iniciativas internacionales de Naciones Unidas y del Consejo de Europa; adhesiones que se insertan en los compromisos de la Unión Europea con los derechos humanos y la igualdad en todo el mundo.

De otra parte, los Estados miembros al incorporarse a la Unión asumen el contenido íntegro de los tratados originarios (y sus reformas) y del derecho derivado, el denominado «acervo» que debe ser incorporado al ordenamiento jurídico nacional en fecha no posterior a la de la adhesión a la Unión, con obligación de aplicarlo a partir de esa fecha. La igualdad y la no discriminación han sido valores esenciales en las Comunidades desde su misma creación. La consolidación de ambas y de un amplio catálogo de derechos fundamentales, a través de las reformas de los Tratados, de la Carta de Derechos Fundamentales, el derecho derivado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han marcado la evolución de la Unión Europea en las últimas décadas. Seguramente puede afirmarse que la Unión Europea ha alcanzado un alto estándar, no solo en el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales más clásicos, sino también con relación a derechos nuevos y derechos redefinidos que han ampliado las esferas de libertad e igualdad de personas y grupos, entre los que se encuentran los de las personas LGTBI. A pesar de ello, no se puede descartar totalmente la existencia todavía de focos de dis-

²⁷ El TEDH ha concluido que la prohibición de la discriminación prevista en el artículo 14 del Convenio también abarca a cuestiones relacionadas con la identidad de género. Dice el Tribunal que «el género y la orientación sexual son dos características distintivas e íntimas», por lo que tienen protección en el artículo 8, con relación al 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Caso *Identoba y otros c. Georgia*, n.º. 73235/12, 12 de mayo de 2015, apartado 96 y caso *Sousa Goucha contra Portugal*, n.º. 70434/12, 22 de marzo de 2016, apartado 27.

criminación por razón de sexo u orientación sexual en algunos Estados, situación que también se da con relación a la igualdad de mujeres y hombres²⁸.

Muchos de los ámbitos relacionados con la tutela de la igualdad y, por tanto, también de la igualdad de las personas LGBTIQ, son de competencia de los Estados. No obstante, la Unión puede desempeñar un papel relevante elaborando orientaciones políticas, coordinando medidas de los Estados miembros y promoviendo el intercambio de buenas prácticas entre ellos y la Unión. Todo ello permite avanzar en la igualdad pero debe hacerse con respeto a los principios que rigen para el resto de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Lo importante es definir con el mayor rigor posible las esferas que deben ser objeto de regulación para evitar antinomias e, incluso, la propia vulneración del ordenamiento de la Unión. La coherencia del sistema de derechos es una garantía esencial para justa aplicabilidad. Volveremos sobre este punto en un epígrafe posterior.

Como hemos indicado, tras los primeros logros conseguidos con la aprobación de resoluciones y declaraciones internacionales para la erradicación de las vulneraciones contra los derechos humanos de las personas LGTBI, se abrió una segunda fase en la que las reivindicaciones del colectivo se dirigían tanto a la eliminación de la discriminación como al reconocimiento específico de su singularidad dentro de la sociedad. En ambos casos, se incluyeron nuevos grupos al colectivo LGTBI como las personas *queer* (Q), que presentan demandas muy distintas a otros grupos integrados en dicho colectivo. Estas diferencias, que son relevantes en el plano jurídico, no han sido suficientemente valoradas en los documentos y en las iniciativas de la Unión Europea, que se ha limitado a expandir las siglas del colectivo. Esta tendencia a la uniformidad no permite abordar en su complejidad las diferentes

²⁸ Las instituciones europeas se apoyan en los informes realizados por la Agencia de los Derechos Fundamentales, en este caso, en el “Informe sobre los derechos fundamentales 2019”. Según los datos aportados en este informe, el 43% de las personas LGBT declararon que se sintieron discriminadas en comparación con el 37% en 2012. La percepción de un colectivo sobre su propia situación de desigualdad no es un factor determinante para la determinación de una situación, aunque tenga un valor indiciario. No podemos detenernos en las cuestiones metodológicas del informe que, en lo que respecta a los derechos de las personas LGBTIQ, presenta aspectos controvertidos por cuanto se basan muy principalmente en la propia percepción de este colectivo sobre la tutela de sus derechos.

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-fundamental-rights-report-2019-opinions_es.pdf (Consultado 10.05.2021).

situaciones de las personas de los distintos grupos del colectivo LGTBIQ²⁹. Recordemos que la construcción dogmática de la igualdad se ha basado en la diferencia de los casos y situaciones y en su razonabilidad. También para abordar la igualdad de las personas LGTBIQ debería seguirse el mismo procedimiento, diferenciando la igualdad de mujeres y hombres de la igualdad de las personas LGTBIQ³⁰. Sin embargo, no ha sido así. Veamos solo algunos ejemplos.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo es un ejemplo del uso confuso de definiciones y conceptos. En su Considerando 6, alude nítidamente a la violencia de género como la violencia ejercida contra la mujer, con cita específica a los más relevantes textos internacionales sobre esta materia. Pero el Considerando 9, al establecer la aplicación del principio de no discriminación incluye, junto al sexo, la expresión de género, la identidad de género y la orientación sexual. Pero es el Considerando 17, el que homologa la violencia de género (concepto tradicionalmente vinculado a la violencia contra la mujer, confirmado así en el citado Considerando 6) a la violencia “dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo despro-

²⁹ La prohibición expresa de la discriminación por razón de la identidad de género se prevé en el considerando 9 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DO L 315 de 14.11.2012, pp. 57-73.

³⁰ Sin embargo, en la STJUE C-13/94, P/S y Cornwall County Council, 30 de abril de 1996, se determina que la causa de no discriminación por identidad de género solo se encuentra parcialmente cubierta por el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. No hay un enfoque uniforme entre los estados miembros. Algunos de ellos abordan la «identidad de género» como parte de la «orientación sexual», y otros la tratan como parte de la «discriminación por razón de sexo», lo cual no es ajeno a las diferencias del propio ordenamiento jurídico.

La STJUE, C-117/01, K. B./National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health, 7 de enero de 2004, el Tribunal estimó que la legislación británica era incompatible con el principio de igualdad de trato, al negar a una persona transgénero, conviviente de un fallecido con el que no había podido casarse por impedirlo la legislación inglesa, a obtener la pensión que hubiera recibido de estar casado. Puede consultarse también: STJUE, C-423/04, Sarah Margaret Richards/Secretary of State for Work and Pensions, 27 de abril de 2006.

porcionado”, generando una mutación del concepto de *violencia de género*, tal y como había sido entendido hasta entonces. Finalmente, los Considerandos 38 y 57 insisten en la unificación del concepto de violencia de género, mientras que el 56 alude de nuevo a identidad o expresión de género como causas identificativas de la víctima. Con estas premisas, aunque en el articulado de la Directiva no se encuentre ninguna mención expresa a identidad o expresión de género, es claro que el concepto de *violencia de género* se interpreta de conformidad con los Considerandos y, por ello, no se aplica exclusivamente a la violencia contra la mujer, tal y como ha sido entendida durante años.

Un año después de la aprobación de la Directiva 2012/29/UE citada, se adoptaron por parte del Consejo las *Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI)*³¹ que recogen medidas de aplicación en el ámbito de la acción exterior de la Unión. En este caso, el documento se centra exclusivamente en los derechos de las personas LGTBI, colectivo que se define como grupo vulnerable en todo caso y circunstancia. Las Directrices promueven el respeto a la igualdad de las personas LGTBI, cuyos derechos “están protegidos con arreglo a la legislación internacional sobre derechos humanos en vigor, aunque se precisan a menudo medidas concretas para garantizar que las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) disfruten plenamente de los derechos humanos”. Es importante señalar que las Directrices en esta defensa de la igualdad aciertan al declarar que las “personas LGBTI tienen los mismos derechos que todas las demás” No se crean nuevos derechos humanos para ellas ni ninguno de ellos tiene que negárseles”. Este es el enfoque más correcto en un sistema multinivel de derechos en el que no cabría la creación de un estatuto jurídico singular para las personas LGTBI.

También puede citarse, como ejemplo de uso vacilante de conceptos y términos, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, la *Lista de acciones* de 2015-2019³² y las *Acciones*, respaldadas por todos los Estados miembros en las Conclusiones del Consejo sobre la igualdad de las personas LGBTI, de junio

³¹ Directrices de 24 de junio de 2013 (11153/13 COHOM 125 COPS 240 PESC 728).

³² https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025/list-actions-advance-lgbti-equality-2015-2019_en

de 2016³³. Esta resolución reitera un uso equívoco de términos y conceptos. Así, por ejemplo, En unos Considerandos se alude solo a la orientación sexual (Considerando F), en otros a las personas LGTBI (Considerando C) y en otros se cita solo a las personas LGTB (Considerandos F, G y H). Aunque tenga su explicación en la mención a iniciativas y documentos que se refieren al colectivo de manera distinta, un uso heterogéneo de conceptos y términos no ayuda a la claridad del contenido. Por otro lado, aunque en el título solo se alude a la orientación sexual y a la identidad de género, a lo largo del documento hay también menciones expresas y reiteradas a la expresión de género. Por otro lado, también se pone de manifiesto que la valoración sobre la existencia de discriminación de las personas LGTBI en el ejercicio de sus derechos se fundamenta en la propia opinión de los interesados³⁴. La constatación o no de discriminación en el ejercicio de los derechos fundamentales no puede sostenerse exclusivamente en la opinión que tengan los propios interesados. No se ha hecho así, para el análisis de la discriminación de las mujeres y no debe aplicarse tampoco a colectivos como el de las personas LGTBI.

Como ya sucedía en las Directrices de 2013 citadas, la Resolución parte de la existencia generalizada de una situación de discriminación que afectaría a todo el colectivo y, en base a ello, pide a la Comisión, a los Estados miembros y a las agencias pertinentes que trabajen conjuntamente en pro de una política global plurianual de protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI. Este enfoque, que convierte a todo el colectivo LGTBI(Q) en grupo vulnerable, impide un análisis real de las muy diferentes situaciones de las personas integradas en el mismo y está lastrando en alguna medida las posibles soluciones jurídicas para grupos determinados³⁵. Resulta muy confuso el contenido de la Resolución con relación a la igualdad de las mujeres; en

³³ Conclusiones del Consejo sobre la igualdad de las personas LGTBI: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/06/16/epsco-conclusions-lgbti-equality/> (Consultado: 10.05.2021).

³⁴ Esta metodología que se ha repetido en numerosos documentos de la UE y, en especial, en los informes de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE no ayuda a un verdadero análisis de la situación que debe apoyarse en indicadores objetivos.

³⁵ Las acciones de la Unión Europea se basan muy principalmente en los informes que realiza la Fundamental Rights Agency, como el *A long way to go for LGBTI equality* (14 de mayo 2020), en el que se analizan un amplio catálogo de situaciones en las que las personas LGTBI pueden encontrar dificultades para el ejercicio de sus derechos. No entramos a analizar este documento que presenta algunos elementos metodológicos discutibles, aunque tiene la ventaja de que el análisis se hace por países.

ocasiones, parecen definirse ámbitos distintos respecto de la igualdad de las personas LGTBI, pero en otros casos, se vinculan o se relacionan de alguna manera, como en el apartado G (ii)³⁶.

Por último, podría citarse la *Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual* de 2 de julio de 2008. La propuesta de Directiva no logro ser aprobada, pero no decayó completamente y, a partir de 2019, se han intensificados los esfuerzos para su definitiva aprobación (aunque con diversas enmiendas desde su primera formulación en 2008). Desde el inicio recibió críticas en cuanto al ámbito de regulación y a su posible colisión con las competencias de los Estados miembros en la materia. Algunas de estas dificultades persisten en opinión del Consejo Europeo³⁷. En este caso, habrá que esperar a su definitiva aprobación, si se produce, para comprobar la redacción final.

3.2. Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025: tercera fase

En un contexto de tratamiento terminológico y conceptual diverso, la Unión Europea ha dado un paso más adoptando la Estrategia para la igualdad de las personas LGTBIQ 2020-2025. Este documento ha supuesto un cambio cualitativo en el enfoque que la Unión Europea venía manteniendo con relación a las personas LGTBIQ. En su discurso sobre el estado de la Unión (16 de septiembre de 2020), Ursula von der Leyen, presidenta de la Comisión, adelantó una posición que después se vio reflejada en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, del 12 de noviembre de 2020, sobre la mencionada *Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025*. Casi al final de su discurso, la presidenta de la Comisión se comprometió con la construcción de “una Unión en la que to-

³⁶ “La Comisión debe integrar las cuestiones que afectan de manera específica a las personas trans e intersexuales en las políticas pertinentes de la UE, para recoger el planteamiento adoptado en la estrategia de igualdad de género”.

³⁷ Consejo Europeo. Informe de situación ST 9567/1/19, REV 1, SOC 381, Antidiscrim 13, JAI 564, MI 463, FREMP73, de 27 de mayo 2019. <https://data.consilium.europa.eu/doc/-/document/ST-9567-2019-REV-1/es/pdf> (Consultado: 10.05.2021). La propuesta de Directiva se refiere a la aplicación del principio de igualdad de trato fuera del contexto laboral, para completar el marco jurídico que ya establecía dicha igualdad de trato en los ámbitos del empleo, la ocupación y la formación profesional.

dos podamos ser como somos y amar a quien amemos, sin miedo a la recriminación o a la discriminación”. Apenas dos meses después se adoptó la primera *Estrategia* que cubrirá las acciones de la Unión y de los Estados para el periodo 2020-2025, como se ha indicado ya.

La *Estrategia* define una serie de acciones específicas en torno a cuatro pilares principales: a) combatir la discriminación; b) garantizar la seguridad, c) construir sociedades inclusivas; y d) liderar el llamamiento a favor de la igualdad LGBTIQ en todo el mundo. Con relación a la lucha contra la discriminación, la *Estrategia* dibuja medidas contra la discriminación en el empleo, reforzando el papel de los organismos de igualdad y apoyando medidas legislativas sobre la igualdad de trato. En el ámbito de la seguridad, se propone armonizar la protección contra los delitos de odio y de incitación al odio contra las personas LGTBIQ y ampliar los tipos delictivos por hechos contra las personas LGTBIQ. Las medidas relativas a la consolidación de una sociedad inclusiva se refieren a la protección de las familias de personas LGTBIQ, mediante una iniciativa legislativa sobre el reconocimiento mutuo de la parentalidad y la adopción de posibles medidas para apoyar el reconocimiento jurídico por los Estados miembros de las parejas del mismo sexo. En la *Estrategia* se incluye igualmente el compromiso de la Comisión para integrar la lucha contra la discriminación en todas las políticas de la Unión. Este documento, no vinculante para los estados, señala sin embargo una posición de la Unión Europea que deberá formalizarse en los correspondientes actos legislativos, en su caso.

Es relevante señalar, además, la unificación total que se hace de los diferentes grupos integrados en el colectivo, en el cual quedan incorporadas las personas que se adhieren al ideario *queer*. No hay distinción entre los grupos cuyas demandas discurren en el ámbito del derecho a la intimidad (LGB), de aquellos otros cuyas reivindicaciones representan cambios sustanciales en la estructura jurídica de algunos derechos y en la propia configuración del sujeto jurídico, aspectos que no pueden ser obviados por el Derecho. El futuro desarrollo de las medidas contempladas en la *Estrategia*, determinarán si se ajustan o no al resto de los parámetros del Derecho de la Unión y son respetuosas con el estándar conseguido en materia de igualdad de mujeres y hombres.

En todo caso, la redacción, tanto de los documentos citados como de otros que presentan similares características, pueden dar lugar a interpretaciones diversas y entrar en colisión con normas del Derecho de la Unión sobre la igualdad de mujeres y hombres. Recordemos que ésta tiene expreso reconocimiento en los Tratados (arts. 2 y 3.3 TUE y 8 TFUE) y en el artículo

21 de la Carta de Derechos Fundamentales y que ha sido ampliamente desarrollada en el derecho derivado.

Nada hay que objetar a que la Unión Europea mantenga una línea de trabajo para erradicar la discriminación que puedan sufrir las personas del colectivo LGTBI(Q). Ello es plenamente coherente con los valores y principios de la Unión y, sin duda, las acciones en este campo encuentran fundamento en el Derecho de la Unión. Pero sí debe insistirse en la necesidad de clarificar los conceptos, de evitar la disparidad de criterios y el uso diverso términos y definiciones.

4. Retos y contradicciones. Igualdad de mujeres y hombres e igualdad de las personas LGTBIQ

Señalado en epígrafes precedentes que la igualdad de trato debe aplicarse a todas las personas, que ninguna persona debe tener un estatuto jurídico ni inferior ni superior a las demás y que la interpretación de los derechos fundamentales no debe limitar ni disminuir el estándar ya conseguido, es relevante señalar ahora algunos retos y contradicciones que deberían evitarse tanto en el análisis como en la regulación de la igualdad de las personas LGTBIQ en su posible interacción con la igualdad de mujeres y hombres (*igualdad de género*).

4.1. El principio de *coherencia* del ordenamiento jurídico

Como es sobradamente conocido, una posible definición de *ordenamiento jurídico*, lo enuncia como *un conjunto sistemático de normas*; normas que emanan de diferentes órganos, que poseen contenidos distintos y también diferente jerarquía, tanto más en el actual sistema multinivel. El ordenamiento es, por tanto, una estructura jerárquica (García de Enterría, 2006, 92), que puede definirse a través de ciertos caracteres, entre otros, la *unidad*, la *coherencia* y la *completitud*. Estos indicadores permiten que el Ordenamiento sea un sistema operativo que pueda responder a los interrogantes que se producen en la sociedad, conforme a unos valores, principios y derechos establecidos en el propio ordenamiento. Estos tres elementos se encuentran, además, interrelacionados. Si la *unidad*³⁸ es una exigencia básica para que el ordenamiento represente un orden

³⁸ Tal unidad es compatible con una realidad normativa compleja que es común a la mayoría de las democracias actuales y que se explica correctamente a través de la teoría multinivel.

jurídico y la completitud representa la aspiración de que todo supuesto de hecho tenga respuesta jurídica en el ordenamiento, la coherencia es la que mejor expresa y materializa los valores de la igualdad y la justicia. O mejor, es la ausencia de coherencia la que más puede lesionar dichos valores.

La coherencia del ordenamiento persigue que no haya normas jurídicas claramente contradictorias, evitando las antinomias jurídicas; que los conceptos jurídicos se utilicen en un mismo sentido o, al menos, se contextualicen lo suficiente para permitir una interpretación homogénea de los mismos. Una aspiración que no deja de presentar dificultades, tanto más en ordenamientos complejos y dinámicos como los actuales.

La antinomia jurídica manifiesta una incongruencia o contradicción con otra u otras normas del ordenamiento, con sus valores y principios, o, incluso, consigo misma. Actualmente, la cantidad ingente de normas jurídicas que se incorporan cotidianamente a los ordenamientos dificulta el control eficaz de las posibles antinomias. Además, hay una abundante producción de *soft law* y otros documentos no vinculantes que pueden llegar a tener efectos indirectos. Algunas de las contradicciones normativas pueden depurarse a través de la interpretación judicial, pero no todas las normas pasan un control judicial ni siempre es posible resolver estas discrepancias por la vía de la interpretación. Por otro lado, los documentos no vinculantes están sujetos a un mínimo control de coherencia o a ninguno, por lo que es frecuente que se encuentren en ellos un número relevante de contradicciones e incongruencias con normas vinculantes. Si bien ello no produce directamente antinomias, si genera una falta de claridad conceptual que podría transferirse a las normas vinculantes.

La necesidad de coherencia jurídica es especialmente importante en el ámbito de los derechos, donde la delimitación de su contenido esencial, la fijación de sus límites, el establecimiento, en su caso, del procedimiento aplicable deben ser cuidadosamente regulados. Sin embargo, es en este campo donde el riesgo de antinomias jurídicas es más elevado y donde sus consecuencias jurídicas podrían ser más graves, llegando incluso a la vulneración de otros derechos. Todo ello aconseja prestar la máxima atención a la redacción de las normas, pero también a la de otros documentos que pudieran servir de precedente.

4.2. La necesaria precisión terminológica.

La precisión terminológica es un correlato necesario de la coherencia

normativa. En el ámbito jurídico³⁹, la precisión terminológica es uno de los requisitos esenciales para garantizar la calidad normativa y, con ella, la seguridad jurídica. Uno de las principales dificultades en relación con reivindicaciones de las personas LGTBIQ⁴⁰ es el uso de término y definiciones imprecisas, de palabras polisémicas o de expresiones y definiciones con significado diferente según los contextos. Esto sucede, sobre todo, con relación a la regulación de la igualdad de mujeres y hombres, *igualdad de género*, en el Derecho de la Unión Europea, que, como ya hemos señalado, cuenta con una sólida formalización, tanto a nivel de Derecho originario como de Derecho derivado, que debe preservarse y garantizarse. Un ejemplo paradigmático de este uso impreciso, sería el de los términos *género*, *identidad* y *autodeterminación*.

En el ámbito de la lucha por la igualdad, específicamente, de mujeres y hombres, el término *género* ha representado desde prácticamente los inicios del feminismo o, incluso, antes, el conjunto de roles y estereotipos que la sociedad atribuye a cada uno de los dos sexos biológicos, femenino y masculino y ha servido para poner de manifiesto la muy diferente y minusvalorada posición de la mujer con respecto al hombre. Así ha sido recogido en textos internacionales como el Convenio de Estambul o la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer-CEDAW. Actualmente, la proliferación de documentos sobre las personas LGTBIQ ha puesto de manifiesto que el término *género* no se utiliza, o no se utiliza exclusivamente, en el sentido que hemos señalado; es decir, ni como conjunto de roles y estereotipos atribuidos socialmente a la mujer y al hombre⁴¹, ni para nombrar a las personas del género femenino y del género masculino. Por el contrario, el término género se usa, a veces, como sinónimo de sexo (género fisiológico), otras, como un elemento constitutivo de la persona prevalente al sexo biológico y, solo alguna vez, en sentido más propio, como género femenino o género masculino⁴². En España, la *Ley 3/2007, de 15 de*

³⁹ Me he referido a estos aspectos en mi trabajo ya citado: Gómez Sánchez (2021).

⁴⁰ Por ejemplo, el citado documento de la Comisión Europea, *Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBIQ 2020-2025*.

⁴¹ Entre otras muchas definiciones, la del documento de la Comisión Europea, *Legal gender recognition in the EU. The journeys of trans people towards full equality*, dice: «Gender identity: A person's gender identity is defined as each person's deeply felt internal and individual experience of their own gender, whether as a man, a woman or non-binary, which may or may not correspond to the sex assigned at birth».

⁴² Así se puede entender en numerosos documentos en los que se define la *identidad de género* como la capacidad del sujeto de adoptar un sexo distinto de su sexo biológico, pero sin

marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, utiliza la expresión *identidad de género*⁴³, en un sentido que se correspondería con la última acepción citada, como género femenino o género masculino, por cuanto la Ley pide para realizar el cambio de sexo en el Registro Civil que se constate una discordancia entre el sexo registral (sexo morfológico o género fisiológico, dice la Ley) y el sexo que la persona ha adoptado y conforme al que vive (sexo psicosocial), así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia (art. 4.1, a)1).

El uso impropio de términos y expresiones es extremadamente disfuncional en el ámbito jurídico y, específicamente, con relación a derechos consolidados de las mujeres⁴⁴. Cada término debe tener un contenido reconocible para garantizar la calidad normativa y la seguridad jurídica y ello aun cuando dichos términos pudieran ser abiertos y requirieran una labor interpretativa.

Por otra parte, el término *identidad* tiene varias acepciones en español: a) «cualidad de idéntico»; b) «conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás»; y c) «conciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás». En el caso que nos ocupa, solo podrían aplicarse la segunda y tercera acepciones, por cuanto la cualidad de idéntico no es predicable de ningún

que ello le obligue a seguir la orientación sexual ni a aceptar los roles y estereotipos del sexo de adopción.

⁴³ El Preámbulo de la Ley comienza diciendo: «La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género. Contempla también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado».

⁴⁴ Entre otras iniciativas, puede citarse la de *European Women's Lobby* (EWL) que aprobó el 8 de septiembre de 2020 una declaración en este sentido, de la que se dio traslado, entre otros, al Gobierno y al Parlamento español y a otras instituciones. La declaración decía: *El EWL considera que la promoción y defensa de los derechos de la mujer se diluye bajo la palabra genérica y el concepto indefinido de género e identidad de género. Además, el uso de estas palabras y conceptos, en lugar del sexo, para definir el papel de la mujer, impide medir las diferencias entre hombres y mujeres en el trabajo, los salarios, la violencia, el acoso y otras discriminaciones contra ellas.*

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por todos los países de la UE, la define como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo". Hacer desaparecer el concepto de sexo bajo el epígrafe de la identidad de género tendrá un impacto negativo en las políticas de promoción de los derechos de la mujer y en la consecución del principio fundacional de la UE de igualdad entre hombres y mujeres.

ser humano respecto de otro. Además, el concepto de *identidad* está recogido en algunas constituciones, en la legislación de los Estados y en instrumentos internacionales con un sentido diverso. Por un lado, pueden referirse a la *identidad* como un derecho a la constatación de la propia realidad biológica⁴⁵ y social de la persona (derecho al nombre, principalmente); y, por otro lado, el concepto de identidad también se aplica a elementos y teorías (por ejemplo, identidad nacional o identidad constitucional). No hay precedentes jurídicos anteriores del uso del término identidad para aludir a una percepción subjetiva contraria a una realidad biológica.

Por último, la *autodeterminación* significa, capacidad de la ciudadanía de un territorio para decidir sobre su estatuto político y, también, capacidad de una persona para decidir por sí misma algo. El concepto jurídico de *autodeterminación*, como sinónimo de libertad de decisión, es conocido en el ámbito jurídico y tiene una aplicación frecuente, especialmente en campos como el de los tratamientos médicos o la investigación biomédica⁴⁶, pero también en el de los derechos de la personalidad⁴⁷.

Puede apreciarse, pues, que el uso de términos como *género*, *identidad* o *autodeterminación*, o las expresiones que los incluyen, no describen por sí mismos la realidad que debe ser asumida por el Derecho que, como ya se ha indicado, demanda siempre un alto grado de precisión y claridad. Es necesario, pues, articular los conceptos que representen fielmente la realidad que deba regularse y hacerlo de manera coherente y acorde con la necesaria seguridad jurídica. Ello obliga a alcanzar un amplio consenso terminológico y conceptual que debería ser previo a la regulación jurídica. Este problema es especialmente importante con relación a los conceptos jurídicos que fundamentan la igualdad y los derechos de las mujeres. El acervo jurídico que se ha conseguido tras décadas de lucha de las mujeres por sus derechos no debe

⁴⁵ Por ejemplo, art. 1 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, del Consejo de Europa; en España, entre otras referencias, arts. 1 y 2 de Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

⁴⁶ Pueden consultarse, entre otros, mis trabajos: “El derecho de autodeterminación física”, en SIBI: *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética/Journal of the International Society of Bioethics/Revue de la Société Internationale de la Bioéthique*, N° 16, 2006, pp. 7-23; “Research Volunteer”, en *Dictionary of statuses within EU Law: the Individual statuses as pillar of European Union integration* / Antonio Bartolini (aut.), Roberto Cippitani (aut.), Valentina Colcelli (aut.), 2019, pp. 497-504.

⁴⁷ La doctrina ha denominado derechos de la personalidad (o derechos personalísimos) a aquellos derechos más esencialmente vinculados a la persona y no transmisibles, como, por ejemplo, el derecho al honor o el derecho a la intimidad personal.

ser puesto en riesgo. El reconocimiento y tutela de nuevos ámbitos de libertad para colectivos concretos no exige renuncia alguna de los logros alcanzados en la lucha por la igualdad de las mujeres.

A falta de una necesaria definición consensuada internacionalmente por los Estados, se ha extendido el uso de las definiciones contenidas en los Principios de Yogyakarta⁴⁸, un documento sin valor jurídico, ni carácter vinculante para los Estados ni para los particulares. Con todo, los Principios han sido expresamente mencionados, aun recalcando su carácter no vinculante por falta de naturaleza jurídica internacional, en algunos documentos de Estados o de tribunales⁴⁹. También han sido acogidos y mencionados en algunos documentos de la Unión Europea⁵⁰, aunque ninguno de ellos con carácter vinculante para los Estados miembros. Sin embargo, la incorporación de estos términos y definiciones con relación a las personas del colectivo LGTBIQ pone de manifiesto la ausencia de una necesaria reflexión sobre el alcance de los mismos en el ámbito jurídico. Estos nuevos conceptos deben coexistir, en su caso, con los que se aplican desde hace décadas, con valor jurídico y vinculante para los Estados, en materia de igualdad de mujeres y hombres⁵¹. Así sucede, por ejemplo, con el término *género*⁵² que adopta un diferente significado en la legislación referente a los derechos de las mujeres y en algunos documentos referidos a las personas LGTBIQ. Los documentos

⁴⁸ La elaboración y aprobación de estos principios, por un grupo de 25 personas, sin representación de Estados ni de organizaciones internacionales, hace del documento una iniciativa privada, aunque con apoyo de los grupos afectados o interesados en el tema.

⁴⁹ Entre otros, Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral de México (Acuerdo INECG572/2020) aplicando la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (SUP-RAP-121/2020) o de la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁰ Entre otros, los ya citados: Documento de la Comisión Europea, Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBIQ 2020-2025 y Legal gender recognition in the EU. The journeys of trans people towards full equality y la Joint Communication to the European Parliament and the Council EU Gender Action Plan (GAP) III – An ambitious agenda for gender equality and women’s empowerment in EU external action (Join (2020) 17 final).

⁵¹ Entre otras: Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación o la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁵² No podemos extendernos sobre la plausible demanda de superar el concepto “género” con relación a la igualdad de mujeres y hombres.

jurídicamente vinculantes deben aplicarse conforme a los principios del Derecho de la Unión, pero también los documentos no vinculantes tienen influencia en políticas y acciones. Que el alcance de los conceptos contenidos en tan diversa variedad de documentos sea homogéneo garantiza la seguridad en la aplicación e interpretación del Derecho de la UE.

4.3. La mujer como sujeto de Derecho

Aunque en un primer momento pueda parecer obvio, el sujeto jurídico principal, específicamente en materia de derechos, es la *persona física*, sin perjuicio del reconocimiento igualmente de la persona jurídica o de los grupos (con carácter más excepcional). Tanto el Tratado de la Unión Europea (arts. 2, 3, 7, 9, 19, 39) como el Tratado de Funcionamiento (arts. 15, 16, 20, 26, 36, 48, 54, entre otros), aluden reiteradamente a la “persona”. También, y ello es relevante, se alude específicamente a la mujer(es) en varios artículos en los que la regulación las concierne de manera específica. En el TUE encontramos esta referencia específica en los artículos 2 y 3 con relación a la igualdad de mujeres y hombres y en el TFUE en los artículos 8, 153 y 157 (igualdad de mujeres y hombres), 79 (la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños) y 83 (explotación sexual de mujeres y niños)⁵³.

El progresivo reconocimiento de la mujer como sujeto de Derecho y, por tanto, como sujeto de los derechos, se ha producido por dos vías: la primera por la superación del concepto restringido de *hombre* como único o casi único sujeto jurídico; y la segunda, por la propia lucha de la mujer por sus derechos. Seguramente no ha sido ajeno a esta extensión del sujeto de los derechos el trasfondo económico que aconsejaba, mucho más recientemente, expandir los sujetos económicos, tanto desde el punto de vista de la producción como del consumo. Sin duda, «por su propia posición en el sistema productivo, hay sujetos constitucionales fuertes y débiles» (M.L. Balaguer Callejón, 2015, 344); la minusvaloración de estos sujetos débiles, entre los que, sin duda, se encuentran las mujeres, no ha podido ser totalmente paliada ni por los innegables avances del sistema democrático ni por «un modelo de protección social, escasamente reparador de la margina-

⁵³ La Constitución española tiene escasas referencias explícitas a la mujer o a la madre (arts. 32, 39, 58, 59, 60). Habrá que esperar casi tres décadas para que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad de mujeres y hombres incluya por primera vez, a nivel estatal, la mención expresa de la mujer en su título y, profusamente, a lo largo de todo el articulado (Esquembre Cerdá, 2018, 91). Similar evolución cabe observar en la legislación de las Comunidades Autónomas.

lidad que genera la posición débil» del sujeto afectado, en este caso, las mujeres (M.L. Balaguer Callejón, 2015, 344). Con todo, aun no pudiéndose constatar que las mujeres, como categoría jurídica, hayan dejado ser un sujeto constitucional débil, sí cabe apreciar una sustancial reducción de la discriminación entre mujeres y hombres a través de la legislación y la jurisprudencia, pero también de las políticas y acciones de formación e información que han actuado, sobre todo, en la erradicación de estereotipos sociales. Por ello es muy relevante que la extensión y garantía de la igualdad a todas las personas, tanto en el ámbito internacional como en el específico de la Unión Europea y de los Estados, no represente ninguna disminución del estándar ya conseguido en otros campos, como es el de la igualdad de mujeres y hombres.

El Derecho necesita de un sujeto para poder desplegar su acción y generar sus efectos. La discriminación de la mujer está vinculada, cuando no causada directamente, por la ausencia de su reconocimiento jurídico como sujeto de Derecho en grandes ámbitos del ordenamiento. No podemos afirmar que haya existido una ausencia total de tal reconocimiento, pero sí que este ha sido parcial en el mejor de los casos y mínimo en otros muchos momentos de la historia. Esta falta de reconocimiento de la mujer como sujeto se traducía en una ausencia de reconocimiento de muchos de sus derechos de ciudadanía que, durante siglos, correspondieron solo a los hombres. El sistema democrático repudia la idea de ciudadanos de diferente condición jurídica (con una correspondiente extensión de determinados derechos también a quien no sea ciudadano), por ello el sistema democrático permitió que la mujer adquiriera la condición de sujeto de todos los derechos contenidos en el ordenamiento jurídico. Así el sistema de derechos ya no se distingue en razón de los sujetos, mujer-hombre, sino en razón de las *circunstancias de los sujetos*. Mujeres y hombres son titulares de todos los derechos constitucionales. Conforme a ello, las personas LGTBIQ son igualmente titulares de todos los derechos que se reconozcan en un concreto ámbito (internacional, estatal o en el de la Unión Europea)⁵⁴. Debe concluirse, pues, que en materia de derechos fundamentales el ser físico es la puerta de entrada al ser jurídico⁵⁵.

⁵⁴ Sí el reconocimiento del sujeto jurídico y político se ha producido con clara vinculación al sexo se debe a que tal reconocimiento se produjo con relación al hombre y solo posteriormente se ha extendido a la mujer. Tanto es así, que actualmente la única discusión que permanece en algunos países, entre ellos España, es cuándo comienza la subjetividad física a efecto de atribución de la subjetividad jurídica, sin que el sexo intervenga en esta valoración.

⁵⁵ A diferencia de lo que sucedía en épocas pasadas en el ámbito estatal, donde el reconocimiento de la subjetividad jurídica y política era la nobleza, el sexo masculino, la riqueza o la pertenencia a un estamento.

4.4. Las personas LGTBIQ como sujetos de Derecho

Si partimos de que, en democracia, la subjetividad física obliga a la subjetividad jurídica y que, por aplicación del principio de igualdad, todas las personas tienen reconocidos los derechos fundamentales, la pregunta que ahora cabe hacerse es si las personas LGTBIQ requerirían o no el reconocimiento de una subjetividad jurídica independiente de la subjetividad biológica correspondiente. Si la respuesta fuera afirmativa, podrían reclamar un estatuto jurídico propio como sujetos singulares y, por tanto, también derechos singulares y propios. Sin embargo, en mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Las personas LGTBIQ, son personas físicas⁵⁶ y como tales les alcanza, en términos de igualdad y sin discriminación, el mismo ordenamiento jurídico que al resto de las personas. Pero, como sabemos, la interpretación del principio de igualdad, tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el ámbito internacional o estatal, permite distinguir situaciones y hechos que hacen que una persona o grupo esté en una situación diferente y que este hecho diferencial pueda ser tomado en consideración por el Derecho; o, al contrario, que estén en situaciones semejantes y que la ley no deba hacer distinción entre ellas, evitando así cualquier discriminación⁵⁷. Todavía más, también el derecho puede acudir a ficciones jurídicas si con ello tutela derechos y bienes protegidos por el ordenamiento.

Como ya hemos indicado, la erradicación de la discriminación no puede ser cuestionada en un ordenamiento democrático, cualquiera que sea el nivel territorial o institucional. Sin perjuicio de ello, es necesario al abordar una regulación jurídica sobre derechos que puedan afectar a las personas LGTBIQ alcanzar un consenso sobre las definiciones y conceptos aplicables

⁵⁶ Como ya se indicó, las personas intersexuales precisan de un análisis independiente, que no incluimos en estas páginas. Sobre este tema puede consultarse, entre otros, Matia Portilla, Elvira Perales, Arroyo Gil (2019), y, en especial, Arroyo Gil (2019).

⁵⁷ Sobre este cúmulo de posibles situaciones en las que el sujeto se encuentra, la Constitución española ha prohibido la discriminación por causas determinadas, como sabemos, nacimiento, raza, *sexo*, religión, opinión o *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. El Tribunal Constitucional ha confirmado que el catálogo de prohibiciones del artículo 14 no es un elenco cerrado y otros motivos podrían ser incluidos. Por ejemplo, la discapacidad. Igualmente cabe entender que la causa de no discriminación de “ninguna otra condición social o personal” daría cobertura constitucional en España a la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual (lo cual está ya incorporado al ordenamiento de la Unión Europea y reconocido en numerosos documentos internacionales) pero también podría avalar la no discriminación por otros motivos que afectan a las personas LGTBIQ.

al caso, de modo que pueda garantizarse el rigor jurídico y la seguridad en la aplicación de la norma. Por otro lado, debe insistirse en la igual titularidad de los derechos de toda persona y en que la aplicación del ordenamiento jurídico no puede depender de una diferente titularidad⁵⁸ sino, en su caso, de las distintas circunstancias de la persona y ello en términos de igualdad con las demás personas que se encuentren en situación igual o equiparable. El ordenamiento debe prestar atención a que una nueva regulación no anule o perjudique derechos ya consolidados de mujeres y hombres. Por tanto, si bien el sistema de derechos debe ser sensible a nuevas demandas y responder a ellas regulando nuevos ámbitos de libertad, debe hacerlo sin eliminar los logros conseguidos hasta entonces. Un sistema de derechos se consolida por su capacidad de adaptarse a nuevas demandas sin restringir ninguno de los derechos reconocidos previamente, lo que es especialmente relevante con relación a los derechos de la mujer y a la igualdad de mujeres y hombres.

5. Bibliografía

- ARROYO GIL, A. (2019). “Intersexualidad: una aproximación jurídica”. En Matia Portilla, F.J., Elvira Perales, A., Arroyo Gil, A., *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L. (2015). “El sujeto débil en la doctrina de Carlos de Cabo”. En García Herrera, M.A., Asensi Sabater, J., Balaguer Callejón, F., *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Aranzadi.
- ESQUEMBRE CERDÁ, M. (2018). “El reconocimiento de las mujeres como sujetos jurídico-políticos en la Ley de Igualdad”. En *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2021). “Regulación jurídica de la transexualidad: requisitos y procedimiento”. En R.M. Rodríguez Magda (Coord.), *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*, CEPC.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2020). *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*. Sanz y Torres.

⁵⁸ No hemos abordado en estas páginas la titularidad de los derechos en los menores de edad.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., ELÍAS MÉNDEZ, C. (2019). *Derecho Constitucional Europeo*. Aranzadi.

HÄBERLE, P. (2004). “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1.

HÄBERLE, P. (1993). “Derecho constitucional común europeo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 79.

MATIA PORTILLA, F.J., ELVIRA PERALES, A., ARROYO GIL, A. (2019). *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch.

LA TRASFORMAZIONE DELLA CITTADINANZA:
DALLA CITTADINANZA DEMOCRATICA SOCIALE
ALLA CITTADINANZA MATERIALE EUROPEA

EMANUELA COSTANZO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cittadinanza europea vs. cittadinanza nazionale: al di là della comparazione. – 3. Sul concetto di cittadinanza: cittadinanza come bilancia del rapporto tra ordinamento ed individuo. – 4. Costituzione dei poteri e struttura dei diritti: cambiamenti apportati dell'ordinamento europeo. – 4.1. Trasformazione dei diritti civili. – 4.2. Erosione dei diritti politici. – 4.3. Sottomissione dei diritti sociali. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Osservare l'ordinamento europeo attraverso una prospettiva non troppo influenzata da modelli già noti è fondamentale per coglierne gli aspetti innovativi. Allo stesso tempo è altrettanto chiaro che nessun tipo di valutazione può avere inizio, né giungere a buon fine, senza l'ausilio dell'impalcatura teorica su cui si erge la tradizione costituzionale cementificata intorno all'esperienza dello Stato.

La tradizione teorica dell'ordinamento statale, punto di partenza di qualsivoglia speculazione, è un complesso intreccio di concetti formanti le unità fondamentali di una struttura la cui stabilità e la cui resistenza sono ora messe a dura prova dall'urto prodotto dalla forza dirompente del diritto europeo. Sentenze, norme di diritto primario e secondario, decisioni, prassi informali si scagliano quotidianamente contro tali concetti, aprendo crepe e allargando pertugi di un'architettura che a fatica si mantiene in equilibrio. Una parte di tali unità fondamentali, preziosi strumenti interpretativi, è già stata ridotta in rovine. Altri, conservando apparentemente la loro interezza, vengono utilizzati a beneficio del consolidamento e del rafforzamento dell'edificio europeo. La loro trasmigrazione, se da un lato semplifica l'interpretazione, spesso si rivela fuorviante inducendo ad attribuire a tali concetti viaggianti il significato e la funzione che in origine assumono nella claudicante organizzazione statale. Ad esempio, l'utilizzo del termine cittadinanza europea nella lettera dei trattati potrebbe erroneamente far pensare si tratti del medesimo status che caratterizza, definisce e disciplina il

rapporto Stato Democratico Sociale-cittadino, species del genus rapporto Stato-individuo. L'obiettivo del presente contributo è analizzare la cittadinanza europea da una prospettiva più ampia che vada oltre la comparazione del fascio di diritti ricollegabili allo status definito cittadinanza europea e, rifuggendo dagli inganni semantici, la riconsideri tenendo conto delle trasformazioni complessive prodotte dalla membership europea sulla posizione giuridica globale dell'individuo all'interno dell'ordinamento.

Attraverso la riorganizzazione della struttura dei poteri dello Stato e l'elevazione delle libertà economiche al rango di libertà fondamentali, il processo di integrazione ha inaugurato una lenta ma costante alterazione della base normativa dalla quale dipendono il significato e il funzionamento della cittadinanza democratica sociale. In particolare, la tesi che si vuole sostenere è che la membership europea, modificando la struttura dello Stato e rimodulando la tutela dei diritti, stia nei fatti alterando la base normativa connotante il significato della cittadinanza democratica sociale lasciando emergere una nuova forma di cittadinanza: la cittadinanza materiale europea. Quest'ultima non coincide con quanto i trattati definiscono "cittadinanza europea" né si sovrappone a quella nazionale. Essa rappresenta piuttosto la misura del nuovo rapporto politico istituzionale trilaterale che si dipana all'interno del seguente schema: Istituzioni Europee → Stato Membro → cittadini. A questo proposito l'effetto del diritto europeo è stato a ben vedere duplice: da un lato, ha scardinato l'equilibrio della relazione Stato Democratico Sociale-cittadino, dall'altro ha facilitato l'intromissione delle istituzioni europee all'interno del suddetto rapporto, lasciando che queste divenissero una componente indefettibile capace di influenzare la tutela dei diritti. All'interno di tale rinnovata dinamica istituzionale, i diritti di cittadinanza democratica sociale, notamente i diritti civili, politici e sociali, sono quotidianamente plasmati e riconvertiti da un processo atto a garantirne la compatibilità con l'obiettivo di preservare l'integrità del mercato unico, obiettivo verso il quale convergono buona parte delle energie europee. Lo Stato, non a caso ridefinito Stato Membro, ha mutato il suo ruolo divenendo una sorta di Giano bifronte: un intermediatore tra le pretese provenienti dai propri cittadini, basate su un deteriorato patto di democrazia sociale, e gli obblighi derivanti dalla membership europea legati ad una differente prospettiva assiologica. Inesorabilmente ciò sta determinando una variazione della posizione giuridica dell'individuo all'interno dell'ordinamento, posizione non più corrispondente a quella rappresentata dalla cittadinanza democratica sociale ma sintetizzata dalla cittadinanza

materiale europea. Ed è all'interno di questa nuova geometria politico istituzionale che una differente tutela dei diritti sta prendendo forma e si sta consolidando.

L'idea della cittadinanza materiale europea si basa su due pilastri: un pilastro teorico ed uno normativo. Il pilastro teorico fornisce il supporto argomentativo per giustificare l'esistenza di una relazione di connessione e interdipendenza tra l'assetto della costituzione dei poteri di un ordinamento e la struttura dei diritti di cittadinanza. Una volta asserita l'esistenza di tale nesso, sarà più facile comprendere perché le modifiche operate dal processo di integrazione europea sull'organizzazione del potere dello Stato stiano inevitabilmente condizionando la tutela dei diritti di cittadinanza nazionale. Il secondo pilastro contiene invece l'analisi giuridico-normativa dei reali termini in cui il mutamento della struttura e della tutela dei diritti civili, politici e sociali di cittadinanza nazionale si sta concretamente materializzando. Apparentemente, la membership europea ha arricchito la sfera giuridica dei cittadini nazionali ora corredata di nuove ed ulteriori posizioni soggettive di natura economica e politica alla tutela delle quali è stato predisposto un sistema di protezione molto efficiente. In realtà, l'affermarsi di tali nuovi diritti non è stato un processo indolore, il loro avanzamento ha travolto i diritti di cittadinanza democratica sociale, rompendo il delicato equilibrio che ne permetteva l'armoniosa convivenza e generando nel complesso un impoverimento della posizione dei cittadini all'interno dell'ordinamento.

2. Cittadinanza europea vs. cittadinanza nazionale: al di là della comparazione

L'attribuzione nei Trattati europei del termine "cittadinanza" ad uno status il cui cuore centrale è costituito dalla libera circolazione delle persone (ELEFTHERIADIS 2019) ha immediatamente fatto sorgere numerosi interrogativi all'interno della comunità scientifica. Il dibattito ha principalmente assunto un carattere comparativo di tipo unidirezionale: ogni riflessione, ogni valutazione, ogni giudizio ha come punto di partenza lo Stato e la sua cittadinanza. Le ragioni per le quali l'operazione di esplorazione della cittadinanza europea ha assunto tale carattere comparativo sono principalmente due. La prima è costituita dalla forza paradigmatica che lo Stato, seppur indebolito, continua ad esercitare come forma più compiuta e riuscita di comunità politica. La seconda ragione, di ordine normativo, è

direttamente fornita dall'articolo 21 del TFUE, il quale recita: "È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza dello Stato Membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge a quella nazionale e non la sostituisce". La lettera dei trattati sembrerebbe suggerire l'esistenza di una relazione tra la cittadinanza nazionale e quella europea declinata a volte come rapporto di superiorità della prima rispetto alla seconda, altre come complementarità. In entrambi i casi, sia che si voglia sostenere la tesi della superiorità, sia che si voglia sostenere la tesi della complementarità, la risposta passa, anche questa volta, attraverso un attento lavoro di comparazione tra il contenuto dei diritti ricollegabili ai due status.

La comparazione ha abbondantemente chiarito che i trattati e la giurisprudenza della Corte di Giustizia definiscono impropriamente cittadinanza uno status cui sono collegati diritti di natura completamente diversa rispetto a quelli della cittadinanza nazionale (MENENDEZ, OLSEN 2020/CAMBIEN, KOCHENOV, MUIR 2020). Si tratta di uno di quei casi in cui l'ordinamento europeo prende in prestito un concetto comune alla tradizione degli Stati, traendo vantaggio dal significato ad esso ricondotto, pur scollegandolo completamente dalla base normativa e regolamentare che, all'interno dell'organizzazione statale, tale significato concorre a determinare. Nondimeno, tali diritti avendo come titolare lo stesso soggetto della cittadinanza nazionale amplificano la sfera giuridica di quest'ultimo, conferendogli maggiore possibilità d'azione. Per tale ragione la cittadinanza europea viene da molti considerata uno status duale (MARGIOTTA 2014) e indipendente¹: non si sostituisce alla cittadinanza nazionale, dalla quale continua a dipendere, ma la completa aggiungendo nuovi diritti per i suoi titolari. Secondo taluni, il rapporto tra la cittadinanza nazionale e quella europea si dipana secondo una dinamica di ordinamento multilivello (PERNICE 1999/ SCHÖNBERGER 2007) in cui non vi è concorrenza ma, semplicemente, molteplici dimensioni politico-giuridiche alle quali uno stesso soggetto appartiene contemporaneamente e a titoli differenti (MAAS 2013). Altri ancora (BAQUERO CRUZ 2018), più entusiasti, anticipano un futuro dato per certo in cui la cittadinanza europea arrivando a tutelare gli stessi diritti di quella nazionale si sostituirà ad essa, divenendo, finalmente, come ripetutamente ribadito dalla Corte di Giustizia, "lo status fondamentale dei cittadini europei²".

¹ Opinione dell'A. G. Poiares Maduro del 30 Settembre 2009, Caso C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, paragrafo 23.

² È con la famosa sentenza Grzelczyk (C-184/99) che la Corte di Giustizia definisce per la prima volta la cittadinanza europea come "lo status fondamentale dei cittadini europei".

Una volta asserito che la cittadinanza europea è uno status diverso dalla cittadinanza così come la intendiamo a livello nazionale, il processo di comparazione unidirezionale può dirsi soddisfatto, dandoci ancora una volta l'illusione di poter continuare a trovare riparo all'ombra delle vecchie, rassicuranti impalcature teoriche. Parte della discussione si arresta a questo punto. In realtà, come già accennato, l'indebolimento dello Stato Democratico Sociale provocato dalla membership europea continua a minare la solidità della struttura teorica che sorregge quest'ultimo, creando numerosi scompensi. Cosicché, pur ravvisando nella trasposizione della cittadinanza fatta dall'ordinamento europeo una trasposizione meramente nominale, non includendo la stessa i diritti e i doveri formanti il sostrato materiale della cittadinanza nazionale nella sua declinazione di cittadinanza democratica sociale, è altrettanto vero che tali diritti e tali doveri sono quotidianamente rimodulati, plasmati, riconvertiti e teleologicamente ridirezionati dall'intero processo di integrazione, al punto da mettere in crisi le convinzioni sino ad ora avute sul concetto stesso di cittadinanza e sull'uso che di esso si fa a livello nazionale.

Lo status europeo, ripetiamo, impropriamente definito cittadinanza, viene valutato in base ad un concetto plasmato sulla tradizione dello Stato nazionale, oggi soggetto a notevoli cambiamenti. Il parametro "cittadinanza nazionale" non esiste più o, per lo meno, non è più uguale a se stesso e la ragione risiede nella trasformazione del rapporto Stato-individuo ad opera della membership europea, rapporto del quale la cittadinanza è la misura.

Il preziosissimo lavoro di comparazione tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale svolto dalla comunità scientifica fornisce gli strumenti utili per andare oltre e indagare sulle modifiche che, agendo su alcuni aspetti dell'organizzazione e della distribuzione dei poteri dello Stato, hanno prodotto conseguenze per i diritti degli individui. Occorre a questo punto invertire la direzione di analisi, ritornare dalla cittadinanza europea a quella nazionale e, da questa, osservare attentamente le alterazioni strutturali che hanno prodotto conseguenze sui i diritti e, quindi, sulla relazione Stato Democratico sociale-cittadino, convertendola nel più complesso rapporto Unione Europea-Stato membro-cittadino. Lo sviluppo del diritto europeo e la direzione assunta dal processo di integrazione dalla fine degli anni '70 (MENENDEZ, 2018) hanno modificato sensibilmente la struttura regolamentare che ha fino ad ora concorso a definire il rapporto di cittadinanza democratica sociale, aprendo in tal modo una frattura tra il significato e l'uso del termine cittadinanza democratica sociale (LA TORRE, 2008). Per ricomporre tale frattura è necessario considerare il fascio di relazioni e

rapporti rappresentati dalla cittadinanza come un elemento estremamente dinamico e non come un'entità invariabile e insensibile ai mutamenti del tempo. Il rapporto di cittadinanza democratico sociale non esiste più, o per lo meno è gravemente compromesso, pertanto tale termine ha perso la funzione di designazione rimanendo al momento vuoto di significato. Continuare ad utilizzarlo come parametro per declinare i caratteri della cittadinanza europea non ha molto senso. Piuttosto, maggiore profitto potrebbe essere tratto analizzando il modo in cui il rapporto Stato-cittadino si stia riconfigurando, ricomprendendo al suo interno le istituzioni europee.

3. Sul concetto di cittadinanza: cittadinanza come bilancia del rapporto tra ordinamento ed individuo

Al fine di comprendere le ragioni che, spingendo l'analisi della cittadinanza europea oltre il recinto dell'inestimabile comparazione tra lo status cittadinanza europea e la cittadinanza democratica sociale, portano ad ipotizzare l'emergere di una nuova forma di cittadinanza, definita cittadinanza materiale europea, è indispensabile soffermarsi, sia pure brevemente, sul concetto di cittadinanza. Si tratta di un passaggio cruciale la cui funzione è quella di rendere più comprensibile un fenomeno dai caratteri spiccatamente giuridici ma che necessita di essere letto attraverso una prospettiva teorica capace di ricondurre la parte (la cittadinanza) al tutto (l'ordinamento), offrendoci così una lettura più completa ed organica.

Quando si tenta di definire il concetto di cittadinanza è necessario fare i conti con le innumerevoli forme che esso ha assunto viaggiando nel tempo e nello spazio (SARTORI 1970). La comparazione della quale si è fino ad ora parlato è infatti avvenuta fra due diverse esperienze di cittadinanza, quella democratica sociale e quella europea, entrambe facilmente ricollegabili ad una precisa dimensione spazio-temporale. È dunque necessario fare riferimento ad un concetto di cittadinanza dotato di un grado di astrazione tale da ricomprendere tutte le declinazioni che esso ha assunto nel tempo e nello spazio e allo stesso capace di indicarne i connotati essenziali per distinguere ciò che è cittadinanza da ciò che non lo è. A questo fine, la prospettiva offerta da Pietro Costa nella sua straordinaria opera di ricostruzione storica della cittadinanza rappresenta un ottimo punto di partenza. La cittadinanza, precisa Costa, è il termine utilizzato per fare

riferimento al nesso ordine-individuo³ (COSTA 2005). In altre parole, quindi, potremmo definire la cittadinanza come la misura, la bilancia del rapporto che intercorre tra un l'ordinamento e gli individui. Tale rapporto, ordinamento-individuo, non è sempre stato uguale a se stesso, tuttavia ciò che ci aiuta a distinguere e non confondere le sue evoluzioni spazio-temporali da altri tipi relazioni è l'elemento politico. La relazione che lega l'individuo all'ordinamento è una relazione politica e, dunque, normativa che presuppone l'esistenza di un ordinamento diverso da quello naturale e la partecipazione dei suoi membri alle decisioni della comunità (LA TORRE 2004). Laddove non vi è partecipazione non può esserci cittadinanza quanto, piuttosto, sudditanza.

Nel tempo, ciò che ha differenziato le forme di cittadinanza è stato il grado di intensità e di estensione della partecipazione politica. Nella polis greca, ad esempio, la partecipazione alle cariche in condizioni di uguaglianza e alternanza era l'elemento distintivo dell'essere cittadino (ARISTOTELE 2000). Tuttavia, l'unico in grado di occuparsi della cosa pubblica era l'individuo maschio, adulto, libero da preoccupazioni: gli schiavi, i meteci e le donne ne erano notamente esclusi. Nella Roma imperiale la cittadinanza veniva scollegata dalla partecipazione diventando una "civitas sine suffragio" dissociata anche dall'elemento territoriale (BELLAMY 2011). Nella città medievale, spazio di identità e protezione, la disuguaglianza e la differenziazione era un valore dal quale dipendeva il buon funzionamento della civitas come unità vivente; ciascuno partecipava *secundum gradum suum* al benessere della città la cui guida era chiaramente affidata ad un gruppo dirigenziale, anche in questo caso composto da soli uomini adulti. Durante le esperienze di governo assolutistiche, l'organizzazione si basava sul rapporto di obbedienza che legava il soggetto al sovrano: il cittadino era il suddito che obbedendo otteneva protezione contro il nemico esterno. Più tardi, il vento rivoluzionario ha permesso ai cittadini, specialmente alla medio alta borghesia, di riconquistare potere attraverso la partecipazione, ristabilendo un certo grado di uguaglianza (FACCHI 2015). Infine, la cittadinanza democratica sociale afferma l'uguaglianza formale e sostanziale come elemento fondamentale di un sistema in cui tutti gli individui, al di là della loro condizione sociale, partecipano alla vita politica regolata dal principio democratico. Da questo momento in poi, l'obiettivo principale dello Stato non è più, o non solo, garantire la sicurezza e la tutela della proprietà ma

³ COSTA, P. (2015). *Cittadinanza*. Laterza, Roma, p.3.

garantire il benessere dei propri cittadini attraverso il principio di solidarietà (RODOTÀ 2014) e l'attuazione di politiche redistributive.

Orbene, confrontando il concetto di cittadinanza intesa come misura del rapporto politico che intercorre tra ordinamento e individuo con le sue diverse declinazioni spazio-temporali ciò che emerge è la variazione del peso che, nel tempo, l'individuo ha assunto in tale rapporto. Inizialmente la bilancia pendeva indiscutibilmente a favore dell'elemento "ordinamento" mentre l'elemento "individuo" (o la maggior parte di essi) non aveva alcun peso nella vita politica. Successivamente, il lento processo di affermazione dei diritti, determinando l'incremento dell'intensità e dell'estensione della partecipazione, spingendo verso una nuova configurazione dell'organizzazione dei poteri, ha permesso ad un numero sempre maggiore di individui di divenire parte attiva dei processi decisionali. In sostanza, man mano che l'individuo lotta per la conquista dei diritti, dall'altro lato della bilancia l'elemento "ordinamento", simultaneamente, muta la sua struttura, modifica la sua organizzazione fino a ritrovarsi in una posizione di perfetto equilibrio con l'elemento "individuo". Nel rapporto di cittadinanza democratica sociale, l'elemento "ordinamento" e l'elemento "individuo" hanno instaurato un tipo di relazione che, nonostante le fisiologiche oscillazioni, tende all'equilibrio. Il principio democratico annulla le differenze tra governanti e governati e, attraverso diversi strumenti, permette una delle più intense partecipazioni politiche; il principio di uguaglianza sostanziale, invece, ha il fine di includere tutti gli individui rimuovendo gli ostacoli di ordine economico che escludono alcuni ceti sociali dalla reale partecipazione (GIUBBONI 2011).

4. Costituzione dei poteri e struttura dei diritti: cambiamenti apportati dell'ordinamento europeo

La definizione di cittadinanza come bilancia del rapporto tra l'ordinamento e l'individuo mette in evidenza l'estrema dinamicità dello stesso: i cambiamenti strutturali e funzionali che interessano uno dei due elementi, l'ordinamento o l'individuo, provocano delle oscillazioni e si riflettono sull'altro variandone il peso. Così, i mutamenti che interessano la costituzione dei poteri, modalità organizzativa dell'ordinamento, si riflettono nella struttura dei diritti, strumenti attraverso i quali gli individui definiscono la loro posizione e il loro peso sulla bilancia della cittadinanza.

Lo stretto legame che sussiste tra la struttura dei diritti degli individui e

la costituzione dei poteri dell'ordinamento è un intuitivo portato del costituzionalismo moderno reso più esplicito nel 1945 da Thomas Humphrey Marshall, nel celeberrimo "Cittadinanza e classe sociale". All'inizio della sezione intitolata "Lo sviluppo della cittadinanza fino alla fine del XIX secolo", l'evoluzione dei diritti di cittadinanza viene collegata al fenomeno della separazione dei poteri. Secondo Marshall, infatti, i diritti che formano il contenuto della cittadinanza, vale a dire i diritti civili, politici e sociali, sono riconducibili a singole e separate istituzioni: le istituzioni legate ai diritti civili sono le corti di giustizia, le istituzioni legate ai diritti politici sono i parlamenti e le istituzioni più strettamente legate ai diritti sociali sono i sistemi educativi e i servizi sociali. Fino a quando i poteri legati ai diversi diritti "erano riuniti in un unico filo"⁴, prosegue Marshall, è stato impossibile distinguere ciascun diritto dall'amalgama del potere. Successivamente, un processo di fusione geografica e separazione funzionale dei poteri ha reso possibile la distinzione e lo sviluppo di ogni singolo gruppo di diritti. Per qualcuno (MANN 1987), lo sviluppo dei diritti non ha seguito il percorso lineare e cronologicamente ordinato descritto da Marshall, né il rapporto tra gli stessi può dirsi totalmente complementare come egli sembrerebbe suggerire (BELLAMY, CASTIGLIONE, SANTORO 2004). Tuttavia, ciò non inficia la validità dell'argomento generale secondo il quale le modifiche della struttura dei poteri si ripercuotono in una variazione della struttura dei diritti e viceversa.

L'analisi di Marshall si rivela una preziosa lente attraverso quale interpretare gli effetti della membership europea. Il processo di integrazione, nella direzione da esso assunto tra la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80, può essere considerato come un processo di trasformazione dello Stato da Stato Nazionale in Stato Membro (BICKERTON 2012). Chris Bickerton, interpretando il fenomeno della trasformazione dello Stato come un processo finalizzato a governare il vuoto tra le istituzioni e i cittadini e la crisi di legittimazione della fine degli anni '70, definisce lo Stato Membro come "un particolare tipo di Stato in cui gli esecutivi dei vari Stati tentano di legare e subordinare la loro azione attraverso un crescente corpo di norme creato all'interno del complesso sistema legislativo europeo"⁵. La particolarità dell'assetto della costituzione dei poteri dello Stato Membro risulta da un

⁴ MARSHALL, T. (1950). *Citizenship and Social Class*. Cambridge University Press. Cambridge. p. 11.

⁵ BICKERTON, C. J. (2012). *European Integration: From Nation State to Member State*, Oxford University Press, Oxford, p.4.

processo di separazione che, in luogo di essere espressione di sovranità interna, pone vincoli esterni sulla volontà popolare. Stato Membro è dunque il termine per definire il nuovo assetto che la costituzione dei poteri ha assunto includendo le istituzioni europee. La sovranità dello Stato membro, quindi, appare ridotta e condizionata dai limiti esterni imposti dal sistema europeo che, in tal modo, impedisce allo Stato di assolvere alla funzione di Stato Democratico Sociale. Tale trasformazione fa apparire lo Stato come perennemente impegnato in un'azione di intermediazione tra le pretese dei propri cittadini, fondate su un dissolto patto di democrazia sociale, e i limiti derivanti dagli obblighi assunti a livello europeo, incentrati sulla preservazione della tutela del mercato unico.

Se la trasformazione dello Stato in Stato Membro ha determinato una variazione dell'assetto dei poteri, è necessario valutare quali variazioni ne siano conseguendo per i diritti di cittadinanza. L'imposizione di limiti europei all'azione dello Stato è avvenuta attraverso una riorganizzazione dell'assetto della costituzione dei poteri che ha comportando l'esternalizzazione di una parte di essi. Il processo di integrazione europea ha nei fatti prodotto: una nuova fusione geografica, che ha coinvolto il mercato ed il potere giudiziario; un'ulteriore suddivisione del potere legislativo, ora condiviso tra Stati membri ed istituzioni europee e regolato dal principio di attribuzione; un indebolimento delle istituzioni e dei beni collettivi che hanno contribuito allo sviluppo dello Stato sociale. Il risultato è una modifica della costituzione dei poteri dello Stato Democratico Sociale, modifica che ha provocato delle rilevanti oscillazioni nella bilancia del rapporto Stato Democratico sociale-cittadino generando una notevole variazione della posizione dei cittadini e del loro potere all'interno dell'ordinamento. In particolare, la fusione geografica del mercato e del potere giudiziario hanno prodotto delle conseguenze su un determinato gruppo di diritti civili trasformandoli nel nuovo canone di costituzionalità; la ripartizione del potere legislativo ha indebolito i diritti politici; l'erosione dei beni collettivi sta intralciando la soddisfazione dei diritti sociali. Anche in questo caso, sottolineare la connessione tra ciascuna istituzione (o ciascun potere) e i diversi gruppi di diritti è un'operazione di semplificazione che si rivela utile a districare la complessa trama in cui diritti e poteri si intersecano tra loro, ovvero per decodificare ed ordinare gli effetti della membership europea.

4.1. Trasformazione dei diritti civili

La membership europea ha prodotto la fusione geografica dei mercati e

la fusione geografica del potere giudiziario. Il mercato interno ha preso vita con la fusione dei mercati statali e alla sua tutela è stato preposto il sistema della Corte di giustizia. Quest'ultimo è costituito dai giudici nazionali, che operano in qualità di giudici comunitari laddove sia necessario risolvere una controversia avente ad oggetto il diritto europeo, e dal sistema della Corte di giustizia preposto a garantire la corretta applicazione ed interpretazione del diritto europeo (articolo 19 TFUE). Entrambi fenomeni, fusione del mercato e delle corti, possono tradursi come esternalizzazione di una parte del potere economico e di quello giudiziario in favore delle istituzioni europee.

La fusione dei mercati degli Stati membri in un unico mercato europeo ha dato vita alla libertà economiche, vale a dire alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali (BARNARD 2019). Le libertà economiche sono le regole costitutive (SEARLE 2005/HINDRIKS 2009) del mercato, esse regolano nello stesso momento in cui creano la nuova istituzione mercato interno, attribuendo ai cittadini degli Stati membri diritti soggettivi azionabili davanti ad un tribunale. Per tale ragione si potrebbe affermare la loro presenza abbia arricchito la sfera giuridica dei cittadini degli stati membri. Grazie ad esse, questi ultimi possono vendere merci, offrire servizi, intraprendere un'attività economica e spostare capitali liberamente all'interno dello spazio europeo. Si tratta di diritti a carattere economico espressi nella forma di libertà negative e pertanto in grado di generare divieti nei confronti dello Stato e di alcuni soggetti privati⁶ qualora ne impediscono l'esercizio.

In realtà, le quattro libertà sono molto più di un gruppo di semplici libertà negative a carattere economico, esse definiscono il contenuto del nuovo canone di costituzionalità europea, canone attraverso il quale si assicura la massima soddisfazione dell'interesse alla proprietà privata e all'esercizio dell'impresa, a scapito di qualsiasi altro valore costituzionale (MENENDEZ 2017). Un chiaro indicatore del ruolo tutt'affatto ancillare delle libertà economiche è suggerito dall'attribuzione dei caratteri della fondamentalità e dell'indivisibilità (KOHLE/MULLER 2017), predicati con i quali si usa declinare il nucleo dei diritti facenti parte della sfera dell'indecidibile (FERRAJOLI 2018), alla garanzia e allo sviluppo dei quali l'azione degli Stati nazionali fondano la loro ragione di esistenza. Le libertà economiche, *rectius* fondamentali, sono sì espressione di interessi parimenti riconosciuti e tutelati dagli ordinamenti nazionali ma, a differenza di quest'ultimi, esse godono di una posizione di netta superiorità giuridica e

⁶ Viking, Caso 438/05, paragrafo 46.

dunque assiologica. Continuare a considerarle un innocuo fascio di diritti a carattere economico teso ad ampliare la sfera giuridica dei cittadini degli Stati membri significa ignorare completamente la mutazione giuridica-funzionale avvenuta da un certo momento dell'integrazione in poi.

Il presunto ampliamento ed arricchimento della sfera giuridica dei cittadini ottenuto con i nuovi diritti economici, infatti, è in realtà controbilanciato dall'impovertimento e all'indebolimento del patto democratico sociale (MENENDEZ 2019). Attraverso il riconoscimento di numerosi diritti, gli Stati membri assicurano certamente la tutela della proprietà privata e dell'impresa ma questi interessi devono, o meglio dovevano, costantemente garantire la loro congruità con i valori e gli obiettivi dello Stato Democratico Sociale. L'ordinamento europeo, pur affermando all'articolo 345 del TFUE che i Trattati lasciano invariato il regime della proprietà degli Stati membri, ha di fatto liberato la proprietà privata e l'impresa dai vincoli dello Stato Sociale, perseguendo la loro massima soddisfazione, provocando innumerevoli scompensi, nonché un forte contrasto tra la prospettiva assiologica dell'ordinamento europeo e quella degli Stati nazionali. La supremazia assiologica veicolata dalle libertà fondamentali risponde ad una visione dei rapporti economico-sociali, e dunque del mercato, che non è da sempre stata prevalente ma si è andata affermando tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 quando l'ideale del mercato comune è stato sostituito dall'ideale del mercato unico (MENENDEZ 2018). Precedentemente, infatti, le libertà fondamentali rispondevano ad una funzione totalmente differente che non creava attrito con fini sociali perseguiti dagli Stati bensì ne era complemento (GIUBBONI 2006). La soddisfazione dei fini sociali era strettamente connaturata all'archetipo regolamentare sulla cui base si fonda la nascita dell'ordinamento europeo noto come modello della sintesi costituzionale: il nuovo ordinamento costituzionale europeo è stato innalzato sulle norme fondamentali degli Stati che, prendendo parte al processo di integrazione, hanno dato vita al diritto costituzionale comune (MENENDEZ/FOSSUM 2012). La validità delle norme giuridiche di tale nuovo ordinamento dipende, evidentemente, da una nuova costituzionalità sovranazionale definita sul diritto costituzionale comune, vale a dire, sull'insieme dei valori espressi dalle norme costituzionali nazionali. Orbene, dal momento che il criterio di legittimità dell'ordinamento europeo è strettamente connesso e dipendente da quello nazionale, fortemente agganciato alla soddisfazione dei principi socialdemocratici, come è stato possibile dare così tanta importanza ai diritti rivolti alla tutela proprietà privata e alla libertà d'impresa veicolati dalle quattro libertà fondamentali?

L'elevazione delle libertà economiche a nuovo parametro di costituzionalità è avvenuta su un piano interpretativo. In particolare, essa è stata principalmente la conseguenza dell'adozione da parte della Corte di giustizia del principio di accesso al mercato e del principio di proporzionalità. Con il principio di accesso al mercato, formulato per la prima volta con la sentenza *Dassonville*⁷, la Corte ha dato la stura ad un penetrante giudizio che dichiara, per l'appunto, l'illegittimità di qualsiasi norma nazionale capace di creare un ostacolo alla libera circolazione a meno che l'ostacolo non sia giustificato da un motivo imperativo dello Stato e la misura adottata per proteggerlo risulti adeguata necessaria e proporzionata. Precedentemente, prima della dirompente giurisprudenza inaugurata da *Cassis de Dijon*⁸, la legislazione nazionale doveva assicurare semplicemente il rispetto della parità di trattamento, garantendo che i fattori produttivi dagli altri Stati membri fossero soggetti alle medesime regole di quelli interni e non ci fosse nessuna discriminazione su base nazionale. In tal modo la legislazione interna emanata dagli Stati per regolare i fattori produttivi rimaneva in piedi pur dovendo rinunciare al profilo discriminatorio. Nel momento in cui il principio di non discriminazione è stato sostituito con quello di accesso al mercato, qualsiasi elemento legislativo capace di generare un ostacolo alla circolazione⁹ determina la caducazione dell'intera normativa e, con essa, della potestà regolamentare dello Stato. Se l'ostacolo non è più sottoposto al principio di non-discriminazione, infatti, ad essere intaccate sono l'autonomia e la sovranità regolamentare degli Stati e, di conseguenza, la possibilità di decidere verso quale direzione indirizzare la risoluzione del conflitto sociale. Gli Stati nazionali passano dall'essere liberi di determinare la regolamentazione dei fattori della produzione (come produrre, come regolamentare l'offerta dei servizi) ad una situazione in cui l'alta probabilità di veder dichiarata la propria normativa come illegittima, unita alla necessità di supportare i propri fattori di produzione con un corredo normativo che ne assicuri la prevalenza nello scambio economico, riducono sensibilmente le possibilità di scelta che inevitabilmente finiscono per appiattirsi su una disciplina il cui scopo principale è garantire la massima circolazione e solo secondariamente altri interessi.

⁷ C-8/74.

⁸ C-120/78.

⁹ Opinione A.G in *Leclerc-Siplec V. TF1 Publicité*, C-120/78: "Se sussiste un ostacolo alla circolazione, questo non smetterà di esistere solo perché è presente anche per i prodotti interni".

I limiti previsti dai trattati (sicurezza pubblica, sanità pubblica, buon costume ecc.) e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (ragioni imperative di interesse generale) all'esercizio delle libertà economiche controbilanciano il principio di accesso al mercato, il quale di fronte alla necessità di tutelare un interesse considerato fondamentale si arresta lasciando prevalere quest'ultimo. Nonostante ciò, la capacità dei limiti normativi e giurisprudenziali di costituire un valido argine ad un meccanismo che di fatto favorisce le libertà economiche, e dunque gli interessi sottesi al loro esercizio, è irrimediabilmente affievolita dal metodo usato dalla Corte di giustizia per risolvere il conflitto tra i diversi interessi. In *Jipa*¹⁰ e in *Gebhard*¹¹ la Corte precisa che le misure idonee ad ostacolare la libera circolazione devono rispettare il principio di proporzionalità. Quindi, anche laddove sussistano degli interessi riconosciuti dai trattati o dalla giurisprudenza come limiti legittimi alla circolazione è necessario che la lesione inflitta alla libertà economica risulti adeguata, necessaria e proporzionata. Orbene, l'utilizzo del test di proporzionalità (ALEXY 2012/ ALEXY, GARCÍA MARQUEZ 2007/ MENENDEZ, ERIKSEN 2010) da parte della Corte di Giustizia è un'altra occasione in cui l'ordinamento europeo prende in prestito un concetto, un principio, un metodo interpretativo dalla tradizione dello Stato, si avvantaggia del significato ad esso generalmente ricondotto ma lo adopera per fini e con modalità differenti producendo, ancora una volta, importanti conseguenze sul piano degli equilibri costituzionali. Pur trattandosi di un principio di legalità formale esso viene utilizzato per revisionare il merito (TRIDIMAS 1999) trasformandosi, come sottolinea Agustín José Menéndez, nel "condotto attraverso il quale la risoluzione del conflitto tra libertà economiche ed ogni altro bene costituzionale è prevenuto delle prime... la revisione costituzionale europea è diventato un mezzo per affermare la supremazia della proprietà privata e della libertà d'impresa su tutte le altre posizioni fondamentali, in particolare su quelle socio-economiche¹²". In sostanza, il conflitto sociale è già predeterminato in favore della proprietà privata e dell'impresa ben prima di procedere con l'esame di proporzionalità.

¹⁰ Jipa, C-33/07, paragrafo 29.

¹¹ Gebhard, C-55/94, paragrafo 37.

¹² MENÉNDEZ, A.J. (2017). *Constitutional Review, Luxembourg Style: A Structural Critique of the Way in which the European Court of Justice Reviews the Constitutionality of the Laws of the Member States of the European Union*, in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 9(2), p 118.

4.2. Erosione dei diritti politici

L'Unione Europea è formalmente un'entità internazionale basata sul principio di attribuzione delle competenze (articolo 5 TUE). I Trattati definiscono quando e come le istituzioni europee possono agire sostituendo l'autorità dello Stato, legiferare nelle materie di competenza e servirsi dell'apparato amministrativo degli Stati membri. Ciò ha determinato l'esternalizzazione di una parte del potere legislativo dallo Stato alle istituzioni europee e l'apertura di un varco tra il potere legislativo e quello esecutivo.

Attraverso l'esercizio del potere relativo alle competenze attribuite, l'Unione Europea cerca di promuovere un'appartenenza politica post-nazionale e, per questo, riconosce ulteriori diritti politici rispetto a quelli già previsti dagli Stati (SHAW 2015). La cittadinanza europea, oltre al fondamentale diritto alla libera circolazione, attribuisce inoltre: il diritto di votare e candidarsi alle elezioni del Parlamento europeo; il diritto di votare e candidarsi alle elezioni amministrative degli Stati membri ospitanti; la protezione diplomatica (articolo 20 TFUE); il diritto di promuovere un'iniziativa legislativa europea (articolo 11 TUE). Il riconoscimento di ulteriori diritti politici potrebbe essere salutato come un arricchimento della sfera giuridica del soggetto in cui le due cittadinanze, quella europea e quella nazionale, sono ricondotte ad unità. Anche in questo caso si tratta di mera apparenza. Il legame politico che si sta tentando di instaurare tra il cittadino e le istituzioni europee è piuttosto debole. Il funzionamento del processo legislativo europeo, e tutte le attività decisionali alternative, sono al momento affette da un grosso deficit democratico che non consente una vera e propria partecipazione dei cittadini. Allo stesso tempo, decisioni cruciali vengono prese seguendo modelli non tradizionali quali gli strumenti di "soft law" (ORTINO 2020, MOSTACCI 2008).

Le prospettive non sembrano migliorare quando si guarda all'interno degli Stati membri. L'esternalizzazione di una parte del potere legislativo e la separazione di questo da quello esecutivo sta profondamente alterando il rapporto politico tra i cittadini e le comunità politiche interrompendo la catena di legittimità tra il processo decisionale e la sovranità popolare. Come spiega Dieter Grimm, "La Commissione, che prende effettivamente le decisioni, non può essere ritenuta democraticamente responsabile da nessuna parte, mentre i governi nazionali, che non hanno deciso nulla ma sono la mano amministrativa della Commissione, possono essere ritenuti responsabili nelle elezioni interne. I governi nazionali possono essere puniti

dagli elettori, mentre la Commissione rischia solo malcontento” (GRIMM 2019). Il risultato è un costante affievolimento della capacità dei cittadini di incidere ed influire realmente sulle politiche del proprio Stato. Il riferimento ad alcuni casi concreti rivelerà l’attualità e la concretezza dell’argomento.

Particolarmente eloquente risulta al riguardo la saga che ha visto coinvolti il Tribunale Costituzionale tedesco e le Corte di Giustizia in relazione al programma di operazioni monetarie definitive (OMT) del 2013 e il programma di acquisto di titoli di debito sovrano nei mercati secondari (PSPF) del 2015 (KYRIAZIS 2020) messi in campo dalla BCE per fronteggiare la crisi finanziaria. Entrambi i programmi diventano oggetto di ricorsi diretti alla Corte Costituzionale tedesca¹³ attraverso i quali i cittadini tedeschi mettono in evidenza come l’acquisto selettivo di debito pubblico da parte della BCE, determinando l’esercizio di poteri che spettano alle istituzioni rappresentative nazionali, viola il principio democratico e il diritto fondamentale al voto (rispettivamente articolo 38 e 20 della Costituzione tedesca). Come noto, nelle more del giudizio di costituzionalità la Corte tedesca si rivolge alla Corte di Giustizia chiedendo di formulare un’interpretazione del diritto europeo conforme alla Costituzione tedesca e la Corte di Giustizia, in entrambe le occasioni, definisce i programmi come azioni di politica monetaria e dunque perfettamente compatibili con le competenze della BCE. Nonostante la risposta della Corte, il nodo politico riemerge con veemenza nella sentenza del tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020 (DONATI 2020, VIOLINI 2020, REPETTO, 2020).

Una fervente discussione relativa all’indipendenza delle decisioni politiche dei cittadini degli Stati membri si è seguita dopo al diniego del Presidente della Repubblica Italiana Sergio Mattarella di nominare Paolo Savona Ministro dell’economia all’indomani delle elezioni generali del 2018 (DANI/MENENDEZ 2018). Per giustificare la decisione, il Presidente Mattarella dichiarava: “Non posso accettare la designazione di qualcuno che sostiene una linea che potrebbe portare l’Italia fuori dall’euro”. Al di là del dibattito scatenato dagli studiosi costituzionali italiani sulla legittimità del diniego (ONIDA 2018), il punto politico appare abbastanza chiaro: nessuna maggioranza popolare può promuovere una linea economica che potrebbe in qualche modo essere diversa da quella dettata dalla Commissione Europea. Quanto potere hanno gli elettori italiani di scegliere democraticamente un modello economico differente? Il Fiscal Compact implica la totale perdita della sovranità statale in materia economica?

¹³ Il riferimento è alle famose Gauweiler (C-62/14) e Weiss (C-493/17).

4.3. La sottomissione dei diritti sociali

L'esame delle conseguenze del processo di integrazione europea sui diritti sociali segue un processo meno lineare ed intuitivo rispetto agli altri due gruppi di diritti. Considerando la variazione dell'assetto della costituzione dei poteri che ha portato alla trasformazione dello Stato Nazionale in Stato Membro, non è possibile ricondurre la riconfigurazione dei diritti sociali ad una chiara esternalizzazione di un determinato potere. La ragione risiede nel fatto che la competenza sui diritti sociali, nonostante alcuni riferimenti dei primi Trattati riguardo alla parità di trattamento retributivo tra uomini e donne (BARNARD 2014, KILPATRICK 2018), il titolo X del TFUE dedicato alla "Politica sociale", e i più recenti sforzi di creare un pilastro sociale europeo (KILPATRICK 2018), è da sempre rimasta nell'esclusiva competenza degli Stati nazionali. Inizialmente l'apparato europeo si è semplicemente aggiunto agli ordinamenti degli Stati nazionali. I due sistemi giuridici, pur essendo strutturalmente separati e tesi alla soddisfazione di dimensioni differenti e apparentemente non confliggenti della soggettività giuridica, rimanevano funzionalmente comunicanti in quanto la liberalizzazione del mercato a livello europeo avrebbe dovuto fornire la base materiale di ricchezza necessaria agli Stati nazionali per assolvere alla nuova funzione sociale che aveva permesso loro di riabilitarsi assumendo nuovi obblighi nei confronti dei cittadini (MILWARD 1992). La trasformazione dello Stato Nazionale in Stato Membro, concretizzatasi tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80, pur lasciando tale assetto formalmente invariato, è stato lo strumento per governare il disfacimento del primato del rapporto Stato-società sostituendolo con un rafforzamento delle relazioni tra i dirigenti nazionali a livello Europeo (BICKERTON 2012). In questo modo i diritti sociali hanno iniziato a sgretolarsi ed hanno smesso di svolgere il ruolo essenziale che era stato loro attribuito nella ricostruzione del Secondo dopoguerra 1945.

Materialmente, la pressione della membership europea sui diritti sociali sta avvenendo attraverso due canali: la sottomissione diretta degli stessi alle esigenze dell'interesse della proprietà privata e dell'impresa e l'impo-verimento delle strutture e dei beni collettivi che ne consentono la soddisfazione. Per quanto concerne il primo canale, esso è il risvolto della conversione delle libertà economiche in parametro di legittimità europea. Quando i diritti sociali ostacolano o impediscono la libera circolazione di merci servizi e capitali la Corte di giustizia, pur riconoscendo la riserva di competenza statale in materia, riformula interpretativamente la risoluzione del conflitto sociale a discapito dei primi. Così, ad esempio in Viking (punti 43-47): "sebbene la tutela dei diritti fondamentali rappresenti un legittimo

interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, l'esercizio dei diritti suddetti non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato e deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità. Ne consegue che il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 43 CE un'azione collettiva di questo tipo, intrapresa nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuadere dall'avvalersi della libertà di stabilimento¹⁴. Di conseguenza, Il diritto di sciopero, sminuito dal principio di proporzionalità (BARNARD 2012, GIUBBONI, 2018, SCIARRA 2018), è costretto a retrocedere “implicando una sorta di restyling ideologico del diritto europeo ma, più fondamentalmente, l'erosione della composita architettura costituzionale europea (allo stesso tempo europeo e nazionale) derivante dalla minimizzazione dei diritti sociali come elementi costituzionali essenziali¹⁵”.

All'argomento appena esposto si potrebbe obiettare facendo riferimento a tutte quelle sentenze in cui la Corte di giustizia impone agli Stati membri il riconoscimento di diritti sociali ai cittadini europei che si avvalgono del diritto alla libera circolazione¹⁶. In tutti questi casi però i diritti sociali non entrano in conflitto con la libera circolazione bensì contribuiscono alla sua soddisfazione. La tutela del diritto sociale, dunque, è incidentale e servente rispetto al più fondamentale diritto alla libera circolazione.

La sottomissione dei diritti sociali sta avvenendo anche attraverso l'erosione delle strutture e dei beni collettivi dal cui funzionamento essi dipendono. Thomas Marshall individua tali strutture nel sistema di educazione pubblica e in altri servizi sociali non ulteriormente specificati. Essendo il sistema sociale descritto da Marshall ancora ai suoi albori, esso non contempla il massiccio sviluppo di tutte le infrastrutture che nei trent'anni successivi segneranno la storia del Welfare State. A tali strutture potremmo oggi aggiungere i sistemi sanitari, le strutture volte a consentire l'accesso a servizi essenziali quali il trasporto, l'erogazione dei servizi idrici e delle fonti energetiche e in generale tutti i beni e i servizi concepiti per

¹⁴ Viking, paragrafi 43 e 47.

¹⁵ NIGLIA, L. (2016). *Eclipse of the Constitution*, in *European Law Journal*, Vol. 22, No.2, Mazo, p 132.

¹⁶ Fai riferimento sentenze diritti sociali anche pensioni

assicurare a tutti i cittadini un'esistenza libera e dignitosa nonché una piena partecipazione alla vita politica e sociale di una comunità. Dalla fine della Seconda guerra mondiale in poi si è assistito ad un incremento di tali strutture ma alcuni di esse hanno svolto un ruolo cruciale nel superamento delle disuguaglianze. Thomas Piketty in "Capital and ideologies" mette in evidenza come la riduzione delle disuguaglianze e la perdita del potere della proprietà privata sono state la conseguenza della combinazione della promozione del sistema educativo e sanitario pubblico, di politiche di nazionalizzazione e della creazione di un sistema fiscale improntato alla progressività¹⁷ (PIKETTY 2020).

L'Unione monetaria (FERRERA 2016, MENÉNDEZ 2017) e tutto il sistema fiscale concepito per garantire la stabilità dello stesso riassunto dalle regole del semestre europeo (DAWSON 2018, RIZZONI 2011, MOSTACCI, 2020) stanno rendendo sempre più difficoltoso il mantenimento di tali strutture. Formalmente la gestione delle risorse economiche continua a rimanere competenza dello Stato, di fatto l'Unione condiziona fortemente "come" questa distribuzione debba avvenire imponendo una notevole riduzione della spesa pubblica.

5. Conclusioni

Con il presente contributo si è tentato di fornire le argomentazioni teoriche e normative per sostenere e giustificare il processo di trasformazione della cittadinanza democratica sociale in cittadinanza materiale europea. Quest'ultima non corrisponde a quanto i Trattati e la giurisprudenza della Corte di giustizia definiscono "cittadinanza europea". Piuttosto essa rappresenta la materiale evoluzione della cittadinanza democratica sociale in una prospettiva che analizza le rilevanti alterazioni della relazione Stato Democratico Sociale-cittadino

Considerando la cittadinanza come misura del rapporto ordinamento-individuo si è cercato di mettere in evidenza la stretta connessione e le relazioni di influenza che intercorrono tra i due elementi di tale rapporto. Reinterpretando la descrizione storico evolutiva della cittadinanza fornita da Thomas Marshall alla luce del processo di integrazione ed unendola alla teoria della trasformazione dello Stato in Stato Membro, profonde alterazioni

¹⁷ PIKETTY, T., (2020). *Capital and ideologies*, The Belknap Press of Harvard University Press, Harvard p. 416.

dell'equilibrio della relazione Stato Democratico Sociale-cittadino. La trasformazione dello Stato è avvenuta tramite l'esternalizzazione di una parte del potere sovrano ad un'entità sovranazionale la quale lo ha convertito nell'imposizione di limiti esterni sulla volontà popolare. L'esternalizzazione del potere e l'imposizione dei limiti si sono irrimediabilmente tradotte nell'alterazione dei diritti di cittadinanza democratica sociale determinando: la promozione di un gruppo di diritti civili, le libertà economiche, a canone di costituzionalità europea; l'erosione dei diritti politici che legano il cittadino al proprio Stato, in cambio di un debole e timido sforzo di instaurare una seria partecipazione nel sistema europeo; la sottomissione dei diritti sociali alla proprietà privata e alla libertà d'impresa.

La dinamica delle relazioni normative costitutive della cittadinanza democratica sociale sta mutando completamente il suo assetto creando una frattura tra il significato attribuito alla cittadinanza democratica sociale e l'uso di tale termine. Nell'ordinamento europeo la tutela dei diritti si dipana all'interno della nuova geometria politico istituzionale composta da istituzione europee-Stato Membro-cittadini e la cittadinanza materiale europea è la misura delle interazioni che si sviluppano al suo interno. Le istituzioni europee formano parte integrante di tale nuova geometria influenzando notevolmente l'azione dello Stato il quale si ritrova a svolgere il ruolo di mediatore tra gli obblighi derivanti dalla membership europea e quelli derivanti dal patto democratico sociale, al momento completamente sottomesso dai primi.

Bibliografia

- ALEXY, R. (2012). *Teoria dei diritti fondamentali*. Mulino. Si veda anche; Alexy, R., García Manrique R. (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Menendez A.; J., Eriksen E. O. (2010). *La argumentation y los derecho fundamentales*. CEPC. Madrid.
- ARISTOTELE, in Laurenti R. (2000) *Politica*. Laterza. Roma. p. 72.
- BAQUERO CRUZ, J. (2018). *What's left of the Law of integration*. Oxford University Press. Oxford.
- BARNARD, C. (2012). *A proportionate response to proportionality in the field of collective action*. E.L. Rev. 2012, 37(2), 117-135.
- BARNARD, C. (2014). *Free Movement and Labour Rights: Squaring the circle. Regulating Transnational Labour in Europe: The Quandaries of Multilevel governance*, a cura di Stein Evju, Oslo Universitet I oslo, pp. 325-352.

- BARNARD, C. (2017). *Brexit and the EU Internal Market*. Oxford University Press. Oxford, p.203.
- BARNARD, C. (2019). *The substantive law of the Eu: the four fundamental freedoms*. Oxford University Press, Oxford.
- BAUBÖCK, R.; Guiraudon V. (2009). *Introduction: realignments of citizenship: reassessing rights in the age of plural memberships and multi-level governance*. *Citizenship Studies*, 13:5, 439-450.
- BAUBÖCK, R (2019). *Debating European Citizenship*, Springer Open, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-89905-3> .
- BELLAMY, R.; CASTIGLIONE, D.; SANTORO, E. (2004). *Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Citizenship in Eleven Nation-States*. Palgrave. Basingstoke.
- BELLAMY, R., (2011) *Citizenship*. The Oxford Handbook of The History of Political Philosophy. Oxford University press, pp. 4-5.
- BELLAMY, R.; LACEY, J. (2018). *Balancing the rights and duties of European and national citizens: a democratic approach*. *Journal of European Public Policy*.
- BICKERTON, C. J. (2012). *European Integration: from Nation State to Member State*, Oxford University Press. Oxford.
- CAMBIEN, N., KOCHENOV, D., MUIR, E. (2020). *European Citizenship under Stress. Social Justice and other Challenges*. Brill Nijhoff. Boston.
- COSTA, P. (2005). *Cittadinanza*. Edizioni Laterza. Roma, p.3.
- DANI, M.; MENÉNDEZ, A. J. (2018). *The Savona Affaire: Oversconstitutionalization in Action?* The Verfassungsblog On Constitutional Matters.
- DAWSON, M. (2018). *New governance and the displacement of Social Europe: the case of the European Semester*. *European Constitutional Law Review*, pp. 191–209.
- DONATI, F., (2020). *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?*. *Rivista.eurojus.it*, pp. 170-181.
- ELEFThERiADiS, P. (2019), *The Content of European Citizenship*. *German Law Journal*.
- FACCHI, A. (2015). *Breve storia dei diritti umani*. Il Mulino. Bologna.
- FERRERA, M (2016). *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?* Laterza. Roma.
- FERRAJOLI, L. (2018). *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Editori Laterza. Roma.
- GIUBBONI, S. (2006). *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: a Labour Law Perspective*. Cambridge University Press. Cambridge.

- GIUBBONI, S. (2011). *La cittadinanza democratica come fonte di coesione sociale*. Rivista di diritto della sicurezza sociale, 2011, fasc. 1, pp. 131-142.
- GIUBBONI, S. (2018). *The Rise and the Fall of EU Labour Law*. European Law Journal; 2018;24:7-20.
- GRIMM, D. (2017). *The Constitution of European Democracy*. Oxford University Press. Oxford, pp. 12.
- HINDRIKS, F. (2009). *Constitutive Rules, language and Ontology*. Springerlink.com.
- LA TORRE, M. (2004). *Cittadinanza e ordine politico*. Giappichelli Editori. Torino, pp. 183-187.
- LA TORRE, M. (2008). *Norme, istituzioni, valori*. Edizioni Laterza. Roma.
- LOKAM, H., (2020), *We Serve the People of Europe': Reimagining the ECB's Political Master in the Wake of its Emergency Politics*. in Journal of common Market Studies, 2020/7, Vol.58(4), p 978-998.
- MAAS, W., (2013), *Multilevel Citizenship*. University of Pennsylvania Press. Philadelphia.
- MANN, M. (1987). *Ruling Class Strategies and Citizenship*. in Sociology, Sage.
- MARGIOTTA, C., (2014). *Cittadinanza Europea: istruzioni per l'uso*. Edizioni Laterza. Roma.
- MARSHALL, T. (1950). *Citizenship and Social Class*. Cambridge University Press. Cambridge, p.11.
- MENÉNDEZ, A.J.; FOSSUM, J. E (2012). *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*. Firenze University Press. Firenze.
- MENÉNDEZ, A.J. (2017). *Constitutional Review, Luxembourg Style: A Structural Critique of the Way in which the European Court of Justice Reviews the Constitutionality of the Laws of the Member States of the European Union*. Contemporary Readings in Law and Social Justice, 9(2), p. 118.
- MENÉNDEZ, A.J. (2017). *The Crisis of Law and the European Crisis: From the Social and Democratic Reichsstaat to Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*. Journal of Law and Society, vol. 44, n°1.
- MENÉNDEZ, A. J. (2018). *Los pilares del derechos sustantivos de la Unión: Derecho Económico; Ciudadanía; Seguridad, Justicia e Interior*. Instituciones y derecho de la Unión Europea, Volumen I, segunda edición, p. 98.
- MENÉNDEZ, A. J.; OLSEN E.D.H (2020). *Challenging European citizenship: ideas and realities in contrast*, Palgrave Studies in European Union Politics. Basingstoke.
- MENENDEZ, A. J. (2019). *Which citizenship? Whose Europe?-The Many paradoxes of the European Union*, in German Law Journal. Special Issue -Eu citizenship: twenty years on, p. 908.
- MILWARD, A. (1992). *The European Rescue of the Nation-State*. Routledge, p. 2.
- MOSTACCI, E. (2020). *Fedele a se stessa: UEM coordinamento delle politiche*

economiche e processi democratici. Diritto pubblico comparato ed europeo, n°4. Il Mulino.

NIGLIA, L., (2016). *Eclipse of the Constitution*, European Law Journal, Vol. 22, No.2, Marzo, pp 132-156.

ONIDA, V. (2018). *In regime parlamentare la scelta dei Ministri fa parte dell'indirizzo del governo*. Quaderni Costituzionali, fasc.3, pp. 674-677.

ORTINO, M. (2020). *Il "soft law" nella disciplina dei mercati finanziari*. Banca Impresa Società, fasc. 1, pp. 93-130.

PIKETTY, T., (2020). *Capital and ideologies*, The Belknap Press of Harvard University Press. Harvard p. 416.

PERNICE, I. (2009). *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*. Columbia Journal of European Law, 15, pp. 349-407.

KILPATRICK, C. (2018). *The Displacement of social Europe: a productive lens of enquiry*. European Constitutional Law Review, 14: 62–74.

KILPATRICK, C. (2018). *Social Europe via EMU: Sovereign Debt, the European Semester and the European Pillar of Social Rights*". Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2018, fasc. 160, pp. 737-759.

KYRIAZIS, D., (2020). *The PSPP judgment of the German Constitutional Court: an abrupt pause to an intricate judicial tango*. European Law Blog.

KOHLER, W.; MULLER G. (2017). *Brexit, the four freedoms and the indivisibility dogma*, LSE Brexit, LSE Blog. Brexit, the four freedoms and the indivisibility dogma | LSE BREXIT.

REPETTO, G. (2020) *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*. Quaderni costituzionali, n. 2/ 2020, 329 ss

RODOTÀ, S. (2014). *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Laterza. Roma.

RIZZONI, G. (2011). *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*. Associazione Italiana Costituzionalisti, n°4.

SARTORI, G. (1970). *Concept Misformation in Comparative Politics*. The American Political Science Review, Vol. 64, No. 4, pp. 1033-1053.

SCIARRA, S. (2018). *Solidarity in conflict: European Social Law in Crisis*. Cambridge University Press. Cambridge.

SEARLE, J. R. (2005). *What is an institution?* Journal of Institutional Economics.

SHAW, J., (2015), *The Transformation of Citizenship in the European Union: Electoral Rights and the Contracting of Political Space*. Cambridge University Press. Cambridge.

SHÖNBERGER, C. (2007). *European Citizenship as Federal Citizenship: Some Citizenship lessons of Comparative Federalism*. *European Review of Public Law* 19(1).

TRIDIMAS, T. (1999) *Proportionality in Community law: Searching for the appropriate standard of scrutiny*. in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford Hart Publishing. Oxford, p. 68.

VIOLINI, L. (2020), *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*. in *Quaderni costituzionali*, N.2.

Giurisprudenza

Cassis de Dijon, C-120/78.

Dano, C-333/13.

Dassonville, C-8/74.

Gauweiler, C-62/14

Gebhard, C-55/94, paragrafo 37.

Grzelczyk, C-184/99.

Leclerc-Siplec V. TF1 Publicité, C-120/78.

Mangold, C-144/04.

Procureur du Roi v. Dassonville, C-8/74.

Ruffert, C-346/06.

Rottmann, C-135/08.

Jipa, C-33/07, paragrafo 29.

Viking, Paragrafi 33-34, Caso 438/05. Vedi anche: sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, punto 17; 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, punto 17; Bosman, cit., punto 82; 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, Deliège, Racc. pag. I-2549, punto 47; 6 giugno 2000, causa C-281/98, Angonese, Racc. pag. I-4139, punto 31, e 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., Racc. pag. I-1577, punto 120).

CITTADINANZA E IDENTITÀ DIGITALE: SPUNTI PER LA RICERCA DI UN MODELLO EUROPEO

CLAUDIO DI MAIO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. - L'identità digitale europea: un concetto e una tutela *in fieri*. – 3. La strategia europea per l'identità digitale: *quo vadis digital data?* – 4. Strategie per l'identità digitale: alcune *best practice* in Europa. – 5. Considerazioni conclusive. Riferimenti bibliografici.

1. Cenni introduttivi

A quasi trent'anni dalla sua istituzione, la cittadinanza dell'Unione europea rappresenta ancora oggi il principale simbolo di una identità sovranazionale che, seppur in continuo divenire, conserva numerosi elementi di forza e di capacità innovativa, almeno sul piano dei diritti e delle libertà a livello sovranazionale. La sua connotazione atipica e accessoria, che la vede ancorata allo *status civitatis* degli Stati membri, non ha impedito il suo sviluppo normativo e, in determinati casi, l'affermazione di nuovi ambiti di tutela per i suoi destinatari.

Questi ultimi, se da un lato sono facilmente identificabili dal punto di vista della titolarità, dall'altro lato godono di un margine esteso di tutela in virtù della loro condizione giuridico-lavorativa, seppur condizionata all'esercizio della libera circolazione. L'individuo che possiede la nazionalità di uno degli Stati membri, infatti, deve considerarsi all'interno di un sistema giuridico in cui è forte l'attenzione al rispetto dei diritti fondamentali, ma anche la funzione specifica che lo stesso compie all'interno della collettività, sia esso studente, lavoratore autonomo, imprenditore o consumatore. Per quest'ultimo caso, ad esempio, si pensi a tutte le possibili situazioni che *l'homo europeus* può vantare e i margini di tutela nella disciplina dei contratti di consumo (RUBINO, 2017: 343).

La dottrina costituzionale ha già dibattuto sul rapporto che intercorre tra lo spazio, l'individuo e le libertà: per certi versi, i processi di globalizzazione hanno inevitabilmente incoraggiato la tutela di un vero e proprio diritto alla mobilità internazionale (GUILLAMÉ, 2013: 519); per altri versi, invece, la fase pandemica che stiamo attraversando ha spostato il perimetro e la percezione dei confini nazionali – spesso accomunati a quelli domestici – aumentando

l'incidenza e l'importanza della dimensione digitale: in questa nuova *agorà*, i cittadini europei stanno certamente giovando delle opportunità offerte dalla tecnologia e dalla conseguente arena digitale, ma sono costretti anche a confrontarsi con le criticità di una rinnovata interazione sociale, dove hanno il proprio rilievo “i diritti fondamentali della persona” e per cui è “necessario e opportuno che il diritto consideri la dimensione delle nozioni giuridiche entro gli spazi non territorializzati” (TONOLO, 2016: 55). Del resto, proprio il concetto di deterritorializzazione (SCHIFF BERMAN, 2018: 662) ha influenzato la stessa nozione di cittadinanza, di per sé già ritenuta cangiante e meritoria di considerazioni in senso evolutivo rispetto alla sua concezione originaria: non a caso, per disegnare la fisionomia dell'individuo contemporaneo, taluni affermano che “the individual who fulfills this role is the hybrid being. The hybrid being expresses themselves in the physical/digital environment of ICTs and the Internet without strangeness in order to play a more effective role in pursuit of their rights and duties” (DE MORAES, BENVENUTTI DE ANDRADE, 2015: 16). Questa disinvoltata azione del soggetto tra fisico e digitale si riscontra soprattutto attraverso l'ampiezza delle situazioni giuridico-soggettive per cui la persona può richiedere protezione o formulare istanze. Nello spazio digitale, ad esempio, non è possibile ricondurre l'interazione dei soggetti con determinate piattaforme al mero esercizio della libera manifestazione del pensiero, “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” (FROSINI, 2020: 273).

Ulteriore focus di analisi e di ricerca in questo ambito non può che riguardare le prerogative e i possibili rischi del c.d. *surveillance State*, la governance dei dati, le potenzialità e l'utilizzo degli stessi, i margini di tutela e la rappresentazione del cittadino in rete (DE CARIA, 2020: 100) ma appare quantomai evidente che tutti questi concetti trovino un comune denominatore nella più generale e ampia implementazione di una identità digitale, la quale dovrebbe assumere una dimensione sempre più sovranazionale, almeno nelle intenzioni degli organismi europei. Tale obiettivo, perseguito non solo in termini pragmatici, non è scevro da problematiche di tipo legislativo e procedurale che hanno già interessato a vario titolo gli Stati membri. Il tempo appare propizio per incrementare l'azione comune di tutti gli attori coinvolti: nella *strategia europea per il decennio digitale 2030*, ad esempio, si propone che i principali servizi pubblici siano fruibili online, che tutti i cittadini possano avere accesso alle cartelle cliniche elettroniche e che l'80% di questi arrivi a utilizzare una soluzione di identità elettronica.

Certamente, il raggiungimento di questi obiettivi passa attraverso la creazione di un ambiente che sia giuridicamente coeso e che incoraggi la fiducia e la fruizione da parte dei cittadini stessi, probabilmente già attori inconsapevoli di un processo di trasformazione irreversibile. Quale approccio ha scelto l'Unione europea per fomentare la consapevolezza digitale dei suoi cittadini? Quali esperienze possono coadiuvare la costituzione di un modello comune? Quale considerazione dovrebbero avere gli Stati membri in merito alla tutela dei diritti digitali? I quesiti, probabilmente troppo ampi per essere risolti solo in una sede accademica, sono comunque una base attuale e concreta di ricerca per il giurista contemporaneo.

2. L'identità digitale europea: un concetto e una tutela *in fieri*

La definizione di identità digitale, direttamente correlata a quella di identità personale, può assumere differenti sfumature a seconda di quale sia la rappresentazione che il cittadino opera dei suoi interessi, delle sue istanze e del regime di tutela applicabile. Se da un lato, infatti, esistono diverse tipologie di soggetti a cui riconoscere i diritti di cittadinanza europea, allo stesso modo conviene sin da ora assumere che il *citoyenne* in rete può scomporsi in una dimensione plurima a seconda di quale sia l'azione che lo stesso pone in essere e il *service provider* o la piattaforma in cui la stessa si realizza.

Dal canto suo, l'identità personale risulta di gran lunga più semplice nella sua definizione, giacché essa si identifica con quel «diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali, che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo»¹. In ambito digitale, la suddetta nozione è strettamente legata alla variegata espressione del singolo individuo in differenti contesti. D'altronde, grazie alla lettura dinamica e contestualizzata dell'identità personale, è stato possibile introdurre nuovi ambiti di tutela del soggetto anche in rete, con altrettante specifiche declinazioni: si pensi all'approccio che ha ispirato le istituzioni europee in materia di diritto alla riservatezza, inizialmente caratterizzato “da una configurazione prevalentemente market-driven” e che, in un momento successivo, è opportunamente diventato “fundamental rights-oriented” (BASSINI, 2016: 588). Questo ha favorito, a nostro avviso, un lento ma fruttifero collegamento tra sfera fisica e digitale.

¹ Così, la Corte cost. italiana, nella sentenza n. 13 del 3 febbraio 1994.

La *digital identity*, in concreto, “risponde ad una possibile declinazione dell’identità personale nella nuova dimensione diacronica di Internet, divenendo tale identità variabile nello spazio e nel tempo” (CATARI PANICO, 2019: 11), come ampiamente dimostrato dall’affermazione di nuovi e susseguenti ambiti di protezione, quali il diritto all’oblio o la c.d. successione digitale (RESTA, 2014; MOLLO, 2020). Se si considerano le dinamiche sociali e temporali di questo processo, è facile comprendere come “la trasformazione imposta alla società dalle nuove tecnologie è stata così pervasiva che un elenco delle nuove opportunità sarebbe quasi impossibile da compilare” (OLIVETTI, 2020: 399). Suddette questioni, rilevanti e suggestive nel dibattito giuridico, hanno in realtà accresciuto la già citata necessità – avvertita *in primis* dalle istituzioni europee – di fortificare il livello di fiducia nell’utilizzo della rete e dei suoi strumenti, così come la percezione individuale di sicurezza e possibilità di difesa da un’ampia e sconosciuta schiera di minacce emergenti.

Uno strumento che, a livello europeo, interviene nel gettare le basi per una formulazione comune dell’identità digitale è il c.d. Regolamento eIDAS, da considerarsi come una pietra miliare in questo senso, poiché persegue il principale obiettivo di creare un regime generale di regolamentazione nell’UE e nello Spazio Economico Europeo e fornisce le condizioni attraverso le quali gli Stati membri possono procedere all’implementazione dei dispositivi di identificazione elettronica, nonché di un sistema di norme per i servizi, per le transazioni elettroniche e per ulteriori strumenti che progressivamente stanno diventando di uso comune per il singolo cittadino (es. marche temporali elettroniche, e-document); il regolamento n. 910/2014 costituisce una fonte per l’accreditamento online nei 27 Stati membri e per la gestione comune delle molteplici azioni e delle istanze giuridicamente rilevanti. Tuttavia, la sua portata generale e non settoriale risente di quanto già stabilito in merito dalla Direttiva 1999/93/CE.

Per ciò che concerne l’intervento della Corte di Giustizia dell’UE in materia, è possibile apprezzare una particolare attenzione nei confronti del diritto alla riservatezza in rete, specie se messo in relazione ad altre libertà della persona. Un livello di tutela che, con indubbia ragione, è stato definito “multifocale” giacché, “molto spesso, non sono in gioco solo due diritti contrapposti, ma una pluralità di diversi diritti, nonché di soggetti interessati. Ad esempio, quando, da un lato si pongono il diritto all’oblio o il diritto alla privacy, d’altro lato, possono contrapporsi la libertà di espressione e di opinione, la libertà di stampa, ma anche un terzo diritto, quello del pubblico, in generale, a ricevere informazioni” (ROSSI, 2020: 52).

Dall'altro lato, vi è comunque l'eterogeneità dei soggetti che interagiscono tra loro e con il cittadino, creando – a vario titolo e in differenti momenti di questa rappresentazione personale e telematica – un eco-sistema di difficili sintesi e verso cui sembra essere altrettanto complicato immaginare un univoco e immediato meccanismo di controllo e sorveglianza. Si pensi al peso sempre più preminente delle piattaforme digitali, verso cui l'utilizzo diretto e indiretto dell'identità digitale si rivolge, anche e soprattutto nell'ambito del mercato dei servizi: in questo senso, la stessa CGUE, con le decisioni prese nei casi *L'Oreal*, *Airbnb Ireland*, *Uber Spain* e *Uber France*, sembra aver determinato un criterio (certamente ancora in fase di definizione) con l'intento di validare l'effettività dell'operatore, la natura dei suoi servizi e, non ultimo, il suo rapporto con il cittadino-utente. Allo stesso modo, la Corte ha cercato di mantenere viva la sua legittima "possibilità di scrutinare, in modo pieno e penetrante, le normative degli Stati membri che si rivelino lesive della primazia del diritto dell'Unione in materia" (Bucalo, 2020: 91). Il giudice europeo, in un certo senso, ha assolto – anche per la incipiente espansione dei fenomeni – l'ingrato compito di stabilire "prime forme di tutela a nuove modalità di esercizio, alla luce del mutato scenario tecnologico, di classiche libertà" (POLLICINO, LUBELLO, 2017: 2).

Ulteriore livello di tutela è quello rappresentato dalle autorità garanti degli Stati membri che - a loro modo e secondo approcci non sempre univoci - contribuiscono nell'identificare il perimetro entro cui difendere determinati diritti a livello nazionale: più recentemente, in Italia, il Garante per la protezione dei dati personali ha promosso azioni a difesa della reputazione e dell'attività professionale del soggetto² ed ha elaborato le linee guida e le indicazioni per i casi sempre più frequenti di Deep Fake³.

A dispetto di tutto ciò, la definizione e la tutela dell'identità personale a livello europeo sono certamente in una fase costruttiva e di continuo cam-

² Cfr. *Ex multis*, Provvedimento del 12 giugno 2019. Il caso riguardava la violazione della reputazione personale e professionale conseguente alla diffusione di contenuti falsi e reperibili tramite gli URL segnalati dall'interessato; così anche nel Provvedimento del 24 luglio 2019, dove si è agito contro un pregiudizio causato dalla permanenza in rete di informazioni obsolete circa una vicenda giudiziaria definita da pronuncia.

³ La creazione di deepfakes spesso agisce deliberatamente sui dati presenti in rete per alterare gli algoritmi delle piattaforme. Questo impone maggiore sicurezza anche per i sistemi che l'UE intende implementare per l'interoperabilità delle identità digitali (es. salute, ambiente, mobilità, pubblica amministrazione). In tal senso, sembra muoversi la proposta della Commissione europea sul quadro giuridico per l'IA. Cfr. COM(2021) 206 final, punto 38.

biamento: rispetto alla circolazione e il trasferimento dei dati personali⁴, sull'effettività della protezione nello spazio europeo⁵ e sul dialogo tra le diverse *authorities* nazionali⁶ sembra ancora *in fieri* la realizzazione di una forma comune di tutela dell'identità digitale⁷. Per raggiungere l'obiettivo verso cui tende questo contributo, ovvero instradare la ricerca di univoci criteri di tutela relativamente alla presenza digitale del cittadino europeo, è quindi necessario analizzare le recenti proposte provenienti dagli organismi europei, nel tentativo di comprendere verso dove potrà svilupparsi la futura Agenda digitale europea.

3. La strategia europea per l'identità digitale: *quo vadis digital data?*

La creazione di un *demos* europeo passa inevitabilmente attraverso la condivisione di tutti i possibili canali di partecipazione della società europea. La condizione pandemica ha rappresentato per gli Stati membri un grande e inaspettato banco di prova, soprattutto se si considera che l'iniziale risposta di alcuni di essi è stata – come in altre occasioni – quella di tornare ad una chiusura originaria dei confini e ad una gestione emergenziale della libera circolazione: in altri termini, non tanto “una rivalutazione dell'antica funzione «escludente» dei confini, quanto piuttosto un'estrema diffusione degli stessi” (CAMPESI, 2020). Numerosi cittadini europei, quali soggetti non sempre preparati al sopraggiungere di relazioni sociali e lavorative *digital orien-*

⁴ In tal senso, va sicuramente fatto riferimento alla proposta di regolamento in materia di governance dei dati nel settore pubblico, COM(2020) 767. Per un primo commento, si rinvia a BALOUP, (2021).

⁵ Nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile, ad esempio, si è recentemente espressa la CGUE nella Causa C-800/19 sancendo che chiunque ricorre per una lesione nei propri diritti della personalità da un articolo online non può adire il giudice del luogo dove ha il centro degli interessi se non è possibile per il giudice assumere tutte le informazioni oggettive e verificabili che lo qualificano come individuo.

⁶ Proprio la CGUE ha inteso conferire un maggiore potere alle autorità garanti degli Stati attraverso la pronuncia resa nella causa C-645/19, dove ha stabilito che, In determinate condizioni, un'autorità nazionale “può esercitare il suo potere per portare un presunto caso di violazione del GDPR davanti a un tribunale di uno Stato membro, anche se tale Garante non è l'autorità di vigilanza di riferimento in tale procedimento”.

⁷ Un tema di sicuro interesse è, in tal senso, la protezione dei minori in rete e il trattamento differente nell'età di accesso che ancora sussiste nei diversi Stati membri. Per una prima analisi, si veda GESLEY, (2021).

*ted*⁸, hanno inevitabilmente riadattato le loro vite applicando proprio quella rappresentazione degli interessi individuali principalmente in una dimensione digitale.

Per questo motivo, appare quantomai appropriato l'approccio orientato da una "bussola digitale", così come immaginato in seno alla Commissione europea attraverso il *Digital Compass 2030*. La strategia parte da quattro punti cardinali che, ad un'analisi più attenta, sono tutti finalizzati a rinforzare il ruolo dei cittadini nel panorama europeo. Questo processo era già stato inaugurato attraverso l'implementazione del Mercato Unico Digitale: non è un caso, in tal senso, che vi sia un forte richiamo alle competenze digitali del cittadino, quale primo *goal* da raggiungere, unitamente ad una adeguata *digital literacy*; A tale proposito, l'individuazione di adeguati strumenti di alfabetizzazione è cruciale. Come è stato osservato in dottrina, «digital solutions may give rise to new or increased inequalities between people who do and those who do not have the skills to harness their potential. Similarly, varying levels of national or regional support for the rollout of digital health solutions can have an impact on who is given the possibility of benefiting from these tools, thus exacerbating inequalities». (FARES, 2021: 282). Accanto a ciò, vi è la creazione di un ambiente digitale vicino al cittadino che passa inevitabilmente per il supporto ad infrastrutture digitali sicure e sostenibili; l'ultimo obiettivo, infine, è rappresentato da una progressiva digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Per disegnare la struttura di questa strategia, la Commissione europea ha lanciato una consultazione pubblica che prevede altresì di verificare l'effettiva condivisione di quelle che sono definite come le principali libertà digitali del cittadino europeo: tra queste, viene fatta menzione della libertà di espressione – intesa anche come l'accesso a informazioni diverse, affidabili e trasparenti – la libertà di creare e mantenere un'attività online, la protezione dei dati personali e della privacy, la tutela della proprietà intellettuale nello spazio digitale, la protezione dei consumatori online e il più generale diritto alla non discriminazione; accanto a questi diritti, la Commissione propone anche una serie di principi che vengono posti come base per la creazione di un ambiente digitale aperto, sicuro e *human-centred*: oltre all'accesso univer-

⁸ Secondo la Commissione europea, già nel 2019 solo il 56 % della popolazione dell'UE, di età compresa tra i 16 e i 74 anni, ha dichiarato di possedere competenze digitali di base. Cfr. COM(2020) 625 final, sulla realizzazione dello spazio europeo dell'istruzione entro il 2025, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0625&qid=1607541106827&from=IT>.

sale ai servizi internet, spicca nuovamente il richiamo all'educazione digitale universale e alle competenze che permettano alle persone di prendere parte attiva nella società e nei processi democratici; tutto ciò si ritiene possa avvenire attraverso l'accesso a dispositivi, sistemi, apparecchi e servizi digitali rispettosi dell'ambiente e che siano adeguatamente accompagnati da servizi pubblici digitali accessibili. La Commissione, infine, si prefigge di individuare i principi etici per lo sviluppo degli algoritmi, fortificare la protezione dei più giovani e l'accesso ai servizi sanitari digitali.

Il già citato quadro normativo costituito dal regolamento eIDAS e dal *Data Governance Act* del 25 novembre 2020 è, senza dubbio, un gran punto di partenza per il riconoscimento di criteri comuni in seno a tutti gli Stati membri ma, al tempo stesso, si tratta sempre di verificare quale sia la capacità di recepimento di queste linee guida e la reale attuazione nei singoli ordinamenti. A tal proposito, giova specificare che l'architettura relativa all'identità digitale che ci riconsegna il Regolamento eIDAS non consente ancora un'adozione comune di unico sistema di riconoscimento delle identità, bensì favorisce il mutuo riconoscimento delle stesse, stabilendo i criteri che devono essere rispettati in termini di sicurezza e gestione delle informazioni; è compito, quindi, degli Stati membri individuare il mezzo più idoneo e concreto per sostenere l'identità digitale dei propri cittadini. Contestualmente, il *Data Governance Act* è una proposta che spinge verso la realizzazione di uno Spazio europeo dei dati e che introduce, altresì, il concetto di altruismo dei dati: viene, infatti, prevista la possibilità per talune associazioni o enti di registrarsi come organizzazioni per l'altruismo dei dati riconosciute nell'UE. Accanto a ciò viene istituito un Comitato di esperti, sotto la guida della stessa Commissione, che si occuperà di sondare o raccomandare le pratiche innovative in questa specifica materia. Un ulteriore intento è quello di stimolare l'armonizzazione del quadro giuridico, così da fornire un sistema che sia complementare a quello delle piattaforme *online* (CALOPRISCO, 2021: 74). La proposta sulla gestione comune dei dati, inoltre, prevede un particolare riconoscimento e responsabilizzazione per i cd. intermediari per la condivisione dei dati personali, atti anche a curare la corretta applicazione della regolamentazione in materia di privacy nei processi di riutilizzo delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

Queste due proposte si inseriscono in un'azione di lancio della nuova *policy* europea molto più ampia e che comprende anche il pacchetto di misure già presentate nel *Digital Service Act* e *Digital Market Act*, pubblicati alla fine del 2020. Tuttavia, è altrettanto vero che queste iniziative dovranno tenere conto anche dei precetti e degli istituti già previsti – oltre che dal GDPR –

dalla Direttiva 2019/1024 (cd. *Open Data*) e dalla Direttiva *E-privacy*. Alcuni rilievi relativamente a questi progetti legislativi per la realizzazione del Mercato unico europeo dei dati sono emerse in seno allo *European Data Protection Board* e al Garante europeo per la protezione dei dati personali. I due organismi, in particolare, si sono concentrati sull'esigenza di determinare, con precisione, le condizioni che regolano la condivisione dei dati personali, giacché questa ipotesi non è attualmente contemplata dal Regolamento 2016/679. Come già detto, la proposta della Commissione stabilisce le condizioni di riutilizzo di determinate categorie di dati in possesso degli enti pubblici, un quadro giuridico che supporti il cd. *data sharing* attraverso l'introduzione degli intermediari e, infine, un *framework* per la registrazione volontaria di enti che praticano il *data altruism*, ovvero si propongono di raccogliere i dati per fini che beneficino l'intera collettività (es. ricerca scientifica, supporto ai servizi pubblici).

Rispetto al primo punto, i due organismi avvertono che le condizioni per il riutilizzo per le pubbliche amministrazioni tengano conto di alcuni criteri quali trasparenza, correttezza e liceità del trattamento, minimizzazione dei dati, esattezza, limitazione, integrità e riservatezza della conservazione di cui all'art. 5 del Regolamento 2016/679. Rispetto alla figura degli intermediari, che avrebbero il compito di aumentare la fiducia nella condivisione dei dati, il parere si sofferma nel sondare la congruità del trattamento che questi nuovi attori offrono all'interessato, auspicando che la posizione di quest'ultimo non cambi rispetto a quanto già stabilito dal GDPR: a tal proposito, la preoccupazione del Garante europeo e degli esperti riguarda la possibilità che si creino regole che entrino in conflitto e contribuiscano a creare confusione nel trattamento generale dei dati. In ultimo, rispetto al riutilizzo dei dati per creare servizi o azioni a beneficio dell'intera collettività, gli organi di sorveglianza mantengono una posizione nota, ovvero quella che mira all'usufrutto del minor numero di dati possibili, ovvero quelli strettamente necessari al compimento del servizio proposto (EDPB-EDPS, 2021).

Certamente, non si può prescindere da questa armonizzazione interna, specie se ci si attende che gli Stati membri agiscano nel rispetto di criteri comune e ben interpretabili. Tuttavia, il modello europeo sinora proposto sposta l'attenzione verso una regolamentazione maggiormente antropocentrica, con uno sovente richiamo alla gestione etica e sostenibile delle identità e dei loro interessi; inoltre, è opportuno rilevare che l'impianto normativo conferisce, in qualche modo, un ruolo e un perimetro al compito che svolgono le cd. *data cooperatives*, le quali potrebbero effettivamente supportare il cittadino nel comprendere le condizioni che riguardano la condivisione dei

propri dati in una fase preliminare all'espressione del consenso. Elementi certamente positivi, specie se si considera l'enorme rilevanza che la *digital identity* assume in un contesto di globalizzazione ormai inarrestabile.

4. Strategie per l'identità digitale: alcune *best practice* in Europa

L'implementazione di una *e-identity* nei 27 Stati membri dell'Unione europea è certamente una strada percorribile ma non priva di importanti difficoltà e criticità interne. Le prime problematiche potrebbero essere rappresentate dal mancato coordinamento tra l'emissione di una qualsivoglia forma di riconoscimento digitale per i cittadini e l'individuazione di una vera e propria strategia nazionale per l'implementazione dell'eID. Una seconda tipologia di problemi potrebbe riguardare la pluralità di soggetti abilitati al rilascio del documento di riconoscimento digitale, essendo *de facto* un istituto che conta sulle conoscenze telematiche della popolazione e sulla possibilità di accedervi in modo chiaro, diretto e veloce. Un'ulteriore criticità potrebbe essere rappresentata dalla capacità di adattamento per i portali pubblici nell'accettare questo particolare tipo di identificazione, considerando anche l'emissione da parte di soggetti privati e la compartecipazione degli stessi nello sviluppo delle tecnologie di fruizione dei servizi e degli applicativi. Un ultimo possibile impedimento allo sviluppo dell'identità digitale potrebbe riguardare la fiducia che gli stessi cittadini-utenti rivestono in questi servizi, la percezione che nutrono nei confronti dell'ambiente digitale.

Quasi tutti gli stati membri dell'Unione europea hanno varato una strategia nazionale per la digitalizzazione a livello nazionale ma non tutti prevedono un esplicito riferimento a meccanismi di *e-identity*. Per quanto riguarda il caso italiano, ad esempio, la Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese 2025 si dà spazio ad un'azione specifica che conferirà a tutti la possibilità di accedere ai servizi per ogni residente sul territorio dello Stato. In particolare, viene prevista anche una sezione denominata "Un domicilio digitale per tutti" che dovrebbe incrementare il rapporto tra i soggetti e le pubbliche amministrazioni. Tuttavia, è bene anche constatare che "i servizi online offerti dalle amministrazioni pubbliche sono ancora poco accessibili e poco *user-friendly* e questo inibisce di fatto la realizzazione di un sistema *digital by default*. Su tutto ciò grava una copertura infrastrutturale ancora caratterizzata da un forte divario digitale²⁸ che non riguarda solo l'attivazione di servizi a banda ultralarga ma ricomprende anche la disponibilità delle dotazioni tecnologiche" (SPAGNUOLO, SORRENTINO, 2021: 281).

Allo stesso modo e con risultati degni di nota, si faccia riferimento anche a quanto stabilito dal governo estone attraverso le strategie denominate *Digital Agenda 2020 for Estonia* e *Internal Security Development Plan 2020-2030*. A dir la verità, ci troviamo dinanzi ad un esempio di digitalizzazione quasi completa di tutti i servizi offerti e di un alto grado di diffusione delle piattaforme e dei meccanismi di accesso. Già nel 2002, infatti, abbiamo l'approvazione di un primo testo di legge a riguardo con relativa distribuzione dei documenti elettronici a gran parte della popolazione residente. Come è stato già osservato, "Estonia stayed true to the value of transparency, and for this reason is activated to neutralize risks and improve its services and security systems, so as not to appear an offshore country, but a digital, transparent and trusted economy" (TRISTANO, 2020: 12).

Anche la Germania, attraverso la *Digital strategy 2025* fa riferimento alle tecniche di *eID*. La policy tedesca individua dieci step per facilitare il processo di digitalizzazione: fra questi vi è l'intento di rafforzare la sicurezza dei dati e sviluppare l'autonomia in termini tecnologici, per ottenere una diffusione anche extra-territoriale dell'identificazione elettronica. La legislazione adottata a riguardo risente di questo approccio generale: con l'entrata in vigore nel 2017 del *Gesetzes zur Förderung des elektronischen Identitätsnachweises*, è stato incrementato l'uso dell'identificazione online attraverso una carta nazionale *eID*, semplificando il processo di autorizzazione per gli enti privati di settore e la pubblica amministrazione nel fornire servizi di identificazione. Sullo stesso tenore, anche la legge sull'accesso online (OZG), entrata in vigore nell'agosto 2017 e che conferisce ai governi federali, statali e locali la possibilità di offrire i loro servizi amministrativi in modo digitale. Più recentemente, con la *Gesetz zur Einführung einer Karte für Unionsbürger und Angehörige des Europäischen Wirtschaftsraums mit Funktion zum elektronischen Identitätsnachweis sowie zur Änderung des Personalausweisgesetzes und weiterer Vorschriften*, sono stati individuati i criteri per una carta di identità elettronica valida anche per i cittadini dell'UE e dei membri dello Spazio Economico Europeo, con il fine di aumentare la platea dei soggetti in grado di accedere ai servizi pubblici online in Germania. In definitiva, come alcune ricerche hanno già dimostrato, "in countries with a comparable institutional context, where authority for policy-making and implementation is delegated to different types of actors across levels of government and jurisdictions, Germany may be a model to emulate and adapt to other local contexts. The all-encompassing reform that tackles publicly facing administrative service is a holistic approach to get up to speed in contexts in which policy and implementation of digital services have been slow to develop" (MERGEL, 2021: 346).

Tra I numerosi esempi che si possono prendere in esame relativamente all'adozione di un modello nazionale di identità digitale, infine, ci sembra opportuno esaminare quanto sviluppato in Danimarca che, a partire dalla nota Dal 2001, ogni 4 anni è stata concordata e varata una nuova strategia di digitalizzazione: le principali misure per lo sviluppo dell'eID nazionale sono state adottate attraverso lo sviluppo della *Digital strategy 2007-2010*, che prevedeva l'introduzione della prima formula identità digitale danese (NemID). Successivamente, è stata approvata la Strategia digitale 2016-2020 attraverso la quale si è prospettata la necessità di implementare specifiche soluzioni di identità digitale anche per le fasce più giovani della società, unitamente alla volontà di elaborare un'infrastruttura *cross-border* in modo che l'eID possa essere utilizzata in tutti i settori pubblici di tutti gli Stati membri dell'UE. Dopo la *Strategy for Denmark's Digital Growth* del 2018, che era particolarmente orientata alla sicurezza dei dati e a rendere digitalizzato anche il mercato interno, la *Danish Cyber and Information Security Strategy 2018–2021* si propone di rafforzare i meccanismi di controllo e di sorveglianza per cittadini e imprese, così da aumentare la fiducia nell'utilizzo di questi strumenti, di per sé già molto diffusi. Una nuova tipologia di identità digitale, denominata *MitID*, sostituirà la già menzionata *NemID* nell'arco del 2021. Il sistema *MitID* si basa su un concetto comune di identità, che sarà usato non solo dalla pubblica amministrazione, bensì da istituzioni finanziarie e altri fornitori di servizi privati per una identificazione digitale efficace e sicura. Per altri versi, è necessario segnalare che la pubblica amministrazione danese basa molto del suo operato sull'elaborazione di grandi quantità di dati relativi ai cittadini e usa sempre più spesso l'analisi predittiva per identificare specifiche aree di intervento (JØRGENSEN, 2021); a tal proposito, è stato elaborato il concetto di *samkøring og samstilling* per riferirsi al processo di raccolta e condivisione dei dati in grandi quantità all'interno delle amministrazioni pubbliche, nel trasferimento da più registri pubblici. (CHOROSZEWICZ, MÄIHÄNIEMI, 2020: 5). Tuttavia, questo processo non è scevro da possibili criticità: “is especially powerful because in the Danish public sector, especially municipalities, large amounts of information about citizens are stored, and only a small amount of data is erased. This enables the creation of detailed citizen profiles without citizens being aware of it” (NÆSBORG-ANDERSEN AND MOTZFELDT, 2019).

5. Considerazioni conclusive

La ricerca di un modello unico per una identità digitale europea è un processo ancora in fase di sviluppo, benché l'utilizzo dei servizi e la rappresentazione degli interessi personali in rete stia aumentando progressivamente. Gli aspetti che influenzano questo ambito non sono solo quelli puramente tecnologici, né tantomeno quelli più squisitamente amministrativi: la ricerca di una *digital identity* costringe il giurista contemporaneo a svolgere un esercizio continuo di sintesi delle esperienze e approfondimento delle ipotesi emergenti. Allo stesso tempo, allo Stato spetta il compito di eliminare le disuguaglianze (formali e sostanziali) che non consentono l'utilizzo degli strumenti necessari e il pieno godimento delle libertà in rete.

Dal punto di vista sovranazionale, l'azione portata avanti dall'Unione europea – che in questo settore sembra guadagnare un ruolo preminente nella sfera globale – è certamente reso positivo dal protrarsi di un approccio *human-centred*, che si ritiene possa migliorare il rapporto e la fiducia del singolo verso questi sistemi di riconoscimento e, più in generale, prendere coscienza della sua personalità all'interno della sfera digitale. Le misure proposte sinora, tuttavia, dovranno necessariamente incastonarsi all'interno di un quadro giuridico ormai saldo, come quello che attiene la protezione dei dati personali e, più in generale, la tutela dei diritti fondamentali, al fine di non creare viscosità interpretative e incertezza nel recepimento nazionale. La logica che ha guidato l'ultimo anno è stata chiaramente influenzata dal periodo e dalle sue inaspettate conseguenze. Si denota un particolare ricorso all'elaborazione di criteri che assicurino l'interscambio e l'interoperabilità: l'idea di un *wallet* europeo o l'implementazione del *Green Pass* ne sono un sostanziale esempio. Ma questo mutuo riconoscimento potrebbe non essere sufficiente ad incoraggiare l'elaborazione di un modello comune.

Il margine di azione riconosciuto agli Stati potrebbe, in realtà, rallentare (e quindi rendere vano) lo sforzo programmatico, non solo per carenze o problematiche interne, bensì per differenti approcci e interpretazioni verso un concetto non ancora ben definito. L'ambiente digitale, infatti, è spesso visto come un luogo insicuro o, probabilmente, difficile da controllare. L'attenzione verso le fasce più giovani della società, le strategie che premiano la difesa dei diritti umani in rete dai nuovi crimini digitali, la ricerca di un metodo di identificazione che non astragga la persona dalla manifestazione chiara e continua della sua volontà, sono solo alcuni degli elementi che dovranno caratterizzare le legislazioni e le politiche future in questo settore. L'identità digitale è l'identità della persona: il supporto di questa equivalenza

è diventato cruciale per dotare di effettiva oggettività qualcosa che, diversamente, resterebbe effimero, difficile da comprendere e da tutelare.

Riferimenti bibliografici

- BALOUP, J. (2021). *The Data Governance Act: New rules for international transfers of non-personal data held by the public sector* European Law Blog, 10 giugno, europeanlawblog.eu
- BASSINI, M. (2016). *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, Quaderni costituzionali, n. 3.
- BUCALO, M. E. (2020). *I servizi delle piattaforme online fra giurisprudenza sovranazionale e interna e necessità di regolazione dell'economia collaborativa. Riflessioni a partire dal caso Airbnb*, federalismi.it, 22.
- CAMPESI, G. (2020). *L'ennesimo ritorno dei confini statali?*, in la rivista il Mulino, 31 marzo, <https://www.rivistailmulino.it/a/l-ennesimo-ritorno-dei-confini-statali>
- CATARI PANICO, R. (2019). *L'identità digitale quale diritto del cittadino dell'Unione, fra tutela della privacy e concorrenza*, Papers di diritto europeo, 2.
- CHOROSZEWICZ, M., MÄIHÄNIEMI, B., *Developing a Digital Welfare State: Data Protection and the Use of Automated Decision-Making in the Public Sector across Six EU Countries*, Global Perspectives, 1.
- CALOPRISCO, F. (2021). *Data Governance Act. Condivisione e "altruismo" dei dati* – Annali AISDUE, 3, 2021
- DE CARIA, R. (2020). *Ritorno al futuro: le ragioni del costituzionalismo 1.0 nella regolamentazione della società algoritmica e della nuova economia a trazione tecnologica* Medialaws.eu, 1.
- EDPB-EDPS, (2021). *Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, 11 marzo.
- FARES, G. (2021). *Artificial Intelligence in Social and Health Services* in M. Belov, *The IT Revolution and its Impact on State, Constitutionalism and Public Law*, Hart.
- FROSINI, T.E. (2020). *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in A. Pérez Miras, G. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta, M. P. Iadicco (a cura di), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- GESLEY, J. (2021). *European Union*, in Children's Online Privacy and Data Protection in Selected European Countries, The Law Library of Congress.
- GUILLAUMÉ, J. (2013). *The Weakening of the Nation-State and Private International Law: The "Right to International Mobility"*, Yearbook of Private International Law, Vol. XIV.
- JØRGENSEN, R. F. (2021). *Data and rights in the digital welfare state: the case of Denmark*, Communication & Society, <https://doi.org/10.1080/1369118X.2021.1934069>
- MERGEL, J. (2021). *Digital transformation of the german State*, in S. Kuhlmann et al., Public Administration in Germany, Palgrave Macmillan.
- Mollo, A. (2020). *diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione mortis causa nel patrimonio digitale*, Jus Civile, 2.
- NÆSBORG-ANDERSEN, A., MOTZFELDT, H. M. (2019). *Different Aspects of Transparency in Digital Government: The Danish Case*. In Proceedings of the 19th European Conference on Digital Government. ACPI, <https://doi.org/10.34190/ecdg.19.034>.
- OLIVETTI, M. *Diritti fondamentali e nuove tecnologie. Una mappa del dibattito italiano*, Revista Estudos Institucionais, 2.
- POLLICINO, O. LUBELLO, V. (2014). *monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, Osservatorio costituzionale, 1, 2017
- RESTA, G. (2014). *La "morte" digitale*, Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 6.
- ROSSI, L. S. (2020). *Brevi osservazioni sulle recenti tendenze evolutive della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali*, in F. Rossi Dal Pozzo, Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali, Eurojus.it, 2020
- RUBINO, V. (2017). *L'evoluzione della nozione di consumatore nel processo di integrazione europea*, Il diritto dell'Unione europea, 2.
- SCHIFF BERMAN, P. (2018). *Legal jurisdiction and the deterritorialization of social life*, in W. Barfield e M. J. Blitz, Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality, Elgar.
- SPAGNUOLO, A. F., SORRENTINO, E. (2021). *Alcune riflessioni in materia di trasformazione digitale come misura di semplificazione*, federalismi.it, 8.

- TONOLO, S. (2016). *Cittadinanza e diritti fondamentali degli individui: profili problematici e possibili soluzioni*, in D. Andreozzi e S. Tonolo (a cura di), *La cittadinanza molteplice. Ipotesi e comparazioni*, EUT.
- TRISTANO, R. (2020). *Estonian e-residency: a model for europe*, *Rivista di Diritti Comparati*, 2.

LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA Y LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA UNIÓN

ÁNGEL FERNÁNDEZ SILVA

SUMARIO: 1. Planteamiento general. – 2. La participación en la ‘vida democrática de la Unión’. – 3. La regulación jurídica de la iniciativa ciudadana europea. – 3.1. Los aspectos esenciales: art. 11.4 TUE. – 3.2. Las carencias del instrumento y la necesidad de la reforma. – 3.3. La recogida de apoyos en el Reglamento 2019/788. – 3.4 Los requisitos formales y materiales. – 3.5. La legitimación para apoyar una iniciativa. – 3.6. La tramitación de la propuesta. – 4. La eficacia del instrumento y su encaje en la idiosincrasia de la Unión. – 4.1. La incidencia en la dinámica política europea. – 4.2. La legitimidad democrática de la Unión. – 5. Conclusiones. – 6. Bibliografía.

1. Planteamiento general

Aproximadamente un siglo antes de que la Unión Europea fuera una realidad, John Stuart Mill, bajo la influencia también de Tocqueville, ya desarrolló en *Considerations on Representative* la idea de que el éxito del gobierno representativo dependía en buena medida de la formación de una cultura tolerante, culta y justa entre los ciudadanos que componen la comunidad. Eso es precisamente lo que favorece la Europa de los derechos y los valores, si la entendemos no sólo como un espacio de paz y cooperación entre los Estados miembros, sino sobre todo como un nivel añadido de buen gobierno para los europeos.

Es cierto que la democracia directa nació en el periodo revolucionario francés como un ideal de participación alternativo al despotismo, pero sería distópico plantear en la actualidad su capacidad para construir una auténtica alternativa a las instituciones representativas. Ese ideal democrático se confunde con demasiada asiduidad con formas de participación que no siempre contribuyen al refuerzo de la democracia, por lo que de antemano debemos entender los instrumentos de participación como un complemento a la representación y nunca su alternativa.

Dejando a un lado dichas consideraciones de índole más teórica, parece que el diseño institucional de la Unión Europea no ha favorecido que sus políticas se adhieran al debate público más cotidiano, y no son pocos los que

afirman que la UE se ha encontrado casi desde el principio con la necesidad de involucrar a los europeos en la vida de sus instituciones. En este sentido, el Tratado de Lisboa (TUE)¹ ha permitido consolidar un mayor peso político de la Unión², y este mayor interés por *revestir al ciudadano europeo de derechos políticos* (Gómez, 2013, 60), tuvo entre sus fines reforzar los vínculos de los europeos con la Unión³, intentando cultivar una cultura política entre los miembros que componen la comunidad, como se indicaba anteriormente.

Por todo lo anterior, es coherente que el TUE incluyera en su art. 11.4 la iniciativa ciudadana europea⁴ (ICE); una figura de participación transnacional *sui generis* que pretende acercar los asuntos europeos a la sociedad civil organizada. Trataré de desarrollar en las siguientes líneas un balance teórico-práctico de la figura, centrándonos en el intento del recientemente aprobado Reglamento 2019/788 de solventar ciertas carencias iniciales del instrumento, sin perder de vista el complejo encaje de este mecanismo en la idiosincrasia de la Unión.

2. La participación en la ‘vida democrática’ de la Unión

El debate sobre la existencia de un *demos europeo* – lugar común ya para nuestra disciplina – probablemente exceda de los objetivos de la presente contribución, aunque su existencia constituya una premisa relevante para lograr un status activo de la ciudadanía. Mientras tanto, es preciso centrarse

¹ El Tratado de Lisboa, firmado en diciembre de 2007 (entrada en vigor en 2009) ya reconocía en el preámbulo su deseo de “*completar el proceso iniciado por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza con el fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión*”.

² El TUE reforzó las competencias económicas, legislativas y supervisoras del Parlamento Europeo.

³ La Comisión admitió en su informe de 2015 que el instrumento tiene “*el propósito de vincular más estrechamente a los ciudadanos en la elaboración del programa de la UE*” y “*reforzar la legitimidad democrática de la Unión*” Informe sobre la aplicación del Reglamento (UE) n° 211/2011 sobre la iniciativa ciudadana de 31 de marzo de 2015: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-15-ES-F1-1.PDF>.

⁴ Art. 11.4 TUE: “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión en aplicación de los Tratados”.

en herramientas jurídicas viables como la ICE, que permitan avanzar en participación y buen gobierno dentro de la preferencia por el modelo representativo⁵. La inserción de la iniciativa ciudadana europea en el Derecho Primario no creo que se deba a una concesión motivada por el auge discursivo y mediático de la participación, sino más bien a un intento por involucrar a los europeos en el debate político⁶, aumentando la porosidad de la Comisión hacia aquellos asuntos ajenos a su atención⁷. Si entendemos que “la primera responsabilidad de las instituciones (...) consiste en estar a la altura de la complejidad de la sociedad civil contemporánea” (Innerarity, 2020, 34) la ICE puede permitir que las instituciones europeas sean más sensibles a las demandas de los colectivos. Creo sinceramente que la apertura del espacio público y la integración de una pluralidad de opiniones -a lo que puede contribuir la ICE- constituyen una premisa importante para la generación de un debate europeo más arraigado.

La recepción de la ICE como *figura innovadora*⁸ (Cotino, 2016, 330) fue valorada de forma positiva por la doctrina, quien pronto señaló que permitiría vincular los procesos de decisión *más a la idea de elección y menos a la de necesidad* (Illueca, 2019, 2) ayudando a superar una visión excesivamente plebiscitaria de nuestras democracias⁹. Para otros (Bilbao, 2012, 55), con el reconocimiento de derechos de participación se persigue “el sentimiento de pertenencia de la ciudadanía a la Unión Europea, y su responsabilidad como actores protagonistas del proceso político” o bien se permite “desde arriba edificar y articular una ciudadanía europea” (Burguera, 2016, 126). En la misma línea, algún autor ha considerado que la her-

⁵ El reconocimiento de la participación se conjuga con la preferencia por el modelo representativo, ya que el art. 10 del TUE declara que el “funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa” y que los “ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento”.

⁶ La concepción es coherente con el planteamiento Habermas (1991, 136) cuando reclama una democracia en la que los procesos de la formación de la voluntad política institucionalizada jurídicamente estén conectados con la creación de una opinión pública no formalmente articulada.

⁷ Tal y como entendía Pizzorusso (1973, 1473-1488), los instrumentos de democracia participativa tienen por objeto la participación de los ciudadanos en su calidad de afectados concretos por una regulación, o en cuanto ciudadanos (*uti cives*) en general.

⁸ Lorenzo Cotino considera que la ICE “no sólo representa un elemento innovador y transnacional de democracia directa, sino también un medio de comunicación esencial para vivificar el debate político europeo”.

⁹ En un sentido similar, Garrorena (2016, 67-95) se pregunta dónde queda el papel de ciudadano una vez que se produce el momento de la elección electoral.

ramienta podrá ser “*tomada en serio*” si “*fragmentos de la opinión pública (asociaciones, movimientos sociales...) logran reorganizarse*” (Allegri, 2010, 10).

No podemos olvidar que el surgimiento de la figura responde también al intento de paliar cierto déficit democrático en la Unión y generar una mayor confianza en las instituciones. Por varias razones, la Unión Europea no es ajena a la crisis de confianza que ha afectado con más intensidad a las democracias liberales en la última década y media. Parece que el complejo diseño institucional de la Unión y la inexistencia de un debate europeo real dificultan que la ciudadanía se identifique con los asuntos públicos aunque la crisis de legitimidad se acrecienta por la pérdida de control del ciudadano hacia ciertas decisiones *que se toman más allá de las instituciones de representación directa*; pero también porque últimamente Europa ha aparecido como *instrumento de disciplina, más que de solidaridad* (Castells, 2020, 25-27).

Es evidente que la crisis de confianza no es exclusiva de la Unión, pues es una consecuencia de la incapacidad del poder político en general de dar respuestas a las demandas y expectativas de la ciudadanía. Presenciamos el *vaciamiento de las relaciones entre los partidos y el electorado* (Mair, 2013, 35), que se rigen en términos de desconfianza, lo que resulta más evidente en el caso europeo por la escasa implantación territorial de los europarlamentarios. Sin embargo y como consecuencia positiva, la Unión Europea no ha sido ajena al auge de la participación y la transparencia como elementos esenciales del buen gobierno, y por ello introdujo la figura de la ICE que, tal y como señala el propio Reglamento 2019/788, *contribuye a reforzar el funcionamiento democrático de la Unión*.

3. La regulación jurídica de la iniciativa ciudadana europea

3.1. Los aspectos esenciales: art. 11.4 TUE

Siguiendo al art. 11.4 TUE un grupo de al menos un millón de ciudadanos¹⁰ podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea a que en el marco de sus atribuciones adopte un acto jurídico en aplicación de los Tratados. De lo anterior se deduce que los aspectos esenciales de la figura

¹⁰ Como se verá después, el millón de ciudadanos han de cumplir una serie de requisitos de representatividad.

aparecen ya configurados en el propio Tratado de Lisboa, lo que impide que una revitalización esencial de la herramienta se efectúe a través de Reglamento. No es el objeto de estas líneas analizar en profundidad unas características que ya han sido convenientemente abordadas por otros autores, pero sí me referiré a algunos aspectos que, según la práctica, han dificultado la plena efectividad de la ICE.

En primer lugar, el precepto deja claro que los europeos podrán “invitar” a la Comisión a adoptar un acto jurídico y, por ende, el instrumento carece de fuerza vinculante. Aún cumpliendo todos los requisitos, la Comisión podrá rechazar la adopción de la demanda planteada¹¹, lo que lógicamente desincentiva el empleo de este mecanismo. Del mismo modo, la ICE mantiene otra importante diferencia con la iniciativa legislativa popular de índole estatal, pues esta última se inserta en el procedimiento legislativo a través de una propuesta que aspira a convertirse en ley. El mecanismo europeo, sin embargo, permite instar a un órgano híbrido como la Comisión para que adopte “un acto jurídico” que no siempre consistirá en una norma, pues una ICE se puede sustanciar en una modificación o innovación legislativa, pero también en una orientación o decisión política de la Comisión, una petición a otro órgano e incluso a un Estado Miembro¹².

En este sentido, parece moderadamente asentado que el registro de la iniciativa debe producirse aunque la misma no se base en un acto de carácter legislativo. Esta fue la postura mantenida por la Comisión en el registro de la iniciativa “*Wake Up Europe! Agir pour préserver le projet démocratique européen*” mediante la que se solicitaba¹³ ex. art. 7 TUE abrir un procedimiento sancionador contra Hungría por su supuesta vulneración del art. 2 del mismo Tratado¹⁴. La decisión de registro por parte de la Comisión

¹¹ La Comisión sólo está obligada a hacer pública su decisión de manera motivada.

¹² La Comisión no ha tenido problema en reconocer sus diferencias con las medidas planteadas en algunas iniciativas, aun reconociendo como legítimos algunos fines pretendidos, aunque ha considerado “atendidas” algunas iniciativas que, a la postre, no han tenido efectos realistas en el ordenamiento jurídico o en las políticas comunitarias. Debido a las competencias del órgano europeo y al propio diseño institucional de la UE, no ha resultado extraño que la Comisión haya responsabilizado al Parlamento Europeo o a los Estados miembros de la resolución de problemas que se planteaban.

¹³ La ICE reclamaba a la Comisión en 2016 no sólo respuestas jurídicas frente al gobierno húngaro, sino “una acción política contundente en contra de lo que claramente es una erosión sistemática de los principios democráticos y violaciones de los valores europeos y los derechos humanos por parte del Gobierno húngaro”.

¹⁴ El art. 7 señala que la propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus

fue recurrida por el país húngaro, pues a su juicio el inicio del procedimiento del art. 7 TUE no podía ser considerado un acto jurídico para la aplicación de los Tratados. La retirada de aquella iniciativa impidió que el recurso llegara a término, pero el criterio de la Comisión fue el de considerar la demanda dentro del ámbito de la figura.

La delimitación formal y material del mecanismo no termina ahí, pues el contenido del acto jurídico¹⁵ ha de encontrarse en el marco de las atribuciones de la Comisión¹⁶, y siempre para el fin de aplicación de los Tratados, lo que reduce sensiblemente el ámbito material de la figura y deja un margen de interpretación a la Comisión demasiado amplio. Lo que a priori puede resultar intrascendente, ha generado la duda de si una ICE puede instar a la Comisión a la firma de un Tratado o a que se abstenga de firmarlo¹⁷; y ello a mi juicio dependerá de la interpretación concedida al requisito. Tan sencillo puede ser, en un sentido laxo, vincular una iniciativa con alguno de los fines de los Tratados, como denegar su registro por falta de conexión. Tampoco parece claro (FERNÁNDEZ, 2018, 11) si el art. 11.4 TUE (y el art. 6.3 'c' R2019/788) se refiere sólo a aquellos preceptos de los Tratados que suponen atribuciones competenciales a favor de la Unión, o la interpretación es más amplia¹⁸. En suma, no resulta aceptable desde el punto de vista de la participación que los europeos no puedan proponer una

miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2.

¹⁵ Illueca (2019, 4) ha optado por incluir dentro de los actos jurídicos posibles no sólo las competencias exclusivas de la Unión, sino también las compartidas y complementarias de la acción de los Estados.

¹⁶ Además, y como han señalado Freixes y Poptcheva (2009, 44), la inclusión del fragmento “en el marco de sus atribuciones” debe enfatizar que una ICE es únicamente posible en asuntos en los cuales la Comisión posee el derecho de iniciativa. Esto no sólo restringe materialmente el ámbito de la institución, sino que obliga a los ciudadanos a conocer previamente las atribuciones de la Comisión.

¹⁷ En este sentido, el Tribunal General en sentencia de 10 de mayo de 2017 aclaró sobre la iniciativa “Stop TTIP” que, a los efectos de admitir a trámite o no una ICE, la interpretación de la propuesta fuera lo más abierta posible, abarcando incluso acciones de tipo negativo, como la retirada en unas negociaciones o la paralización de un procedimiento legislativo:

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-05/cp170049es.pdf>.

¹⁸ Podrían quedar afectados también las cartas de declaración de derechos y los principios orientadores de la política europea.

modificación de los Tratados y que la Comisión actúe como juez y parte en la interpretación.

Por otro lado, también puede llamar la atención que la herramienta tenga como único interlocutor a la Comisión, pues en la ILP estatal lo es el Parlamento, lo que se explicaría por las importantes competencias ejecutivas y legislativas que mantiene la Comisión (GÓMEZ 2013, 65; BURGUERA, 2016, 124). Sin embargo, la decisión va en detrimento de la naturaleza legislativa de la ICE, apareciendo ésta menos como contrapoder y más como una herramienta de democracia participativa -distinta¹⁹- a través de la cual el Ejecutivo abre la toma de decisiones a la ciudadanía sin que se produzca verdaderamente un ejercicio de poder político por parte del electorado. Creo que sería oportuno –más allá de lo que actualmente concede el Reglamento– reforzar el papel del Parlamento en la discusión y seguimiento de las iniciativas planteadas, pues ello obligaría a los grupos políticos a posicionarse sobre la conveniencia de las propuestas planteadas por la sociedad civil.

3.2. Las carencias del instrumento y la necesidad de la reforma

Aproximadamente seis años después de la entrada en vigor del Reglamento 211/2011, las instituciones de la Unión decidieron estudiar una posible reforma ante el reducido número de iniciativas aceptadas por la Comisión en sus primeros años de vida. ¿Con qué problemas se había encontrado la ICE desde su entrada en vigor? Pues bien, si atendemos a las estadísticas²⁰, era casi obligado que la nueva regulación tratara de facilitar la recogida de apoyos. De las 74 iniciativas admitidas por la Comisión hasta mediados del año 2020, hasta 38 propuestas no llegaron a los umbrales de apoyo requeridos²¹, representando este requisito el principal obstáculo para el éxito de la figura.

Por otro lado, de las 97 iniciativas presentadas en total, 13 fueron

¹⁹ Como señaló la STC 119/1995, de 17 de julio de 1995 (FJ 5) aunque refiriéndose a los instrumentos de índole estatal, los mecanismos de democracia participativa, a diferencia de los de democracia directa (referéndum e ILP) no derivan del derecho fundamental de participación (art. 23.1 CE) pues no comportan directa o indirectamente ejercicio de poder político al no llamarse al pueblo como titular de aquel poder.

²⁰ Datos tomados con fecha de 30 de junio de 2020. Fuente: https://europa.eu/citizens-initiative/home_es.

²¹ Otras 20 iniciativas fueron retiradas en circunstancias desconocidas, por lo que muchas es posible que también mantuvieran dificultades para reunir los citados requisitos.

inadmitidas por la Comisión por incurrir en algún defecto formal o material, evidenciando que la subsanación ofrecida a los promotores no estaba surtiendo los efectos deseados. Tampoco parecía demasiado garantista, como veremos, la legitimación para apoyar una iniciativa, pues se había reproducido el criterio de nacionalidad y mayoría de edad exigido para ejercer el derecho de sufragio. Otros aspectos objeto de estudio consistían en la propia seguridad jurídica del comité organizador, la introducción de las nuevas tecnologías en la recogida de apoyos, una mayor cobertura sobre transparencia y protección de datos personales, o una mayor repercusión y atención de las iniciativas que finalmente lograban reunir los requisitos.

De esta forma, la Comisión ya reconocía en un informe de 2015 ciertos aspectos a solventar²², aunque señalaba que la figura había sido “plenamente aplicada”. Tras meses de conversaciones, el 12 de diciembre de 2018 el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzaron un acuerdo para la reforma la normativa sobre la ICE²³, entrando en vigor²⁴ el Reglamento 2019/788 el 1 de enero de 2020 y derogando el Reglamento 211/2011. Es preciso abordar los aspectos esenciales de la nueva regulación, centrándonos, por este orden, en la recogida de apoyos, los requisitos formales y materiales, y en último término su tramitación.

3.3. La recogida de apoyos en el Reglamento 2019/788

Como punto de partida, es preciso comenzar aclarando que la norma no podía minorar el millón de ciudadanos que deben suscribir la iniciativa²⁵, al

²² Informe sobre la aplicación del Reglamento (UE) n° 211/2011 sobre la iniciativa ciudadana de 31 de marzo de 2015: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-145-ES-F1-1.PDF>. Los problemas a tratar, a su juicio, versaban sobre el registro y los asuntos objeto de las ICE, las divergencias entre las condiciones y los datos personales exigidos a los firmantes por los Estados miembros, la falta de personalidad jurídica de los comités de ciudadanos, la verificación de las traducciones de las propuestas de iniciativa presentadas, la simplificación y unificación de los procedimientos de recogida y verificación de apoyos online, la ausencia de un plazo para presentar ante la Comisión una ICE que ya ha obtenido apoyos, la organización de las audiencias con invitaciones a expertos, la insuficiente interacción entre organizadores y Comisión, etc.

²³ Tras la resolución del Parlamento de 12 de marzo y la aprobación del Consejo de 9 de abril, el acto definitivo se firmó el 17 de abril de 2019 y se publicó en el *Diario Oficial* el 17 de mayo de 2019.

²⁴ Fue aprobado en el Parlamento Europeo con 535 votos a favor, 90 en contra y 41 abstenciones.

²⁵ El requisito a priori es favorable para la presentación de propuestas si se compara con

figurar en el Tratado, aunque sí podía establecer cambios en la procedencia y representatividad de dichos apoyos. Tras cierto debate, finalmente el art. 7.1 del Reglamento determinó que las firmas deben proceder de al menos un cuarto de los Estados miembros, lo que en la UE-27 son siete Estados²⁶. Es evidente que un umbral elevado garantizaría una mayor representatividad de la propuesta a costa de un procedimiento más oneroso y, al contrario, un requisito demasiado laxo podría mejorar la accesibilidad del mecanismo en detrimento de su representatividad (BILBAO, 2012, 59).

Por tanto, al exigir cierta dimensión europea de la propuesta se procura que los asuntos tratados por la ciudadanía resulten de interés comunitario, evitando una repetición de asuntos estatales o regionales ante instancias europeas y consolidando *el carácter transnacional de la iniciativa* (BURGUERA, 2016, 65). Se trata de evitar que propuestas localistas o nacionalistas con ciertos tintes populistas adquieran relevancia y sirvan más como elemento de división que de unión entre los europeos. No deja de ser paradójico que la Unión reproduzca aquí un requisito de representatividad basado en la nacionalidad, pues uno de los caminos apuntados para generar mayor sentimiento de pertenencia era superar dichas barreras de procedencia (BURGUERA, 2016, 125).

En cualquier caso, la Comisión Europea mantuvo desde el principio la dimensión europea de la iniciativa, para lo que no bastaba con requerir una procedencia de un mínimo de Estados, sino que los firmantes a su vez representaran un porcentaje sobre el censo de cada uno de ellos. Para Bilbao Ubillos (2012, 61) *“iría en contra del espíritu del Tratado que una iniciativa pudiese ser promovida por un numeroso grupo de ciudadanos de un Estado miembro y por un número puramente simbólico de ciudadanos de otros Estados”*. Así las cosas, el artículo 3.1 del nuevo Reglamento señala que las firmas de un millón de ciudadanos de la UE provengan de una cuarta parte de los Estados miembros, representando en cada uno de ellos su número de diputados en el Parlamento Europeo multiplicado por el número total de diputados. Esto permite que sea más factible obtener las firmas en los Estados de menor población (donde se exigen una menor cantidad de

el porcentaje exigido para las iniciativas populares de carácter estatal. La cantidad representa el 0,2% de la población de la UE, frente al 0,9% sobre su población exigido en España para las ILP. Prácticamente sólo Italia establece un porcentaje sobre su población más reducido para avalar una iniciativa.

²⁶ Se impuso, de alguna manera, el criterio del Parlamento Europeo, pese a que inicialmente la Comisión en el Libro Verde consideraba que se podía lograr un mayor equilibrio exigiendo una procedencia de los signatarios de un tercio de los Estados miembros.

firmas), aunque el requisito resulta coherente con el principio de proporcionalidad decreciente²⁷ que inspira los Tratados de la Unión.

Esta previsión parece equivalente a la del Reglamento 211/2011 (multiplicar el número de diputados de cada Estado por 750) pues hasta la salida del Reino Unido de la UE, el número de diputados estaba fijado en 751. Sin embargo, a raíz de la salida del país anglosajón y a partir del 1 de enero de 2020 tal cantidad de diputados quedó fijada en 705, por lo que la cantidad de signatarios requerida en cada país (y fijada en el anexo 1 del Reglamento 2019/788) es sensiblemente inferior²⁸. En el caso de España, según el anexo, se requieren 40.554 firmas, tratándose de una cantidad sustancialmente menor a la exigida para las ILP de carácter estatal (500.000), siendo los países donde mayor cantidad de apoyos se solicitan Italia (54.823), Francia (55.574) y Alemania (72.096).

En lo relativo a las firmas, otra de las novedades del Reglamento es la introducción de dos nuevos sistemas de recogida de apoyos, especialmente orientados hacia la recogida por vías telemáticas²⁹, aunque sin descartar el papel. La primera posibilidad es el sistema central de recogida en línea (art. 10), que permite “cargar” declaraciones recogidas en papel en cualquier país y, lo que es más importante, almacenar los apoyos obtenidos mediante medios telemáticos en un sistema que custodia la propia UE. La opción digital es evidentemente muy relevante en un territorio tan vasto como el europeo y ante la progresiva generalización del certificado digital y, de hecho, la Comisión permite apoyar en línea todas las propuestas en fase de

²⁷ Consideración preliminar décima del Reglamento 2019/788: “Para garantizar que las iniciativas sean representativas y que las condiciones para que los ciudadanos las apoyen sean similares, es preciso también establecer el número mínimo de firmantes procedentes de cada uno de esos Estados miembros. Este número debe ser decrecientemente proporcional y corresponder al número de diputados al Parlamento Europeo elegidos en cada Estado miembro, multiplicado por el número total de diputados al Parlamento Europeo.”

²⁸ Según la página web del Parlamento Europeo, la reducción deja margen a futuras ampliaciones de la UE. De los 73 escaños que quedaron vacantes por la salida del Reino Unido de la Unión, 27 fueron redistribuidos para reflejar mejor el principio de proporcionalidad decreciente. Los 27 escaños se repartieron entre Francia (+5), España (+5), Italia (+3), los Países Bajos (+3), Irlanda (+2), Suecia (+1), Austria (+1), Dinamarca (+1), Finlandia (+1), Eslovaquia (+1), Croacia (+1), Estonia (+1), Polonia (+1) y Rumanía (+1). Ningún Estado miembro perdió diputados.

²⁹ En la consulta llevada a cabo por la Comisión la respuesta fue prácticamente unánime por parte de ciudadanos y organizaciones en pro de favorecer vías telemáticas de recogida de apoyos: *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo regulador de la iniciativa ciudadana*, Bruselas, 31.3.2010 COM(2010) p. 3

recogida de apoyos³⁰. Por otro lado, la segunda opción es el sistema individual de recogida en línea³¹ (art. 11), cuya particularidad consiste en que los datos deberán ser recogidos, acreditados y custodiados en cada Estado miembro.

En línea con lo anterior, la nueva norma detalla en el art. 19 algunas medidas para la protección de los datos de carácter personal, designando como responsable de su tratamiento al representante del grupo de organizadores, de conformidad con el Reglamento 2016/679. Estas previsiones tratarían de evitar un tratamiento o tráfico ilícito de este tipo de datos. En materia de transparencia, el art. 17 especifica que el grupo de organizadores facilitará³² información clara, precisa y exhaustiva sobre las fuentes de financiación para la iniciativa que excedan de quinientos euros por patrocinador³³. La medida intenta dar a conocer los intereses que pueden ocultarse tras este tipo de demandas, tratando de evitar la opacidad con la que en ocasiones pueden actuar ciertos grupos de presión.

3.4. Los requisitos formales y materiales

Como se ha señalado, el 14% de las iniciativas presentadas habían sido inadmitidas en fase de registro, lo que evidentemente podía *generar mayor frustración* entre los promotores del instrumento (Trzaskowski, 2010, 263). Pese a representar un porcentaje de denegaciones más bajo que el experimentado por la ILP de carácter estatal en países como Italia o España, si atendemos al derecho comparado se demuestra que unos requisitos materiales más laxos inciden en una mayor efectividad de estos mecanismos de participación (Suárez, 2017, 3), por lo que otro objetivo consistía en aumentar el porcentaje de iniciativas admitidas.

³⁰ A través de la web: https://europa.eu/citizens-initiative/_es.

³¹ “Cuando el sistema individual de recogida en línea cumpla los requisitos establecidos en el apartado 4 del presente artículo, la autoridad competente expedirá un certificado a tal efecto, de conformidad con el modelo que figura en el anexo IV, en el plazo de un mes a partir de la solicitud. El grupo de organizadores publicará una copia de ese certificado en el sitio web utilizado para el sistema individual de recogida en línea”. Además, el plazo de recogida no podrá comenzar hasta que el certificado haya sido expedido para dicho sistema.

³² Para la publicación en el registro, y en su caso en el sitio web de su campaña.

³³ El precepto indica que la Comisión está facultada para solicitar al grupo de organizadores información adicional y aclaraciones sobre las fuentes de financiación y apoyo y asimismo se permitirá a los ciudadanos presentar una reclamación relativa a la integridad y exactitud de la información sobre las fuentes de financiación y apoyo declaradas.

Para la consecución de diversos trámites, el nuevo Reglamento exige que se constituya un “grupo de organizadores³⁴” formado por siete personas físicas residentes en al menos siete Estados miembros diferentes³⁵, lo que confirma el carácter transnacional del instrumento. Al respecto, una novedad de la normativa es que permite que una persona jurídica “creada específicamente para gestionar la ICE” sea la encargada de presentar la propuesta y los trámites necesarios, a diferencia de lo que ocurre en el derecho interno de los Estados (no así en la práctica³⁶). Los europarlamentarios no se contabilizan a efectos de alcanzar el número mínimo de miembros del grupo organizador, pero implícitamente el Reglamento reconoce que podrán promover una ICE, lo que puede conllevar *que se relacione la democracia directa con la representativa* (Gómez, 2013, 65) en un sentido que, en mi opinión, desnaturaliza la ICE como instrumento de participación menos institucionalizado.

En cuanto a los requisitos, el Reglamento 2019/788 señala en el art. 6.3 cinco condiciones que la ICE debe cumplir para su registro³⁷. Siendo dos de las mismas de carácter formal o procedimental³⁸, es preciso valorar la idoneidad de los tres requisitos de índole material. El art. 6.3 ‘c’ establece que “ninguna de las partes” de la iniciativa puede quedar “manifiestamente fuera del marco de las atribuciones de la Comisión” pues la propia ICE

³⁴ En el Reglamento de 2011 recibió el nombre de “comité ciudadano”.

³⁵ Según el art. 5 del Reglamento, el grupo organizador deberá nombrar un representante (y un sustituto) que se ocupe de actuar como enlace entre dichos promotores y las instituciones.

³⁶ Aunque la legislación nacional (como ocurre por ejemplo en España) exige que la Comisión Promotora esté formada por personas, en la práctica la relevancia de asociaciones, colectivos, sindicatos y partidos como promotores de iniciativas populares es enorme, pues la infraestructura que exige el mecanismo requiere que detrás de una ILP se encuentre casi siempre un colectivo organizado.

³⁷ Inicialmente, en el debate del Reglamento de 2011, la posición del Parlamento Europeo fue la de no introducir más restricciones de las estrictamente necesarias. La propuesta inicial de la Comisión fue la de excluir únicamente las iniciativas abusivas o contrarias a los valores de la Unión. El Consejo insistió, sin embargo, en que constara como requisito que la ICE tuviera que versar sobre asuntos del ámbito de aplicación de los Tratados.

³⁸ La Comisión registrará la iniciativa si: a) el grupo de organizadores ha aportado pruebas suficientes de que cumple los requisitos establecidos en el artículo 5, apartados 1 y 2, y ha nombrado a las personas de contacto de conformidad con el artículo 5, apartado 3, párrafo primero; b) en la situación a que se refiere el artículo 5, apartado 7, la persona jurídica ha sido específicamente creada para gestionar la iniciativa y el miembro del grupo de organizadores nombrado como su representante tiene poderes para actuar en nombre de la persona jurídica.

consiste en “una propuesta de acto jurídico de la Unión para la aplicación de los Tratados”. El requisito traslada la previsión del art. 11.4 TUE, aunque establece como novedad que “ninguna de las partes” quede fuera de las atribuciones de la Comisión.

Por otra parte, los requisitos de los apartados ‘d’ y ‘e’ del artículo sexto impiden que el contenido de una iniciativa sea “frívolo, abusivo o vejatorio” (apartado ‘d’) o “manifiestamente contrario a los valores de la Unión, según se establecen en el artículo 2 del TUE y a los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (apartado ‘e’). A mi juicio, se trata de evitar que prosperen iniciativas de contenido discriminatorio, eurófobo, populista, insolidario o belicista, y sobre todo aquellas que atenten contra la dignidad humana o las personas en función de su procedencia, sexo, raza, religión, orientación sexual, etc.³⁹.

El nuevo Reglamento no ha solucionado, sin embargo, una de las anomalías del instrumento si lo comparamos con la regulación de la ILP estatal, y es el hecho de que la Comisión actúe como juez y parte en el registro y aceptación de las iniciativas⁴⁰. Esta situación fue criticada por el Comité Económico y Social Europeo⁴¹ y el Comité de las Regiones⁴², quien señaló que existía un conflicto de intereses debido al monopolio de la Comisión de todas las fases del procedimiento. De este modo, el Comité de las Regiones sugirió que las decisiones sobre el registro deben confiarse a un órgano independiente formado por abogados y representantes del ámbito académico y civil europeo⁴³.

3.5. La legitimación para apoyar una iniciativa.

Otra novedad interesante del nuevo Reglamento es que circunscribe (art.

³⁹ Aunque el requisito ‘d’ resulte en mi opinión justificado, el objetivo de proteger los valores de la Unión consagrados en los Tratados no es tanto (o no debería ser) prohibir una discusión pública sobre dichos valores.

⁴⁰ Así lo ha entendido también González Cadenas (op. cit. p. 134).

⁴¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la ‘Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana europea de 6 de julio de 2018’.

⁴² Dictamen del Comité Europeo de las Regiones sobre la ICE de 22 de marzo de 2018 (enmienda 4).

⁴³ En un sentido similar, miembros de la Alianza de los Demócratas y Liberales en la Comisión de Asuntos Constitucionales del PE propusieron enmiendas al proyecto de informe de la Comisión de Constitución del PE.

2) el “derecho” a apoyar una ICE a todo ciudadano que tenga “edad suficiente” para poder votar en las elecciones al Parlamento Europeo, lo que habilita a los Estados miembros a fijar la edad mínima en los 16 años, de conformidad con su Derecho nacional⁴⁴. La UE pretende involucrar así a los ciudadanos en los asuntos europeos desde una edad más temprana, tratando de generar un sentimiento de pertenencia. La Comisión optó por una concepción más incluyente del concepto de ciudadanía, abriendo la puerta a reducir la edad mínima para participar en política, entendiendo que se mantienen las capacidades intelectivas y volitivas que garantizan una participación libre (PRESNO, 2014, 66). Sin embargo, por el momento sólo existen dos Estados que permiten ejercer el derecho de sufragio a los menores de 18 años⁴⁵.

Tampoco debemos olvidar que el art. 11.4 TUE reserva el ejercicio del mecanismo a nacionales de Estados miembros, siguiendo la concepción clásica que impera en el derecho electoral estatal y que vincula el ejercicio de los derechos políticos a la nacionalidad⁴⁶. Sin embargo, con razón la previsión ha ocasionado algunas críticas e, incluso, la propuesta de integrar la participación de los nacionales de terceros países con residencia legal en la UE (ILLUECA, 2019, 5; CUESTA, 2008, 413) teniendo en cuenta que, a diferencia del referéndum, la ILP o el sufragio; la ICE no implica un ejercicio de soberanía por parte del electorado.

3.6. La tramitación de la propuesta

Una vez publicada la iniciativa en el registro y trasladada a diversas instituciones de la Unión⁴⁷, el Reglamento indica que el grupo de organizadores

⁴⁴ El Reglamento en la séptima consideración preliminar señala que “esa edad mínima debe coincidir con la edad en que los ciudadanos pueden votar en las elecciones al Parlamento Europeo” aunque añade que “los Estados miembros que lo consideren adecuado deben poder fijar la edad mínima para apoyar una iniciativa en los 16 años y deben informar de ello a la Comisión”.

⁴⁵ Austria (desde los 16) y Grecia (desde los 17).

⁴⁶ En España existen tres Comunidades (Cataluña, País Vasco y Baleares) que permiten la participación de los extranjeros con residencia legal en su territorio en el ámbito de la iniciativa legislativa popular autonómica, lo que ha generado el debate de si el ejercicio de este derecho es compatible con la previsión del art. 13.2 CE (Fernández, 2019, 414 y ss.).

⁴⁷ El art. 14 indica que una vez que la Comisión ha recibido una iniciativa válida cuyas declaraciones de apoyo se hayan recogido y certificado de conformidad con los artículos 8 a 12, publicará “sin demora” un anuncio en el registro y transmitirá la iniciativa al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y a

podrá exponer su propuesta “en audiencia pública” en locales facilitados por el Parlamento Europeo y con representación de otros órganos de la Unión. Esta medida parece garantista hacia la participación, pues pretende otorgar publicidad a las razones por las que se presenta la iniciativa y, en su caso, lograr apoyo político o mediático hacia la propuesta, aunque no deja de ser extraño que se presente en el Parlamento Europeo y no en la Comisión.

Del mismo modo, el art. 15 del nuevo Reglamento recoge, como hiciera la norma anterior, que la Comisión recibirá al grupo de organizadores “al nivel adecuado” para que pueda explicar en detalle los objetivos de la iniciativa, y (apartado segundo) que en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la iniciativa “la Comisión recogerá en una comunicación⁴⁸ sus conclusiones de carácter jurídico y político, las medidas que se propone adoptar, en su caso, y sus razones”. En cualquier caso, la Comisión no está obligada a adoptar ninguna medida, sólo a hacer pública su decisión de manera razonada⁴⁹, lo que le permitirá comprometerse en ocasiones de manera algo laxa con las medidas propuestas.

Como ha señalado algún autor (BÁEZ, 2016, 223; CUESTA, 2012, 52) la negativa de la Comisión a emprender medidas relacionadas con la iniciativa no supone su final, pues el Parlamento tiene la posibilidad de atender la propuesta a través de su facultad para crear informes ex. art. 52 del Reglamento del PE, o bien a través de su facultad de iniciativa legislativa ex. art. 225 TFUE. Como señala De Witte (2013, 15) la asamblea legislativa dentro de su función de control podrá pedir explicaciones al comisario que, en función del área competencial afectada, se entienda el responsable del rechazo de la ICE, lo que no impide considerar, como es mi caso, que el Parlamento debe ocupar un papel más relevante dentro del debate y

los Parlamentos nacionales. Las medidas adoptadas por la Comisión pueden ser objeto de control por parte de Parlamento Europeo según el art. 16 del mismo Reglamento.

⁴⁸ Señala Juan María Bilbao (2012, 55) que no existe plazo para que la Comisión presente una propuesta, aunque sí tiene la obligación de considerar muy seriamente la iniciativa y explicar de una manera clara, comprensible y detallada las razones que le llevan a tomar una determinada decisión o no tomarla.

⁴⁹ Cuando la Comisión tenga la intención de realizar un seguimiento de la iniciativa, incluida, en su caso, la adopción de propuestas de legislación de la UE, la comunicación también indicará el calendario de ejecución. La Comisión ofrecerá actualizaciones, en el registro o en el sitio web público de la iniciativa ciudadana europea, sobre las medidas adoptadas como resultado de la iniciativa. A continuación, el Parlamento evaluará las medidas adoptadas por la Comisión.

seguimiento de las iniciativas que se plantean, pues no deja de ser el órgano de representación directa de los europeos.

4. La eficacia del instrumento y su encaje en la idiosincrasia de la Unión

4.1. La incidencia en la dinámica política europea

Aunque aún sea pronto para valorar la repercusión del nuevo Reglamento, no está claro que las mejoras introducidas sean suficientes para lograr un mecanismo verdaderamente efectivo en la práctica. Algunos condicionantes sobre la figura exceden del ámbito jurídico y tienen que ver más con la voluntad de acuerdo entre la Comisión y la sociedad civil proponente. Con carácter general, se puede afirmar que aunque la figura ha despertado cierto interés le queda camino por recorrer si quiere desplegar efectos de consideración en la dinámica de la UE. La ICE no difiere demasiado de la ILP estatal, pues ambas se topan con unos requisitos -sobre todo de representatividad en el caso de la ICE- excesivamente onerosos. Pero tampoco parece que los actores políticos terminen de tomarse en serio esta vía semidirecta de participación; bien porque a veces la propuesta no encaja con su programa político, o bien porque su naturaleza no vinculante diluye su propósito y desanima profundamente a sus promotores.

Por ello creo que facilitaría el entendimiento entre la sociedad civil y los actores representativos que los segundos sean más sensibles hacia ciertas demandas, y que los primeros renuncien a utilizar la participación sólo como un recurso para la oposición política y la movilización de sus adeptos, especialmente cuando son algunos partidos u organizaciones fuertemente ideologizadas quienes promueven la propuesta. De lo contrario, probablemente nos encontremos no sólo un alto porcentaje de iniciativas que no reúnen los requisitos, sino con la negativa de la Comisión a atenderlas y la consiguiente frustración de los promotores.

Si atendemos a los datos, de las 97 iniciativas presentadas hasta mediados de 2020, no resulta muy esperanzador que tan sólo cinco hayan logrado ser finalmente atendidas por la Comisión (algunas continúan en tramitación⁵⁰);

⁵⁰ Debemos tener en cuenta que a finales de 2020 se encontraban en proceso de recogida de firmas 13 iniciativas, otras 4 acababan de considerarse registradas (pendientes de apoyo) y otra había sido considerada válida aunque estaba pendiente de una respuesta de la Comisión.

la ICE por la Prohibición del glifosato⁵¹ (1.070.865 apoyos); la iniciativa “Stop Vivisection”, que planteaba el fin de la experimentación con animales (1.173.130 apoyos); la iniciativa “One of Us” que proponía el fin de la financiación a la experimentación con embriones humanos (1.721.626 apoyos), la ICE por el derecho al agua y el saneamiento como derecho humano (1.659.543 apoyos); y recientemente la ICE “Minority SafePack” (1.123.422 apoyos) que pretende mejorar la protección de las minorías nacionales y la diversidad lingüística.

En este sentido y atendiendo a las propuestas aceptadas, aunque la Comisión en ocasiones comparta el fin, ha diferido en el modo y el medio para alcanzar dichos objetivos, lo que puede ‘descafeinar’ la propuesta inicial de los promotores. Por ejemplo, en la iniciativa “Right2water” la Comisión se comprometió políticamente a apoyar una serie de objetivos, aunque reconoció que el saneamiento del agua y su acceso universal quedaba en manos de las autoridades estatales⁵². En cuanto a la iniciativa “Stop vivisection” se admitió⁵³ que *“si bien la Comisión comparte la convicción de que los ensayos con animales deben eliminarse en Europa, su planteamiento para alcanzar ese objetivo difiere del propuesto en esta iniciativa”*.

Del mismo modo, en la iniciativa “One of us”, lejos de emprender cualquier medida⁵⁴, la Comisión consideró que ya existía una política europea en este sentido; y que el Parlamento y los Estados miembros habían decidido seguir con la financiación de este tipo de investigación con embriones⁵⁵, en un sentido opuesto al de la iniciativa ciudadana. ¿Se pueden realmente considerar como “atendidas” dichas propuestas si no se satisface su objetivo?. Por lo anterior no sería descabellado conceder al grupo de organizadores una solicitud de retirada no vinculante de su propuesta que les permita manifestar públicamente su descontento ante las medidas

⁵¹ Por la protección de las personas y del medio ambiente frente a los pesticidas tóxicos.

⁵² Comunicado de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_14_277

⁵³ Comunicado de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_15_5094

⁵⁴ Comunicado de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_14_608

⁵⁵ Máire Geoghegan-Quinn, Comisaria Europea de Investigación, Innovación y Ciencia, manifestó lo siguiente: «Hemos deliberado con los promotores de esta Iniciativa Ciudadana (...). Sin embargo, los Estados miembros y el Parlamento han acordado proseguir la financiación de la investigación. Las células madre de embriones son únicas y ofrecen un alto potencial de salvación de vidas humanas; las pruebas de carácter clínico han comenzado ya. La Comisión seguirá aplicando las normas y restricciones éticas que se han determinado para toda la investigación financiada por la UE, entre ellas la no financiación de la destrucción de embriones».

anunciadas por la Comisión. Tampoco se debe olvidar que ha ser el Parlamento el que efectúe un control político acerca de las acciones emprendidas por la Comisión, pues al final son los representantes quienes deben rendir cuentas ante el ciudadano.

Por otro lado, si atendemos a los promotores, es evidente que los onerosos requisitos del instrumento y especialmente la representatividad requerida sitúan a la ICE mayoritariamente bajo la influencia de organizaciones, sindicatos y partidos políticos con una fuerte implantación territorial transnacional. Por ello, la mayoría de iniciativas que han prosperado cuentan entre sus promotores con potentes organizaciones e incluso el apoyo directo o indirecto de partidos políticos. La casuística confirma que el instrumento se aleja de las características no institucionalizadas de la democracia directa, situándose más bien como un mecanismo altamente mediado por partidos y organizaciones con infraestructura y capacidad de movilización⁵⁶, característica que comparte con la iniciativa popular de ámbito estatal, especialmente si atendemos a las estadísticas en España⁵⁷.

Este hecho, lejos de suponer estrictamente un problema, puede ayudar a la efectividad del instrumento desde el punto de vista de la movilización de los electores europeos y probablemente facilite la cooperación entre la Comisión y la dirección de las organizaciones. Sin embargo, creo que la figura se desnaturaliza cuando es un partido político el que emplea un mecanismo de participación ciudadana, pues dichos actores estarían ocupando un espacio que no les corresponde al disponer ya de vías suficientes para la propuesta política⁵⁸.

4.2. La legitimidad democrática de la Unión

Concluido el balance teórico-práctico de la figura, es preciso preguntarse por su encaje en la propia idiosincrasia de la Unión, pues no estamos ante una herramienta de participación nacional, ni la forma de gobierno europea

⁵⁶ Llama especialmente la atención que tres de las cuatro primeras iniciativas que superaron los requisitos de signatarios fueran de contenido ecologista: Right2Water (relativa al agua potable), Stop Vivisection (que pretendía paralizar la experimentación con animales) y la ICE sobre Prohibición del Glifosato.

⁵⁷ Sobre el particular vid. Fernández Silva (2019, 572).

⁵⁸ Debería estudiarse la posibilidad de dificultar que partidos políticos de índole europea y europarlamentarios apoyen de manera pública o indirecta una iniciativa europea o formen parte del grupo organizador.

es homologable a la de una mayoría de países europeos. El diseño institucional y la toma de decisiones en la UE han combinado elementos de cooperación entre los Estados miembros y condicionantes de la denominada tecnocracia. Una legitimidad basada en la efectividad que ha tenido en la complejidad de asuntos su pretexto, y en los resultados su justificación. Por ende, el encaje de la ICE en la idiosincrasia europea no siempre será sencillo; la efectividad de la participación presupone que la labor de la representación no es completa y ha de ser enriquecida con las voces de la sociedad civil, lo que no siempre va a casar con una concepción tecnócrata de la toma de decisiones.

Sin embargo, como ya señaló hace tiempo Manuel García-Pelayo (1982, 52-53), la tecnocracia tiene sus riesgos, pues puede albergar *“la posibilidad de encubrir intereses de cualquier índole bajo el manto de la eficacia técnica y de justificar la marginación o represión de problemas incómodos para el sistema”*. La ICE podría tratar de compensar una balanza inclinada hacia la tecnocracia, integrando a aquellos sectores de la sociedad llamados a ocupar un papel más activo y, por qué no decirlo, haciendo el debate europeo más plural e integrador. Frente a la alternativa de una toma de decisiones más opaca, la ICE permite llamar la atención sobre asuntos escasamente atendidos por una tecnocracia que puede correr el riesgo de tomar decisiones sin atender al componente más popular de nuestra democracia.

Lograr una cultura europea participativa no será sencillo; y no lo es porque creo que la legitimidad que caracteriza a las instituciones europeas no es una legitimidad de origen que se otorga “de abajo hacia arriba”. Esta legitimidad, en el sentido clásico, encontraría en la rendición de cuentas su razón de ser, pues es el electorado en última instancia quien decide. Esta concepción del ejercicio del poder encaja con la existencia de una participación como complemento y, por ende, cuestiona el monopolio del poder por parte de los actores políticos.

Pero en el caso de la Unión, estamos ante una legitimidad finalista o, atendiendo a las categorías desarrolladas por Isabel Báez (2016, 39-54), una legitimidad de resultado. Si acudimos a Weber (1978) como uno de los autores que constituyen una referencia para el estudio de la legitimidad -y apartando la legitimidad tradicional y la carismática de la idiosincrasia de la Unión- a la Unión Europea no le basta el consentimiento inicial prestado por los Estados a través de un Tratado, o el consentimiento electoral periódico. Para lograr la legitimidad racional-legal a la que se refería Weber es necesario, como señala Isabel Báez, una racionalidad que ofrezca resultados para perpetuarse, pero que no renuncie a incorporar las demandas de la sociedad civil a su agenda político-legislativa.

En definitiva, es posible que el remedio al déficit democrático de la UE, en caso de existir, exceda de plantear cambios jurídicos y de visibilizar las propiedades de la iniciativa ciudadana europea. Buena parte de la solución a tales problemas quizás tenga que ver con la tesis apuntada por Robert Dahl cuando señalaba que no puede existir una legitimidad democrática si no hay cohesión social previa. Es decir, para que exista una herramienta efectiva de participación transnacional es preciso construir primero una sociedad civil europea activa y organizada, y lograr una mayor incidencia de las políticas e instituciones europeas en la vida cotidiana de los ciudadanos.

5. Conclusiones

El Tratado de Lisboa permitió consolidar un mayor peso político de la Unión y una concepción de los ciudadanos europeos como sujetos activos del proceso político, lo que se sustanció también en configurar la iniciativa ciudadana europea en su art. 11.4. Esta figura de participación *sui generis* permite a un millón de ciudadanos invitar a la Comisión a adoptar un acto jurídico-político sólo en el marco de sus atribuciones y en aplicación de los Tratados. Sin embargo, el carácter no vinculante de la propuesta y sus onerosos requisitos, especialmente de representatividad, han motivado el fracaso de una mayoría de iniciativas. Hasta mediados de 2020 tan sólo cinco de noventa y siete propuestas habían sido atendidas por la Comisión, frente a trece inadmitidas, veinte retiradas, y treinta y ocho que fracasaron por falta de apoyo.

El Reglamento 2019/788 ha tratado de implementar una serie de mejoras en el instrumento; como un requisito de representatividad más laxo en cada Estado, la apertura de la legitimación de apoyo a la ICE a menores de dieciocho años, la orientación de los sistemas de recogida de apoyos hacia medios telemáticos, mayor transparencia de la financiación de las iniciativas, y una mayor repercusión política de los objetivos planteados por el grupo organizador de la propuesta. Aunque sea pronto para valorar la incidencia de la nueva normativa, la figura puede permitir que la sociedad civil organizada llame la atención sobre demandas escasamente atendidas por la Comisión; un objetivo coherente con una concepción sobre Europa menos tecnócrata y más plural e integradora.

6. Bibliografía

- ALLEGRI, G. (2010) “Il diritto di iniziativa dei cittadini europei (ECI) e la democrazia partecipativa nell’Unione europea: prime riflessioni”, in Federalismi.it, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 23.
- BÁEZ LECHUGA, I. (2016), *Análisis jurídico-político de la Iniciativa Ciudadana Europea en el Contexto de un equilibrio institucional complejo: posibles efectos dinamizadores a partir de la introducción de la iniciativa ciudadana en la Unión Europea*. Colección Derecho Público. Agenda Boletín Oficial del Estado.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2012) “La iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE)”, *Cuadernos Europeos de Deusto* Núm. 46.
- BURGUERA AMEAVE, L. (2016) “Centralidad parlamentaria e iniciativa ciudadana en el proceso legislativo”. *Revista de Estudios Políticos*, 171.
- CASTELLS, M. (2020). *Ruptura. La crisis de la democracia liberal*. Alianza Editorial. 3ª Ed.
- COTINO HUESO, L. (2011) “El Reglamento de la Iniciativa Ciudadana Europea de 2011. Su especial regulación de la recogida de apoyos vía internet y de la protección de los datos de los ciudadanos”, en *Revista de Derecho Político* núm. 81.
- CUESTA LÓPEZ, V. (2012) “A Comparative Approach to the Regulation on the European Citizens’ Initiative” *Perspectives on European Politics and Society* 13.
- CUESTA LÓPEZ, V. (2008) *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Pamplona: Aranzadi.
- DAHL, R. (1999) “Can International Organizations Be Democratic? A skeptic’s view” en: Shapiro, L. y Hacker, C., *Democracy’s Edges*. La Edición, Cambridge University Press.
- DE WITTE, B., (2013) “Legislating after Lisbon. New opportunities for the European Parliament” EUDO, Study Paper (2010) en GLOGOWSKI P. y MAURER A., “The Europeans Citizens Initiative – Chances, Constraints and Limits”, *Political Science Series*, Institut für Höhere Studien (IHS) núm. 134, Viena.
- FERNÁNDEZ LE GAL, A. (2018) “La contribución de la iniciativa ciudadana europea a la vida democrática de la Unión: régimen jurídico y aplicación práctica” *Revista General de Derecho Constitucional*.
- FERNÁNDEZ SILVA, A. (2019) *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico español*, tesis doctoral, Salamanca.
- FREIXES, T. Y POPTCHEVA, E.M., (2009) “Iniciativa legislativa: Estudio Comparativo

de la situación legal en los estados Miembros de la Unión Europea y previsión de su futuro desarrollo a nivel de la UE”, *Pliegos de Yuste*, núm. 9-10.

- GARCÍA-PELAYO, M. (1982) *Burocracia y tecnocracia y otros escritos* (2ª edición). Ed. Alianza Universidad. Madrid.
- GARRORENA MORALES, A. (2016) “Democracia, participación y representación. La crisis actual de la democracia representativa. ¿Qué hacer?”, en Cascajo y Martín de la Vega (Coords.), *Participación, representación y democracia*, Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., (2013) “La iniciativa ciudadana en la Unión Europea” *Revista Panorama Social* n. 17 (primer semestre).
- GONZÁLEZ CADENAS, D. (2020) “Facing Democratic Crisis in the EU: the New European Citizens’ Initiative Regulation” *Global journal of comparative law* n. 9.
- HABERMAS, J. (1991) *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos.
- ILLUECA BALLESTER, J.E. (2019) “La iniciativa ciudadana europea: una institución participativa sui generis en proceso de revisión”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 32.
- INNERARITY, D. (2020) *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*. Ed. Galaxia Gutenberg.
- MAIR, P (2013) *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental*. Ed. Alianza Editorial.
- PAJARES MONTOLIO (coord.), Vintró Castells y Bilbao Ubillos (2011), *Participación ciudadana y procedimiento legislativo. De la experiencia española a la iniciativa europea*. Colección Foro (CEPC), Madrid.
- PIZZORUSSO, A, (1973) “Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa”, *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, CEDAM, Padua.
- PRESNO LINERA, M. A. (2014) “Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas para revitalizarlo”, en Pinelli y Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- RAMÍREZ NÁRDIZ A. (2014) “La participación como respuesta a la crisis de la representación: el rol de la democracia participativa” *Revista de Derecho Político de la UNED* n° 90.
- SUÁREZ ANTÓN, O. (2017) “¿Una nueva oportunidad para la Iniciativa Ciudadana Europea?” *L'Opinió*, núm. 35.
- SUÁREZ ANTÓN, O. (2019) *Iniciativa Legislativa Popular. Análisis de la iniciativa de agenda en América Latina y la Unión Europea*. Ed. Tirant.

TRZASKOWSKI, R. (2010) “The European Citizens’ Initiative: a victory for democracy or a marketing trick?”, *European View* 9.

VINTRÓ CASTELLS Y BILBAO UBILLOS (2011): *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

WEBER M. (1978), *Economy and Society*. University of California Press, Berkeley and Los Angeles.

SOCIETÀ, TRASPARENZA E CITTADINANZA ATTIVA:
IL WHISTLEBLOWING COME ETICA
DELLA GIUSTA AMMINISTRAZIONE

MARIA DI MAGGIO

SOMMARIO: 1. Il *whistleblowing* e l'etica della trasparenza. – 1.1. Il problema culturale. – 2. Il τί ἔστί. Il pubblico interesse. – 2.1 Il τί ἔστί. La buona fede del segnalante. – 2.2. Il τί ἔστί. Il segreto professionale, l'obbligo di fedeltà ed il diritto di critica. – 3. Lo stato dell'arte: una breve comparazione tra Spagna e Italia. – 4. Conclusioni: è possibile il whistleblowing dell'individuo quale "cittadino"?

1. Il *whistleblowing* e l'etica della trasparenza

«*Von den sicheren Dingen das Sicherste ist der Zweifel*»¹, affermava Bertolt Brecht nell'opera teatrale *Leben des Galilei*, e sulla scorta di questo insegnamento è agevole intendere la proliferazione², specialmente negli ultimi trent'anni, dei sistemi di controllo.

La società è portata al controllo quando in essa si insinua il dubbio, e più il dubbio si fa strada nella coscienza, più si ha bisogno di controllare.

Il controllo che ciascun individuo pone in essere sulle cose (e sulle persone) che lo circondano si fonda dunque su una *questione culturale*, prima ancora di essere un tema di tipo *tecnico-formale*, ma la "romantica" tensione all'infinito, l'incommensurabilità celata nell'essenza umana ed il suo ermetismo non potranno mai condurre alla completa trasparenza.

È ingenua l'idea stessa che l'individuo, in sé, possa essere (auto)trasparente³.

Solo le cose, in sé, prive di vita e spogliate di qualsiasi "moto" ermeneutico verso l'altro, possono essere trasparenti; e d'altronde "trasparenza e verità non sono identiche. Finché *si* pone e *si* impone, svelando tutto l'*altro* come falso, la verità è una negatività. Più informazione o soltanto un accumulo di informazioni non producono di per sé una verità. Manca loro la direzione, vale a dire il *senso*... più informazione, più comunicazione non eliminano la

¹ "Tra le cose sicure la più sicura è il dubbio" [traduzione dell'autrice].

² POWER (2002)

³ Si veda FREUD (1899).

fondamentale *opacità del tutto*. Piuttosto, la accrescono” (BYUNG-CHUL, pp. 21, 22, 2014).

Un istituto come quello del whistleblowing si pone in quest’ottica quale presidio di civiltà e partecipazione, incarnando una *metafora*.

Per whistleblower si intende letteralmente *the person who blows the whistle*: il soggetto che emette un fischio per fermare l’azione quando i giocatori commettono un fallo durante una partita. Infatti proprio come gli arbitri o i guardalinee, i soggetti in questione segnalano determinate condotte: i cd. *wrongdoings*⁴.

A tal proposito il whistleblowing è stato definito come “the practice through which a member of a legitimate organization voluntarily reports some wrongdoing, allegedly occurring within that organization, with the intention that corrective action should be taken to address it” (CEVA, BOCCHIOLA, p. 21, 2019).

Il whistleblowing parla a noi, quindi, in quanto persone, di tematiche universali come la trasparenza, l’etica ed il controllo, e non può non suscitare una siffatta riflessione: se alla regolamentazione del controllo non si affianca una cultura ispirata alla legalità, già all’interno delle organizzazioni (siano esse di varia natura e dimensione), ci troveremo in una realtà di orwelliana memoria, immersi nella “democratizzazione del controllo” (BYUNG-CHUL, p. 22, 2014).

La *società dei controlli* può, infatti, essere “solo superficialmente una *società sospettosa*”, perché “i controlli sono chiaramente una pratica di cui ci si deve fidare ed essa stessa è, per necessità, fiduciosa” (POWER, p. 173, 2002).

Non risulta condivisibile – né pensabile – perciò, un silente “stato di polizia” in cui tutti possano segnalare indiscriminatamente, senza soppesare e verificare adeguatamente le proprie accuse. Proprio da questo dilemma diviene l’intero problema culturale riferito alla delazione, che si illustrerà sinteticamente in questa sede.

1.1. Il problema culturale

Il whistleblower è un soggetto che presenta nella memoria culturale di tutti i paesi che rivendicano radici “classiche” diversi antecedenti, anche ben più antichi di quanto ci si aspetterebbe, ad esempio i cosiddetti *sicofanti*, secondo quanto tramandatoci da Demostene, o da Aristofane.

È tuttavia ancor più interessante considerare la figura del delatore

⁴ Si veda anche LEWIS; BROWN; MOBERLY (2014), e NEAR; MICELI (1985).

nell'an-tica Roma: il *delator*, infatti, sul finire della Repubblica e agli albori dell'Im-pero, si configura come “colui che denuncia un fatto altrui criminoso, senza che da esso egli abbia ricevuto danno morale o materiale” (PETRACCIA, p. 60, 2014): una definizione piuttosto neutrale rispetto a quella attribuitagli successivamente da diversi autori.

In età imperiale il delatore inizia, appunto, ad assumere connotati negativi, tendenti al grottesco, per cui la delazione si tramuta in uno strumento di vendetta verso il prossimo, per trarre profitto illegittimamente aggredendo i beni del soggetto denunciato, calunniare e poter sfogare le proprie invidie e frustrazioni. In tal senso potrei citare autori come Svetonio, Tacito e Seneca.

Il primo riteneva che “*inter adversa temporum et delatores mandatoresque erant ex licentia veteri*”⁵; Tacito, invece, negli *Annales* definiva i delatori come “*genus hominum publico exitio repertum*”⁶; Seneca, per altro verso, sempre con toni piuttosto accesi si riferiva al fenomeno della delazione nel *De Beneficiis*, asserendo che durante il Principato di Tiberio “[...] *fuit accusandi frequens et paene publica rabies, quae omni bello gravius togatam civitatem confecit*”⁷, una prospettiva tutto fuorché rosea, ben lontana dalla considerazione anglosassone del whistleblower come “eroe”.

Ciò detto, appare evidente che quello che i legislatori (incluso quello spagnolo e quello italiano) si stanno proponendo di fare, attraverso nuovi interventi di riforma, è cambiare questa cultura radicata che vede il delatore come uno *spione* (per gli italiani) o un *chivato* (per gli spagnoli), proponendosi di seguire l'esempio dei paesi anglosassoni (con il cd. *carrot and stick approach*), sotto il segno dell'etica nei processi interculturali.

Anche il solo fatto che attualmente non esista un termine, in spagnolo o in italiano, scevro da connotazioni negative, che renda esattamente il concetto di whistleblower è sintomatico di come questa figura sia frutto della circolazione e contaminazione di istituti provenienti da altri ordinamenti, con lo scopo di implementare e diffondere modelli di legalità propri di una società avanzata.

Sul punto si è espressa anche l'Accademia della Crusca, osservando “le parole non entrano nel lessico di una lingua e negli usi di una comunità per imposizione dall'alto: soltanto il progredire del dibattito intorno al tema e

⁵ Svetonio in *Titus*, 8,5 “Tra i mali del tempo vi erano anche i delatori e i fautori di delazioni, incoraggiati da un'inveterata tolleranza” [traduzione dell'autrice].

⁶ “Razza di uomini inventata per la pubblica rovina” [traduzione dell'autrice].

⁷ “[...] c'era una frequente e quasi endemica frenesia per la delazione, che per i cittadini romani era più rovinosa di ogni guerra civile” [traduzione dell'autrice].

l'intensificarsi dell'interesse pubblico per la "cosa" designata consentirà di sviluppare e radicare una designazione"⁸.

Di talchè il panorama normativo, quello dottrinale e giurisprudenziale è, in Italia come in Spagna, ed in altri paesi, ancora agli albori di un cammino complesso di introspezione da concepirsi già internamente rispetto ai principi fondamentali dei diversi ordinamenti giuridici.

L'urgenza circa l'approfondimento della tematica può essere inoltre riscontrata anche alla luce della recente direttiva dell'Unione Europea 2019/1937, che sollecita gli Stati membri dell'Unione Europea ad elaborare ed uniformare la legislazione in materia.

D'altro canto, però questa visione negativa del whistleblower come spione, delatore (in senso spregiativo) e traditore⁹ permane, ostinatamente, ancora oggi nell'immaginario collettivo. Tale circostanza emerge a chiare lettere dai rapporti dell'Anac¹⁰ sul monitoraggio del whistleblowing, dal momento che, seppure nel settore pubblico la normativa appaia ben più dettagliata, l'istituto abbia fatto fatica ad essere recepito, almeno in una fase iniziale.

Sul punto si consideri la relazione in riferimento all'anno 2019 dell'Anac, resa alla Camera dei Deputati il 2 luglio 2020, che recita: "L'istituto del *whistleblowing* [...] anche nel corso del 2019, ha registrato un vero e proprio andamento esponenziale se si considera che si è passati dalle 125 segnalazioni del 2015 alle 873 del 2019, per un totale complessivo di circa 2330 segnalazioni".

I dati statistici raccolti da Transparency International nel rapporto relativo all'anno 2019 sul whistleblowing contribuiscono a sottolineare la diffusione attuale dell'istituto e del suo utilizzo.

Dall'indagine condotta su scala nazionale è emerso che quasi tre segnalazioni su quattro sono rese nel contesto della Pubblica Amministrazione, mentre il 23% sono rappresentate da quelle del settore privato.

Al riguardo Transparency International afferma: "Il contrasto alla corruzione, che è alla base della missione della nostra associazione, orienta fortemente il messaggio in questa direzione. E d'altra parte l'istituto del whistleblowing, anche alla luce della legge n.179/2017, è ampiamente seppur non

⁸ TORCHIA (2014) <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/che-cosa-indica-e-come-si-traduce-la-parola-inglese-whistleblower/918>, sito consultato il 5 febbraio 2021.

⁹ CANTONE; PARISI; VALLI; CORRADO; GRECO (n.d.) <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/-jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Anticorruzione/SegnalazioniIllecitoWhistleblower/SegnalazioneIllecitiTutelaDipendentePubblico/Relazione.Rapporto.whis-tleblower.22.06.2016.pdf>, sito consultato il 05 febbraio 2021.

¹⁰ Cfr. LOSAPPIO; ADUASIO (2017)

esaustivamente regolamentato e promosso nel settore pubblico mentre nel settore privato le lacune sono ancora tante”¹¹.

La sfida alla quale i legislatori devono rispondere al fine di contribuire alla diffusione del whistleblowing non può che apparire quella di fornire un corretto *bilanciamento* tra gli interessi in gioco per riuscire (finalmente) a superare l’accezione negativa che comunemente si attribuisce all’allertatore.

2. Il τί ἔστί. Il pubblico interesse

Tra le differenti definizioni attinenti al termine “whistleblowing” vi è quella che incentra l’attenzione sull’obiettivo precipuo del segnalatore di “mettere in luce la negligenza o gli abusi che minacciano *l’interesse pubblico*”¹².

A tale scopo le *malpractices* o i *wrongdoings*¹³ posti in essere presentano la particolarità di non essere «altrimenti conosciuti o visibili», e la divulgazione viene eseguita «nella *ragionevole convinzione* che vi siano comportamenti illeciti».

Sul punto Angela Peek asserisce: “There is a wide variety of definitions of what constitutes a whistleblower. For our purposes, a working definition is: an employee or ex-employee of an organisation, who discloses information about serious malpractice by that organisation, not otherwise known or visible, where the disclosure is made in the reasonable belief that there is malpractice, and the disclosure is made in good faith, without malice, and may be in the *public interest*”¹⁴.

È proprio su queste considerazioni che si fonda la prospettiva secondo la quale il whistleblowing possa essere classificato come una “pratica organizzativa di tipo correttivo”¹⁵, secondo un punto di vista basato sulla “*responsabilità pubblica*”¹⁶.

Secondo questa visione, il dovere di denunciare è giustificato laddove vi

¹¹ FRASCHINI (2020) <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato346019.pdf>, sito consultato il 5 febbraio 2021.

¹² “[...] to spotlight neglect or abuses that threaten *the public interest*”, così BOK, 292 (1988).

¹³ “Si considera «Wrongdoing» ogni pratica illegale, illegittima o immorale, attiva od omissiva posta in essere da un membro di una determinata organizzazione” così AMATO, p. 558 (2014).

¹⁴ PEEK, p. 107 (1997).

¹⁵ “Organizational corrective practice” CEVA; BOCCHIOLA, p. 117 (2019).

¹⁶ «Public-accountably-based», *ibidem*.

sia un membro di un'organizzazione che ha un accesso privilegiato alle informazioni oggetto della segnalazione. Il whistleblower dovrebbe, appunto, allertare gli organi o le autorità competenti al fine di ripristinare la «logica della responsabilità pubblica» che il presunto verificarsi di tale pratica o comportamento illecito ha alterato¹⁷.

2.1. **Ἡ τί ἐστί. La buona fede del segnalante**

Un altro dettaglio non trascurabile consiste nel fatto che la segnalazione debba avvenire in *buona fede*. Proprio a questo proposito giova ricordare la cd. Convenzione di Merida¹⁸ (anche identificata attraverso l'acronimo UN-CAC, dall'inglese “*United Nations Convention against Corruption*”).

La Convenzione è stata adottata il 31 ottobre 2003 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite¹⁹ ed in seguito aperta alla firma presso la capitale dello Stato dello Yucatán, da cui prende il nome²⁰.

Si tratta del primo accordo di portata universale su questo tema, in quanto promanato dall'Onu, organizzazione internazionale di carattere “universale”. L'accordo internazionale è stato ratificato, come mostra la mappa di seguito riportata, da centottantasette parti, tra le quali figura l'Unione Europea²¹.

¹⁷ *Idem*, p. 118.

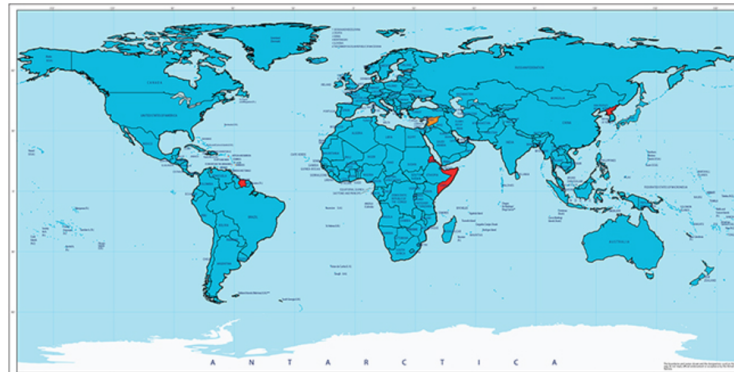
¹⁸ Per ulteriori approfondimenti JAZZETTI; BOVE, p. 31 (2015).

¹⁹ Si veda la risoluzione n. 58/4, in vigore dal 14 dicembre 2005.

²⁰ Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione - Art. 67

Firma, ratifica, accettazione, approvazione e adesione 1. La presente Convenzione sarà aperta alla firma di tutti gli Stati dal 9 all'11 dicembre 2003, a Merida (Messico), e successivamente alla Sede delle Nazioni Unite a New York, fino al 9 dicembre 2005.

²¹ UNITED NATIONS (n.d.) <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.-html>, sito consultato il 7 febbraio 2021.

Parties: **187**Status as of: **6 February 2020**

■ States Parties

■ Signatories

■ Countries that have not signed or ratified the UN-CAC

Mappa geografica relativa agli Stati firmatari e agli Stati che hanno ratificato la UN-CAC.

All'interno del titolo III la Convenzione prevede “incriminazione, individuazione e repressione” della corruzione e, pertanto, le misure penali che gli Stati aderenti dovrebbero attuare.

Orbene, proprio all'articolo 33²² (rubricato “protezione delle persone che comunicano informazioni”) è disciplinata la figura del whistleblower²³; a tal proposito l'articolo sancisce: «Ciascuno Stato Parte considera la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in *buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti*, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione»²⁴.

Inoltre il punto IX della Raccomandazione del Consiglio sull'Integrità nel Settore Pubblico esorta a “sostenere una cultura organizzativa aperta

²² Cfr. CORTELLAZZI, p. 219 (2019).

²³ NOVARO, p. 737 e ss., (2019): “L'art. 33 della Convenzione ONU di Mérida contro la corruzione del 2003 impone la protezione da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla medesima Convenzione. La protezione è riconosciuta a prescindere della personale qualifica del segnalante” (nota 4).

²⁴ “Each State Party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention”.

all'interno del settore pubblico che risponda alle preoccupazioni in materia di integrità, in particolare:

a) incoraggiando una cultura aperta in cui i dilemmi etici, le preoccupazioni per l'integrità pubblica e gli errori possano essere discussi liberamente e, se opportuno, con i rappresentanti dei dipendenti, e in cui la leadership sia reattiva e impegnata a fornire consulenza tempestiva e a risolvere le questioni che lo richiedano;

b) stabilendo regole e procedure chiare per la segnalazione di sospette violazioni degli standard di integrità e garantendo, conformemente ai principi fondamentali del diritto interno, la tutela giuridica e pratica contro ogni tipo di trattamento ingiustificato risultante dalla segnalazione *in buona fede e per ragionevoli motivi*;

c) prevedendo canali alternativi per la segnalazione di sospette violazioni delle norme di integrità, compresa, se del caso, la possibilità di segnalare in via riservata a un organismo dotato del mandato e della capacità di condurre un'indagine indipendente²⁵.

Anche nella Convenzione civile sulla corruzione – o Convenzione di Strasburgo²⁶ – del 1999, recepita dall'Italia con la legge 28 giugno 2012 n. 110 (firmata da 42 Stati²⁷) compare il riferimento alla buona fede: tra le norme contenute nel capitolo I spicca l'articolo 9 (Protezione dei dipendenti)²⁸,

²⁵ Testo originale: "Reporting Foreign Bribery

IX.RECOMMENDS that Member countries should ensure that:

i) Easily accessible channels are in place for the reporting of suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions to law enforcement authorities, in accordance with their legal principles;

ii) Appropriate measures are in place to facilitate reporting by public officials, in particular those posted abroad, directly or indirectly through an internal mechanism, to law enforcement authorities of suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions detected in the course of their work, in accordance with their legal principles;

iii) Appropriate measures are in place to protect from discriminatory or disciplinary action public and private sector employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions".

²⁶ NOVARO, p. 737 e ss (2019).

"La Convenzione Civile sulla Corruzione del Consiglio d'Europa firmata a Strasburgo nel 1999 sancisce all'art. 16 un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili" (nota 4).

²⁷ Tutti gli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa, più la Bielorussia.

²⁸ Versione originale: "Article 9 – Protection of employees

che prevede “un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, *in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti*, denuncino fatti di corruzione alle persone o alle autorità responsabili”.

Come si può notare, quindi, già nella normativa a carattere internazionale emerge l'importanza della buona fede del whistleblower²⁹. L'importanza della buona fede è stata recepita anche da alcuni legislatori nazionali (si pensi a quello francese³⁰).

2.2. Il τί ἔστί. Il segreto professionale, l'obbligo di fedeltà ed il diritto di critica

Ultimo profilo che in questa sede si ritiene di dover approfondire in merito all'*essenza* del whistleblowing, tralasciando l'ambito delle tutele del segnalante (aspetto particolarmente discusso per via del bilanciamento tra le garanzie – specialmente di tipo processuale – previste nel nostro ordinamento ed il diritto all'anonimato del whistleblower), è tutto quanto concerne l'obbligo di fedeltà del dipendente.

Come può conciliarsi la delazione in un ordinamento che prevede la lealtà dei soggetti facenti parte di un'organizzazione (sia questa pubblica o privata)?

Anche qui, si tratta del *bilanciamento* da un lato del segreto professionale e dell'obbligo di fedeltà e dall'altro lato del diritto di critica. Il codice civile italiano prevede all'art. 2105 l'obbligo di lealtà del dipendente nei confronti del proprio datore di lavoro³¹, una fedeltà che appare “particolarmente rafforzata” rispetto a quella prevista per i contratti tra privati.

A fare da contraltare a queste previsioni normative però è presente, come si è detto, il diritto di critica, legato alla libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost.

Vi sono, chiaramente, dei limiti alla libertà d'espressione nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco, e questi si possono sostanziare in due punti:

Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities”

²⁹ Per ulteriori approfondimenti BORLINI, MAGRINI, p. 15 ss (2007) e PARISI, p. 7 (2019).

³⁰ Nella legge n. 2016-1691, nota anche come *Sapin II* l'informante viene definito come: «[Una] persona fisica che denuncia, altruisticamente e in buona fede, un crimine o un reato, una violazione grave ed evidente di un impegno internazionale debitamente ratificato o approvato dalla Francia, di un atto unilaterale di un'organizzazione internazionale emesso sulla base di tale impegno, di legge o normativa, o una grave minaccia o danno per l'interesse pubblico, di cui ha conoscenza personale». Cfr. FRIGNANI (2019).

³¹ Cfr. D'AMORA, p. 17 e ss (2019).

- la verità oggettiva (ed accertata) dei fatti,
- la *continenza sostanziale e formale*.

Una siffatta eccezione rispetto agli obblighi che gravano in capo al lavoratore quindi viene ulteriormente motivata da previsioni normative differenti, che afferiscono rispettivamente al settore pubblico e a quello privato. Nel primo caso si applicherebbe l'art. 97 Cost.: il principio di buon andamento amministrativo; nel secondo caso sarebbe determinante il riferimento all'art. 41, co. 2 Cost, sull'utilità sociale quale "contro-limite alla libertà di iniziativa economica" (D'AMORA, p.18, 2019).

È anzi, stata introdotta una "scriminante"³² dalla legge 179 del 2017 (la legge che ha introdotto, per la prima volta, una disciplina organica del whistleblowing in Italia) per quanto concerne la rivelazione del segreto d'ufficio. In merito Roberto Varricchio aggiunge: "La giusta causa della rivelazione opera come scriminante, nel presupposto che vi sia un interesse preminente, cioè l'interesse all'integrità delle amministrazioni, che quindi impone o se non altro consente tale rivelazione".

3. Lo stato dell'arte: una breve comparazione tra Spagna e Italia

Come si è detto, la legge 179 del 2017, promulgata dopo un travagliato iter, rappresenta il primo tentativo di regolamentazione generalizzato dell'istituto del whistleblowing in Italia. Istanze simili sono state poste in essere dal legislatore già precedentemente, ma solo per quanto riguarda determinati settori, che giocoforza, dovevano adeguarsi a normative già presenti in altri paesi (nello specifico grandi società che presentavano legami con paesi anglosassoni, per quanto concerne il settore privato) o vedevano nell'istituzionalizzazione del whistleblower un ulteriore modo per aumentare la trasparenza e l'economicità ed il buon andamento della pubblica amministrazione.

Il whistleblowing, infatti, già da tempo aveva fatto ingresso nel sistema giuridico italiano, precisamente con la cd. "Legge Severino", all'art. 54-bis del decreto legislativo n. 165/2001 (Testo unico sul Pubblico Impiego). Tale previsione rappresenta il primo di diversi interventi normativi che hanno inteso inserire l'istituto del whistleblowing in una maniera risultata solo successivamente piuttosto frammentaria e disorganica.

In Italia lo stato dell'arte quindi sembra confermare un "parallelismo normativo" tra settori (quello privato e pubblico), che si riflette anche per

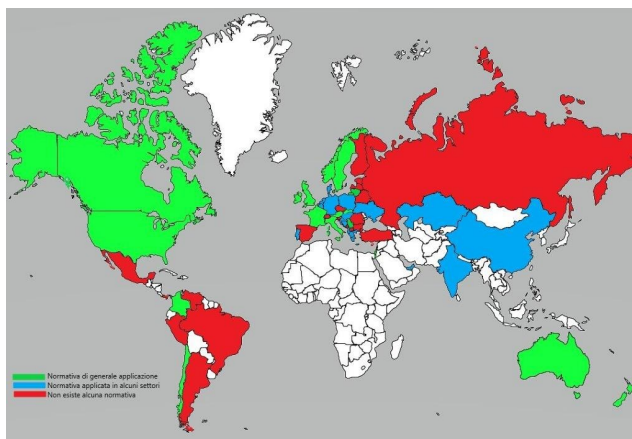
³² In merito VARRICCHIO, p. 25 (2021).

quanto riguarda la «forza prescrittiva» contenuta nella disciplina in esame. Si pensi ad esempio la questione relativa alla obbligatorietà della segnalazione, che riflette la medesima “contemporaneità di giorno e notte” di magrittiana memoria.

Nel panorama legislativo del codice Rocco, preesistente alle nuove influenze provenienti da oltreoceano, il “precedente più immediato del whistleblowing” è da rinvenirsi negli articoli 361, 362 c.p. e 331 c.p.p., che prevedono un obbligo di denuncia soltanto in capo al pubblico ufficiale e all’incaricato di pubblico servizio.

Si tratta di un obbligo, dunque, e non di una facoltà che attiene all’ambito delle libere scelte del “segnalante” (in questo caso, più correttamente, denunciante); contrariamente rispetto a quanto avviene per i privati, almeno secondo il parere di chi scrive.

Il processo che sta portando l’Italia ed altri paesi ad adottare una normativa *ad hoc* per regolamentare il whistleblowing sembra uno sforzo condiviso e diffuso, ciò si può desumere anche dalla rappresentazione grafica che segue.



Mappa geografica relativa agli Stati che posseggono una normativa sul whistleblowing; di generale applicazione, applicabile solo in alcuni settori o totalmente deficiente di disposizioni in merito

La Spagna, contrariamente rispetto all’Italia, è uno dei pochi paesi al mondo in cui una persona ha l’obbligo legale di denunciare qualsiasi crimine (art. 259 e 264 del Codice Procesal Penal).

Tuttavia la pena per la violazione dell’obbligo è del tutto irrisoria e simbolica, meno di 2 euro.

Il Tribunal Constitucional, tra l’altro, ha ritenuto che il comportamento

della persona che rivela ai media le irregolarità commesse dall'ente di cui fa parte sia protetto dai diritti fondamentali quali la libertà di espressione e di informazione, qualora le informazioni divulgate siano di interesse pubblico.

In Spagna quindi non esiste una norma nazionale e generale sul whistleblowing, ma alcune leggi regionali affrontano questo fenomeno. In questo senso cito *ex multis*, quelle della Comunità Valenciana, Castilla y León, Isole Baleari ed Aragona³³.

Un'altra norma che potrebbe collegarsi al tema del whistleblowing è l'attuale legge 39/2015 sulla "procedura amministrativa comune", che stabilisce all'art. 56 la possibilità di applicare misure cautelari, quindi la segnalazione può configurarsi come l'inizio di una sospensione cautelare del procedimento amministrativo.

Un ulteriore punto d'interesse è rivestito dai *programas de clemencia* (o programmi di clemenza), che presentano delle analogie e delle differenze rispetto al fenomeno del whistleblowing³⁴.

Infatti, tra i meccanismi di *enforcement* riconosciuti in capo alle autorità *antitrust* figurano, quali strumenti con una spiccata «funzione dissuasiva»³⁵ i programmi di clemenza, un istituto di origine statunitense, ormai in uso anche a livello europeo.

I programmi di clemenza sono un mezzo importante attraverso il quale viene rilevata la presenza di cartelli, vale a dire, una forma di cooperazione tra imprese concorrenti che mira a limitare o distorcere il processo di concorrenza».

I programmi di clemenza ed il whistleblowing possono essere considerati come due cerchi tangenti, che quindi hanno solo alcuni "punti" in comune.

Le ragioni di questa affermazione risiedono in vari motivi.

I due strumenti convergono in termini di *ratio*, infatti entrambi cercano di sopperire all'incapacità dell'autorità pubblica di scoprire e sanzionare questi illeciti.

Per quanto riguarda le differenze, se ne possono enumerare di almeno tre ordini differenti, relativi a diversi aspetti dei due istituti:

- scopo;
- soggettività;
- composizione delle singole decisioni dell'informatore.

In primo luogo, dal punto di vista delle finalità, è evidente che il membro di un cartello (o l'organo di un cartello stesso) è spinto dalla prospettiva di

³³ Per un approfondimento si veda VESTRI (2019).

³⁴ Si veda anche ORDÓÑEZ SOLÍS (2017).

³⁵ DEL GATTO, p. 1271. (2016).

ottenere l'immunità o, almeno, una riduzione della sanzione prevista, mentre, diversamente, «le politiche di whistleblowing» garantiscono «come contropartita all'informatore protezione ed, in genere, [almeno per quanto riguarda il mondo anglosassone] una ricompensa (in denaro o *benefits* di altra natura)»³⁶.

Poi c'è il piano soggettivo da considerare; è utile, a tal fine, osservare come, nel caso di programmi di clemenza, l'informatore sia un soggetto necessariamente interno all'ente, mentre per quanto riguarda la denuncia di irregolarità, in generale, potrebbe essere un qualunque privato cittadino.

Ulteriore prospettiva da prendere in esame riguarda la configurabilità, nell'ambito delle scelte del segnalatore, della cd. teoria dei giochi, e più nello specifico, del dilemma del Prigioniero; quest'ultimo sorge in capo a chi voglia optare per il programma di clemenza, contrariamente rispetto a quanto avviene per il whistleblower.

4. Conclusioni: è possibile il whistleblowing dell'individuo quale “cittadino”?

Nell'ottica del whistleblowing quale “istituto in via di sviluppo”, oggetto di una indagine introspettiva degli ordinamenti, – in Italia, come in Spagna ed in moltissimi altri paesi – appare ancora più interessante considerare il segnalatore in una prospettiva ben più ampia.

È possibile tendere alla giusta amministrazione attraverso lo sviluppo e la promozione di una cittadinanza attiva, quindi “allargare” il perimetro di applicazione entro cui l'istituto viene pensato, spingendosi oltre il “velo di Maya” della considerazione del soggetto quale lavoratore, ma dell'individuo quale cittadino?

La dimensione etica dell'istituto, effettivamente, ben si sposerebbe con la prospettiva dei diritti umani³⁷, per ottenere quella che è stata definita come “democrazia vibrante”³⁸.

Sarebbe possibile pensare un progetto che, appunto, “getti” in avanti, il germe di un progresso culturale, prima ancora che legislativo, e che si ponesse quale punto di sua massima realizzazione non solo l'elaborazione di sistemi idonei a contemplare la posizione giuridica e la protezione dei segnalanti o gli apparati ricettivi delle segnalazioni prodotte, ma lo sdoganamento della

³⁶ D'ANTONIO, p. 19 (2017).

³⁷ Si veda VALLI (2019).

³⁸ MANSBAC (2011)

figura del delatore e la diffusione sempre più capillare e socialmente accettata di cittadinanza democratica ed ispirata ad un ideale di verità?

Riferimenti bibliografici

- AA. VV. (2013) *Tratado de Derecho de la competencia*, Editorial Aranzadi. Pamplona. 2013,
- AA. VV. (2018) *Bellamy & Child - European Union Law of Competition*, Oxford University Press. Oxford
- AMATO, G. (2014) *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione/Riv. trim. dir. pen. econ.* 3-4/2014.
- BENÍTEZ PALMA, E. (2018) *El control externo y el whistleblowing (canales de denuncia)*, *Revista Española de Control Externo*, vol. XX. n.º 59.
- BOK, S. (1988) *Whistleblowing and Professional Responsibility/Ethical Theory and Business*. Prentice Hall. Englewood Cliffs.
- BORLINI, L.; MAGRINI, P. (2007) *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU/Dir. Comm. Internaz.*
- BYUNG-CHUL, H. (2014) *Transparenzengesellschaft*, trad. it. Edizioni Nottetempo. Milano.
- CANTONE, R.; Parisi, N.; Valli, L.; Corrado, A.; Greco M.G., (n.d.) <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Anticorruzione/SegnalazioniIllecitoWhistleblower/SegnalazioneIllecitiTutelaDipendentePubblico/Relazione.Rapporto.whistleblower.22.06.2016.pdf>, sito consultato il 05 febbraio 2021.
- CEVA, E.; BOCCHIOLA, M. (2019) *Is Whistleblowing a Duty?*. Polity Press. Cambridge.
- CORTELLAZZI, G. M. (2019) *Corporate governance note in tema di whistleblowing/-Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc.2.
- D'AMORA, F. (2019) *Profili giuslavoristici/Il whistleblowing dopo la l. n. 179/2017*, Giuffré Francis Lefebvre. Milano.
- D'ANTONIO, V. (2017) *La clemenza in diritto antitrust: teorie e modelli di riferimento dei leniency programmes*, (rivista online www.comparazionediritto civile.it, sito consultato il 6 luglio 2020) comparazione e diritto civile.
- DEL GATTO, S. (2016) *La rete europea per la concorrenza: una rete a maglie troppo larghe?/ Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016.

- FRASCHINI, G. (2020) <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato346019.pdf> , sito consultato il 5 febbraio 2021.
- FREUD, S. (1899) *Die Traumdeutung*, vol III. Franz Deuticke. Lipsia/Vienna.
- FRIGNANI, A. (2019) *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*/ Giurisprudenza Commerciale, fasc.3.
- JAZZETTI, A.; BOVE A. (2015) *LA legge anticorruzione vol. 1-2: la riforma dei reati contro la P.A.*, Giapeto Editore Surl, Napoli.
- LEWIS, D.; BROWN A.J.; MOBERLY, R. (2014) *Whistleblowing, its Importance and the State of the Research/International Handbook on Whistleblowing Research*. Edward Elgar Publishing. Cheltenham.
- LOSAPPIO, G.; ADUASIO, S. (2017) *Blowin' in the...whistle: il primo rapporto dell'Anac sul c.d. whistleblowing*. Diritto Penale Contemporaneo. Milano.
- MANSBAC, A (2011) *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia/Whistleblowing and Democratic Values*.
- NEAR, J. P.; MICELI, M. P. (1985) *Organizational Dissidence: The Case of Whistleblowing/Journal of Business Ethics*, Springer Science & Business Media. Berlino.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2017) *¿Ciudadanos, soplones y príncipes clementes en una sociedad democrática?*/ *Revista de Derecho UNED*. núm. 21.
- PARISI, N. (2019) *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo/Federalismi.it*, n. 9/2019.
- PEEK, A. (1997) *Whistleblowing and its alternatives/Current Issues in Business Ethics*, Routledge. Londra.
- PETRACCIA, M. F. (2014) *Indices e delatores nell'antica Roma. Occultiore indicio proditus/occultas delatus insidias, Erga-Logoi, Rivista di storia, letteratura, diritto e cultura dell'antichità*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto. Milano.
- POWER, M. (2002) *La società dei controlli – Rituali di verifica*. Einaudi. Milano.
- RAGUES VALLES, R. (2013) *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Marcial Pons. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo.
- TORCHIA, M. C. (2014) <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/che-cosa-indica-e-come-si-traduce-la-parola-inglese-whistleblower/918>, sito consultato il 5 febbraio 2021.
- VALLI, L. (2019) *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione/Rivista Semestrale di Diritto* (1/2019).

- VARRICCHIO, R. (2021) *La “cultura del Whistleblower” quale misura di prevenzione della corruzione/Il Whistleblowing nel mercato del lavoro*. La Tribuna. Piacenza.
- VESTRI, G. (2019) *Aproximación al sistema de “whistleblowing”. Un nuevo desafío para la Administración Pública española/Revista General de Derecho Administrativo*, N°. 51.

LIBERTADES ECONÓMICAS Y DIMENSIÓN SOCIAL EUROPEA:
UNA REVISIÓN CRÍTICA PARA EL AVANCE
DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

DANIEL PERES DÍAZ

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La dialéctica entre libertades económicas y derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. – 2.1. La centralidad del mercado interior: de *Dassonville* a la trilogía *Viking*, *Laval* y *Rüffert*. – 2.2. La pretendida eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado Lisboa. – 3. Puntos críticos en la construcción de la dimensión social europea: la ausencia de una verdadera política social. – 4. Conclusiones.

1. Introducción

La decisión de ubicar el análisis en la dimensión social del Derecho de la Unión Europea tiene que ver, primeramente, con la necesidad de recomponer la reflexión jurídico-política en el contexto de la globalización, cuyo efecto más visible es el “vacío de Derecho Público” (FERRAJOLI, 2019). En efecto, y a pesar de que la (incompleta) incorporación del constitucionalismo al plano internacional ha traído consigo avances civilizatorios parciales, lo cierto es que se observa una transformación radical de las condiciones históricas que habían dado lugar a su formación y desarrollo. Con motivo de la crisis financiera, se ha impuesto una lectura economicista de la Constitución que ha desembocado en la externalización del poder estatal (BALAGUER CALLEJÓN, 2018). Los procesos acelerados de deslocalización industrial y financiarización de la economía han dado lugar a un Estado-nación inerte, incapaz de dirigir el mercado y sometido a los agentes globales de la especulación financiera¹. Tanto es así que las empresas transnacionales ya no se limitan únicamente a producir bienes y servicios; también producen normas de tipo

¹ A este respecto, resulta muy sugerente la tesis de BIFO (2011). Según el filósofo italiano, en el capitalismo mundializado la relación entre capital y sociedad se encuentra “desterritorializada”. Así, el poder económico ya no estaría fundamentado en la propiedad de bienes físicos, sino en la captura del trabajo cognitivo socialmente creado. De ahí que, por definición, el Estado (territorialmente constituido) sea incapaz de regular el funcionamiento de un capital desterritorializado y sin fronteras. Y es que, como señala DE LUCAS (2003), la globalización del mercado no ha venido acompañada, lamentablemente, de la globalización de los derechos.

contractual (*lex mercatoria*) con vocación de sustituir a las propias reglas del Estado de Derecho².

Como consecuencia de lo anterior, han aparecido en el panorama europeo distintas fuerzas políticas de corte autoritario. Replegadas en discursos de corte nacionalista-xenófobo, y con un apoyo electoral nada desdeñable, han conseguido instrumentalizar el descontento social con la finalidad de impugnar la validez del paradigma de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por esa razón, urge la confección de una nueva teoría jurídica crítica, consciente de que, en un mundo globalizado, ya no es posible pensar en términos nacionales (BECK, 2004). Hay que avanzar en consecuencia hacia un constitucionalismo más allá del Estado, entendido como única alternativa realista en el largo plazo al proyecto nihilista del mercado y que solo entiende el lenguaje del beneficio económico (FERRAJOLI, 2018)³.

En este orden de ideas, se entiende más fácilmente el porqué de situar el análisis en la esfera europea. Más específicamente, en la relación entre la inacabada dimensión social europea y las libertades económicas fundamentales. Y ello, por dos razones que expondremos brevemente a continuación. Primero, porque no resulta deseable, ni –dicho sea de paso– factible, abordar *in extenso* un tema tan amplio como es el de la crisis del modelo constitucional en el contexto del siglo XXI⁴. Y, segundo, porque acotar el objeto de estudio al componente social en el ámbito de la UE ofrece importantes ventajas desde el punto de vista metodológico, ya que nos permite conectar tres elementos de interés, a saber: i) la primacía de las libertades económicas

² Piénsese en los arbitrajes para la resolución de controversias inversor-Estado, incorporados a los tratados comerciales de nueva generación, o los llamados mecanismos de “cooperación reguladora” para la supresión de barreras arancelarias y no arancelarias. No resulta exagerado afirmar, en ese sentido, que la mundialización del capital ha invertido la relación entre esfera pública y privada, a la que ha seguido el desmantelamiento del sistema de relaciones laborales surgido de los pactos constitucionales de posguerra. Para más información, *vid.* GUAMÁN HERNÁNDEZ y MORENO GONZÁLEZ (2018).

³ El planteamiento de Ferrajoli se inscribe en una serie de corrientes de pensamiento que podemos agrupar bajo la rúbrica (con todas las matizaciones que fueren necesarias) de “cosmopolitismo jurídico”. Así, cabe citar a Habermas (democracia postnacional), Peters (constitucionalismo global) o Kumm (constitucionalismo cosmopolita). Este grupo de autores comparte el diagnóstico de los efectos negativos de la globalización en cuanto a la reducción del poder estatal, pero defiende al mismo tiempo que el Derecho sigue siendo un instrumento adecuado para regular la realidad social y garantizar el respeto a los derechos fundamentales, esta vez a escala global. Para una introducción al “giro cosmopolita” de la legitimidad constitucional, *vid.* NÚÑEZ DONALD (2020).

⁴ Para un estudio más amplio de esta cuestión, *vid.* BALAGUER CALLEJÓN (2018, 2019).

y la protección de la competencia respecto de otros derechos fundamentales, siendo así que lo social aparecerá la mayoría de las veces como un elemento subordinado a las necesidades de la economía; ii) la ausencia de garantías como síntoma del debilitamiento de la democracia constitucional, fenómeno este significativamente intenso en el caso del Derecho social de la Unión, evidenciado en el recurso constante a instrumentos de *soft law* y extrañas técnicas normativas como el denominado Método Abierto de Coordinación (GÁRATE CASTRO, 2010); y iii) la importante relación entre protección social y construcción de un verdadero estatuto de ciudadanía, que es el objetivo político-jurídico al que se pretende contribuir en última instancia desde la reflexión aquí planteada.

2. La dialéctica entre libertades económicas y derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵

La pretendida dimensión social europea no resulta inteligible al margen del proceso de integración económica y de la centralidad del mercado interior en el conjunto del diseño institucional de la Unión. Así lo atestigua en sede de Derecho originario el art. 3 TUE, que conecta el establecimiento del mercado interior con otros objetivos, tales como la consecución de un crecimiento económico equilibrado en el marco de una “economía *social* de mercado altamente competitiva” (el subrayado es mío). Desde una lectura meramente gramatical, la literalidad del artículo⁶ es singularmente relevadora: mientras que para el mercado interior se usa un imperativo (“establecerá”), para el resto de objetivos la Unión adopta una postura promocional (“obrará en pro”). En realidad, la íntima ligazón entre desarrollo económico y política social es lo que justificará, entre otras cosas, que la mayoría de instrumentos sociales aprobados por las instituciones europeas estén orientados a servir de

⁵ A lo largo de este epígrafe, y con el fin de homogeneizar el estilo de redacción, se citan indistintamente las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (denominación que recibía el mismo órgano antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009) utilizando el acrónimo “STJUE”.

⁶ “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico” (art. 3.3 TUE, primer párrafo).

mecanismos de corrección de los “desajustes” del mercado⁷, o que el Derecho del trabajo en la UE se configure en el mejor de los casos como un complemento del Derecho de la competencia (LYON-CAEN, 1995).

Las afirmaciones anteriores están acreditadas por el examen de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante). Particularmente, aquella jurisprudencia encargada de ponderar los conflictos originados por la colisión entre libertades económicas y derechos sociales. En opinión de cierto sector doctrinal (SALAS PORRAS, 2019) la interpretación expansiva de las Directivas con contenido laboral ha conducido a una mayor protección multinivel en lo referente a los derechos sociales, a cuyo efecto suelen citarse los asuntos *Defrenne*⁸ y *Kalanke*⁹; el mencionado Tribunal acogió en ambos casos una noción ampliada de la igualdad retributiva en su correspondiente interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Igualmente, destacan los asuntos *SIMAP*¹⁰ y *Merino Gómez*¹¹, que vinieron a confirmar el efecto directo de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

No obstante, sin descartar que las Directivas anteriores –a la luz de la interpretación del TJUE– hayan servido para mejorar las condiciones laborales en determinados Estados miembros, es oportuno en este momento realizar ciertas matizaciones. Del examen minucioso de los casos comentados¹² se desprende que el objetivo perseguido no es la construcción de una tutela social en el nivel comunitario. Al contrario, se busca fijar unos mínimos de obligado cumplimiento con el propósito de suprimir los obstáculos a la libre circulación y asegurar de este modo una competencia no falseada. Así, si los

⁷ Si trazamos una genealogía del Derecho originario de la UE, podrá comprobarse que, si bien la esfera social siempre se conceptualizó como subalterna respecto de la economía, fue con la aprobación del Acta Única Europea (1986) y la inclusión formal del concepto de “mercado interior” en los Tratados cuando aquella perdió definitivamente su autonomía (GÓMEZ MUÑOZ, 2011). Nótese que el marco temporal coincide con el auge del neoliberalismo como ideología dominante, auspiciado por las presidencias de Ronald Reagan y Margaret Thatcher en Estados Unidos y Reino Unido respectivamente.

⁸ STJUE de 8 de abril de 1976, asunto *Defrenne*, C-43/75.

⁹ STJUE de 17 de octubre de 1975, asunto *Kalanke*, C-450/93.

¹⁰ STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto *SIMAP*, C-303/98.

¹¹ STJUE de 18 de marzo 2004, asunto *Merino Gómez*, C-342/01.

¹² Naturalmente, las resoluciones citadas son meramente ejemplificativas. Puede consultarse un estudio sistemático de la doctrina judicial del TJUE en lo concerniente a este asunto en GOERLICH PESET (dir.) (2011).

inicios de la Comunidad Económica Europea estuvieron caracterizados por el fenómeno del *decoupling*, es decir, por la separación entre libertades económicas (nivel comunitario) y competencias sociales (nivel estatal), en la década de los 70 se produciría el “reensamblaje” de las mismas. Desde luego, a partir de esos años se atisba una tendencia que concibe las normas sociales comunitarias (debidamente acompañadas por la acción armonizadora del TJUE) como instrumentos de desarrollo del mercado interior.

Un ejemplo evidente a tal efecto es la Directiva 76/207/CEE, ya citada. De marcado carácter anti *dumping*, su finalidad era la de evitar el traslado de empresas hacia las zonas donde la mano de obra femenina estaba peor remunerada que la masculina. Son significativas las alusiones realizadas en los considerandos al Programa de Acción Social (1974)¹³ –que incidía en la necesidad de armonizar los aspectos sociales con el fin de eliminar los obstáculos al desarrollo del mercado común– y la remisión a la base jurídica contemplada en el art. 235 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Este precepto habilitaba al Consejo para adoptar por unanimidad normas destinadas a garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (GUAMÁN HERNÁNDEZ y NOGUERA FERNÁNDEZ, 2014)¹⁴. Esta tendencia normativo-jurisprudencial consagraría a la postre una suerte de disociación entre el Derecho del mercado y el Derecho del trabajo (LYON-CAEN, 2009); o, más precisamente, una integración parcial del segundo en el primero de forma subordinada y para su desarrollo.

De cualquier modo, la línea de discusión más relevante no es la descrita en los renglones precedentes. Al fin y al cabo, se trataría de situaciones de “suma cero”, terminología propia de la teoría de juegos que se emplea para hacer referencia a las situaciones de equilibrio, esto es, de compensación entre las ganancias y pérdidas totales. Siguiendo esta idea, el desarrollo del mercado interior se llevaría a cabo “en armonía” con el reconocimiento, tutela y ampliación de ciertas prerrogativas de carácter sociolaboral, de tal manera que “nadie saldría perdiendo”. Ahora bien, lo mismo no resulta de aplicación a aquellos otros casos, más abundantes y problemáticos, en los que los

¹³ Comunicación de la Comisión Europea: “Programa de Acción Social”, COM (73) 1600 final, 24 de octubre de 1973.

¹⁴ Por añadidura, también la Directiva 93/104/CE, cuya base jurídica era el art. 118 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, previsto para la aprobación de “Directivas de mínimos” enfocadas a la mejora de la seguridad y salud en el trabajo. Su finalidad, tal y como aparece expresada en los considerandos, reside en la supresión (o al menos la reducción) de las trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculizan el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas.

derechos sociales son vistos como restricciones a las libertades económicas, difícilmente reconducibles por tanto a la lógica del mercado y la competencia¹⁵. Es en este segundo sentido en el que se ha producido la confrontación más intensa, de la cual nos ocupamos en un comentario separado a continuación.

2.1. La centralidad del mercado interior: de *Dassonville* a la trilogía *Viking*, *Laval* y *Rüffert*

Es pacífico en la historiografía jurídica que el TJUE desempeñó un rol crucial en el impulso de los objetivos contemplados en los Tratados originales¹⁶, con especial mención a la implementación y expansión del mercado común (posteriormente mercado “interior” o “único”). Su actuación resultó ser decisiva para limitar el alcance de las eventuales medidas proteccionistas que pudieran ser adoptadas por parte de los Estados miembros. La definición de las medidas de efecto equivalente como “toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptibles de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario”¹⁷ marcó un antes y un después en el decurso de la Unión; por cuanto que la construcción de una noción de restricción tan amplia, y “exportada” posteriormente al resto de libertades económicas (*v. gr.* la libre prestación de servicios), provocaría que casi cualquier reglamentación nacional pudiera ser considerada como una medida de efecto equivalente. Por eso, el Tribunal de Justicia se vio obligado a matizar su criterio en el asunto *Cassis de Dijon*¹⁸. Ahora cabía la posibilidad de “justificar” la adopción de restricciones a la libre circulación de factores productivos (mercancías, capital, trabajo y servicios) conforme a las razones imperativas de interés general contenidas en el art. 30 TCE (actual art. 36 TFUE).

¹⁵ Según ORLANDINI (2015), el TJUE ha otorgado dos funciones a los derechos sociales en la elaboración de su doctrina. Por una parte, una función positiva, consistente en interpretar si la fuente de Derecho derivado (el Reglamento o la Directiva) ha respetado el contenido de los mismos en cuanto “fundamentales” y, también, en valorar si los Estados miembros han respetado su contenido a la hora de recepcionarlos en el ordenamiento nacional. Y, por otra parte, una función negativa, que afectaría primordialmente a los Estados y que consistiría en la posible utilización de los derechos sociales como excepciones a la aplicación del Derecho de la UE.

¹⁶ A este respecto, *vid.* LÓPEZ CASTILLO (2020).

¹⁷ STJUE de 11 de julio de 1974, asunto *Dassonville*, C-8/74, apartado 5.

¹⁸ STJUE de 20 de febrero de 1979, asunto *Cassis de Dijon*, C-120/78.

Téngase presente que los derechos sociales no aparecen en el aludido precepto, por lo que el así llamado “test de proporcionalidad”¹⁹ solo podría ser superado apelando a otras razones imperativas no contempladas en los Tratados y de construcción jurisprudencial. Esta vía ha recibido el nombre de “doctrina pretoriana” y su balance en la singladura histórica del TJUE ha sido, como mínimo, “ambivalente” (BOU FRANCH, 2014). Por una parte, la construcción pretoriana de las razones imperativas de interés público, con inclusión de los derechos sociales, ha permitido cubrir el largo e histórico silencio de los Tratados constitutivos sobre este asunto, extremo pues merecedor de una valoración positiva en cuanto que incorpora la cuestión de los derechos fundamentales a la esfera comunitaria. Por otra parte, sin embargo, su desarrollo ha contribuido a aceptar la idea de que, en el orden de la Unión Europea, los derechos fundamentales están supeditados a las libertades económicas, las cuales funcionarían a modo de *functional rights* para el avance de los objetivos comerciales, económicos y monetarios instituidos en los Tratados.

Significa entonces que los derechos sociales no son autónomos, ni gozan de un estatus independiente, sino que solamente pueden servir de límite al ejercicio del poder público en la medida en que no afecten a la estructura y funciones del Derecho de la Unión. Tal es el argumento expuesto por el TJUE en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft mbH*²⁰. Sostiene el Tribunal en este caso que, si bien la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, ello no obsta para que la salvaguarda de los mismos deba “ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad” (apartado 4). Entre esos objetivos, como resulta lógico, el principal es el establecimiento y desarrollo del mercado común. De ahí que la apelación a los derechos fundamentales, tal y como están configurados en los ordenamientos constitucionales nacionales, no pueda afectar –dice el Tribunal– a la validez de un acto de la Comunidad (ahora Unión). Así, y a pesar de que las libertades económicas no pueden considerarse *stricto sensu* derechos fundamentales, lo cierto

¹⁹ Tal y como se indicó en el asunto *Gebhard* (STJUE de 30 de noviembre, C-55/94), las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados deben cumplir con cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

²⁰ STJUE de 17 de diciembre 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, C-11/70.

es que aquí actuarían como tales, con el carácter añadido de estar al servicio de los objetivos económicos fundacionales de la Unión.

Así y todo, la doctrina pretoria tuvo su reflejo normativo en el Reglamento 2697/98 del Consejo, de 7 de diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros. Por primera vez, un acto jurídico de la Unión introducía el reconocimiento de derechos fundamentales como límite a la libre circulación de factores productivos; el art. 2 expresamente recogía que la libertad de circulación referida no podría afectar “al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga”. Este precepto –popularizado como “cláusula Monti”– tuvo escaso recorrido, como se pondría de manifiesto una década después con los asuntos *Viking*²¹, *Laval*²² y *Rüffert*²³, y posteriormente *Luxemburgo*²⁴.

Así las cosas, la primacía de las libertades económicas quedaría definitivamente consagrada en el asunto *Viking*, al ampliar el Tribunal de manera considerable el ámbito subjetivo de aplicación de las susodichas libertades, hasta el punto de limitar el ejercicio del derecho fundamental de huelga. En su exposición, el TJUE admite la competencia de los Estados para la regulación de los contenidos laborales y el carácter fundamental del derecho de huelga, “parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia” (apartado 44). A pesar de ello, indica que su ejercicio puede ser sometido a “ciertas restricciones”, concretamente, si conculca las libertades económicas consagradas en los Tratados de la Unión, como de hecho ocurriría en este caso en relación al derecho de establecimiento. Es por eso que, si quiere acudirse a los derechos sociales como límites legítimos y justificables a las libertades económicas, es necesario que aquellos se apoyen en alguna de las razones imperiosas de interés general. A juicio del Tribunal, no se cumplían en este particular asunto las condiciones para ello.

El impacto en los derechos laborales de naturaleza colectiva es evidente. En el asunto *Rüffert*, el TJUE dio un paso más en esa dirección y puso en tela de juicio una norma alemana que obligaba en su pliego de cláusulas a pagar el salario mínimo establecido en el convenio colectivo que resultaba de aplicación en el lugar de la prestación de servicios. El interés del caso radica-

²¹ STJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto *Viking*, C-438/05.

²² STJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Laval*, C-341/05.

²³ STJUE de 3 de abril de 2008, asunto *Rüffert*, C-346/06.

²⁴ STJUE de 19 de junio de 2008, asunto *Luxemburgo*, C-319/06.

ba en que la empresa principal subcontrató parte de la actividad con una empresa polaca, que desplazó a sus propios trabajadores y pagó el salario que hubiera correspondido en Polonia. A fin de determinar si la resolución del contrato por incumplimiento de la normativa germana era o no contraria a las libertades de establecimiento y prestación de servicios, fue obligado el examen del art. 49 TFUE en conexión con la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. El argumento del TJUE es que no puede imponerse un convenio colectivo si este no es de aplicación general, añadiendo que tal circunstancia haría menos atractiva o interesante la prestación de servicios para empresas de otros Estados miembros. De modo que se estaría conculcando el art. 49 TFUE.

Estos casos son prueba de la primacía de la lógica económica, hasta el punto de que pueden llegar a limitarse considerablemente derechos fundamentales del máximo rango constitucional, caso del derecho de huelga o de negociación colectiva. En general, el desenfoque del Tribunal de Justicia tiene que ver con la conceptualización de los derechos sociales como meros objetivos económicos, situando en pie de igualdad la libre circulación de mercancías o prestación de servicios con la protección de derechos fundamentales. Son abundantes los pronunciamientos en esa dirección. Por ejemplo, en el asunto *Syndesmos*²⁵, el TJUE consideró contraria a la libre circulación de servicios una disposición estatal de la normativa laboral griega que imponía el vínculo laboral a determinados guías turísticos. El Estado griego esgrimió como justificación la necesidad de mantener la paz social en un sector económico tan importante para el país. Pese a todo, el Tribunal contestó que la medida, aun no siendo discriminatoria, era susceptible de obstaculizar la libre prestación de servicios, porque privaba a los guías extranjeros de la posibilidad de ejercer la profesión por cuenta propia. Así, y en contra de la opinión del Abogado General, el Tribunal manifestó que las consecuencias negativas del conflicto debían ser consideradas “un objetivo de naturaleza económica que no puede constituir una razón de interés general que justifique una restricción de una libertad fundamental garantizada por el Tratado”²⁶ (apartado 23).

²⁵ STJUE de 5 de junio de 1997, asunto *Syndesmos*, C-398/95.

²⁶ Recuérdese que esta doctrina no se acota a la normativa laboral, sino que se extiende del mismo modo a la legislación en materia de Seguridad Social. Suelen citarse sobre este particular los asuntos *Decker* (STJUE de 28 de abril de 1998, C-120/95) y *Kboll* (STJUE de 28 de abril de 1999, C-158/96), litigios ambos en los que el TJUE entendió que la normativa luxemburguesa

En definitiva, la sujeción de las normas sociales al control de proporcionalidad, en los estrechos márgenes planteados por el TJUE, ha provocado que el principio de atribución de competencias quede diluido, permitiendo la extensión de la acción de la Unión Europea hacia esferas ajenas a sus competencias, si son afectadas cuestiones concernientes al mercado interior (GOERLICH PESET, 2011)²⁷. Por añadidura, la inserción estructural de las libertades económicas en el Derecho primario de la Unión ha fortalecido la relación asimétrica de estas respecto de los derechos sociales. Para que estos últimos surtan efectos en cuanto límites a la acción legislativa en materia de mercado interior se exige, pues, una fundamentación especialmente reforzada, la cual no viene automáticamente otorgada – y esto es importante subrayarlo – por el carácter fundamental de esos derechos sociales (cualquiera que sea el nivel de protección, nacional o europeo). Como se observará en el apartado siguiente, ni la redefinición de los objetivos de la Unión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ni el valor normativo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) han supuesto un cambio significativo en este sentido.

2.2. La pretendida eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado Lisboa

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009 incorpora una serie de novedades en lo que concierne a la línea argumentativa mantenida hasta el momento. La inclusión de la CDFUE en el Derecho primario –con “el mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6.1 TUE)– exige examinar si el estatus de los derechos sociales y, en consecuencia, su potencial límite para el desarrollo de las libertades económicas, ha variado en algún punto la doc-

constituía un obstáculo injustificado a la libre circulación de mercancías (en el primer caso) y a la libre prestación de servicios (en el segundo caso), más exactamente, por supeditar el reembolso de los gastos médicos efectuados fuera del territorio nacional al requisito de que el tratamiento o la obtención de los productos médicos estuviera debidamente autorizado por el organismo de la Seguridad Social competente. El Tribunal es rotundo al argumentar que el gasto sanitario, el mantenimiento de un servicio médico equilibrado o la protección de la salud son “objetivos económicos”; no invocables, por tanto, como razones imperativas de interés general.

²⁷ Es importante matizar este punto. No se está argumentando aquí a favor de reducir la competencia social a los estrechos márgenes de la acción estatal. Más bien, se está criticando que, a la vista de la distribución competencial realizada por los Tratados y los objetivos de la Unión, se erosione la tutela social por la expansión incuestionada de las libertades económicas y el Derecho de la competencia.

trina del TJUE. Otro aspecto a tener en cuenta es la elevación a rango de derecho fundamental de la libertad de empresa (art. 16 CDFUE), que complica el ejercicio de ponderación de los intereses en juego, como se constatará en algunas de las sentencias analizadas.

En términos generales, se aprecia una línea de continuidad en los pronunciamientos del Tribunal, que siguen siendo encuadrables en algunas de las dos funciones esenciales (primaria o secundaria) ya caracterizadas *supra*. Cierta sector doctrinal entiende que, a raíz de los asuntos *Egenberger*²⁸, *Bauer-Broßonn*²⁹ y *Max-Planck*³⁰, se produce un “giro jurisprudencial” del TJUE respecto de su doctrina anterior³¹, debido a la posibilidad de invocar directamente la Carta³². Más concretamente, los derechos sociales allí recogidos, que actuarían como límites a otros derechos fundamentales y las libertades económicas contempladas en el TFUE.

El caso es que, si nos ceñimos al asunto *Bauer-Broßonn* (solamente a efectos de no extender el comentario), el TJUE aprecia la contradicción de la Directiva 33/88/CE con aquellas normativas o prácticas nacionales en las que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas se extingue sin dar derecho a una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas, para los casos en que la relación laboral llega a su fin por el fallecimiento del trabajador. El argumento principal es que el derecho a vacaciones anuales retribuidas constituye un principio³³ del Derecho social de la Unión, aludiendo al

²⁸ STJUE de 17 de abril de 2018, asunto *Egenberger*, C-414/16

²⁹ STJUE de 6 de noviembre de 2018, asunto *Bauer-Broßonn*, C-569/16 y C-570/16.

³⁰ STJUE de 6 de noviembre de 2018, asunto *Max-Planck*, C-684/16.

³¹ Nos referimos, entre otras, a la STJUE de 15 de enero, asunto *Association de médiation sociale*, C-176/12, donde el Tribunal sostuvo que el art. 27 de la Carta, relativo al derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa, no era “suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal” (apartado 49).

³² Para un análisis sobre el impacto del Tratado de Lisboa en la tutela multinivel de los derechos fundamentales, *vid.* TORRES PÉREZ (2010).

³³ La diferencia establecida en la Carta entre “principios” (normas de principios) y “derechos” (normas de derechos subjetivos) es altamente problemática, ya que parece ir encaminada a mantener las diferencias entre derechos de libertad y derechos sociales. De ser cierta esta idea, solamente a los primeros les corresponderían las garantías fuertes, quedando los segundos insertos en una situación estructural de debilidad. Una lectura sistemática de la Carta, con base en la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales, debería desechar esta posibilidad. No obstante, este trabajo trata precisamente de demostrar que existe una jerarquización de las libertades económicas fundamentales respecto de los derechos sociales. Para un análisis exhaustivo de la diferencia entre “principios” y “derechos”, *vid.* MONEREO PÉREZ (2012, 1364 y ss.).

art. 31.2 de la Carta. Es así que, en el decir del Tribunal, el citado derecho no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, las cuales únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho. De ahí, el mencionado precepto sería suficiente por sí solo para conferir a los trabajadores un derecho alegable como tal en el contexto de un litigio contra su empleador, relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta. Sin embargo, como dice el profesor VALDÉS DAL-RE (2019), un examen detenido de estas sentencias demuestra que sigue intacta la doctrina tradicional del TJUE en virtud de la cual los derechos fundamentales requieren, para su invocación, de una regulación específica por el Derecho de la Unión. Tan solo quedaría matizada para aquellos casos en que están en juego derechos fundamentales desarrollados por normas europeas de Derecho secundario³⁴, invocados – y esto es relevante – en litigios entre particulares. En estos últimos supuestos los derechos de la Carta serían en sí mismos suficientes para ser alegados en el caso concreto.

En todo caso, la valoración final que decida darse a las posibilidades abiertas por los asuntos *Egenberger*, *Bauer-Broßonn* o *Max-Planck* afecta muy escasamente al grueso de la argumentación hilvanada a lo largo de este trabajo. Como ya se indicó, el apartado fundamental en el que cristaliza y, por ende, resulta visible el conflicto entre libertades económicas y derechos sociales es el referente a la función secundaria de los derechos sociales en la doctrina del TJUE. Aun cuando son muchos los pronunciamientos susceptibles de ser estudiados en ese sentido, por razones de economía en la redacción nos limitaremos a comentar dos casos suficientemente representativos al efecto. Por una parte, destaca el asunto *Empresas Portuarias*³⁵; la Comisión interpuso en este caso un recurso por incumplimiento (art. 258 TFUE) al entender que la normativa española sobre empresas portuarias contrariaba la libertad de establecimiento del art. 49 TFUE. En concreto, porque obligaba (tanto a las empresas estibadoras españolas como no nacionales) a participar en una Sociedad Anónima de Gestores de Trabajadores Portuarios (SA-

³⁴ Es más, la interpretación del profesor VALDÉS DAL-RE es la única coherente con el art. 52.5 de la Carta. Si categorizamos el derecho a las vacaciones como “principio general del Derecho social de la Unión”, tal y como se desprende de la literalidad de la sentencia, entonces la alegación de dichos principios solo puede hacerse a efectos de interpretación y control de los actos legislativos/ejecutivos de la Unión, o de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (función primaria).

³⁵ STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto *Empresas Portuarias*, C-576/13.

GEP), viéndose en la obligación de contratar a un número mínimo de trabajadores cuyas condiciones laborales ya estaban predeterminadas. En su defensa, el Estado español hizo dos alegaciones para justificar la restricción a la libertad de establecimiento. Primero, que el servicio portuario de manipulación de mercancías constituía un servicio de interés general sujeto a obligaciones de servicio público; y, segundo, que la restricción resultaba necesaria para garantizar la protección de los trabajadores, siendo una razón imperiosa de interés general. El Tribunal, aun aceptando como legítimo el objetivo, entendió que la restricción era desproporcionada y afectaba a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios protegidas por los Tratados. Y ello, debe decirse, con independencia de que las restricciones fuesen indistintamente aplicables a empresas nacionales y no nacionales.

El dato más significativo de la sentencia anterior, como acertadamente señala REY GUANTER (2019), es que el TJUE no fundamenta su decisión en la Directiva 2006/123/CE, de Servicios, que excluye expresamente los servicios portuarios del ámbito de aplicación del derecho de establecimiento. En su lugar, el Tribunal acude directamente al art. 49 del TFUE, reforzando así la jerarquización de las libertades económicas, cuya defensa solo exige la referencia a los Tratados. Asimismo, destaca la ausencia de referencias a la Carta, en cuyo articulado podrían haberse encontrado derechos fundamentales limitados por esta decisión, lo que hubiese obligado a perfilar más detalladamente la ponderación.

En esta dirección, el fallo del asunto *Iraklis*³⁶ supone un paso más. En aquella ocasión el marco jurídico a discutir incluía la Directiva 98/56/CE, relativa a los despidos colectivos, así como el art. 49 TFUE –libertad de establecimiento– en conexión con el art. 16 CDFUE –libertad de empresa–. El *quid* del asunto consistía en determinar si la autorización administrativa previa al despido colectivo era compatible con la libertad de establecimiento entendida como libertad de empresa. En principio, argumenta el Tribunal que el hecho de que un Estado miembro establezca en su legislación nacional la obligación de notificar, previamente a su ejecución, los despidos colectivos, con posibilidad de ser prohibidos en determinadas circunstancias por motivos relacionados con la protección de los trabajadores y del empleo, no puede considerarse contrario a la libertad de establecimiento garantizada por el art. 49 TFUE, ni al contenido esencial de la libertad de empresa reconocida en el art. 16 de la Carta. Ahora bien, esta regla general es matizada en el análisis concreto de los criterios recogidos en la normativa nacional griega.

³⁶ STJUE de 21 de diciembre de 2019, asunto *AGENT Iraklis*- C-201/15.

En relación al primero de ellos, a saber, la prohibición de realizar despidos colectivos con el fin de evitar los daños a un sector económico concreto y, por ende, a la economía del país, entiende el Tribunal que se trata de un objetivo de naturaleza económica que, como tal, no puede constituir una razón de interés general que justifique la restricción de una libertad fundamental garantizada por los Tratados. En cambio, por lo que respecta a los otros dos criterios de apreciación a los que alude la normativa controvertida en el litigio – la “situación de la empresa” y las “condiciones del mercado de trabajo” –, entiende el Tribunal que sí podrían vincularse a los objetivos legítimos de interés general que son la protección de los trabajadores y del empleo. A pesar de ello, añade a renglón seguido que tales criterios están formulados de manera muy general e imprecisa. Es por eso que el Tribunal termina dictaminando que la normativa griega controvertida, efectivamente, conculca la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) en conexión con la libertad de empresa (art. 16 de la Carta).

Sea como fuere, la principal novedad que aporta el caso comentado es la conexión explícita que establece el TJUE entre libertad de empresa y libertad de establecimiento, siendo así que esta última se entiende como expresión de la primera, por lo que, de limitarse “desproporcionadamente” esta, aquella también quedará naturalmente afectada (REY GUANTER, 2019). Por tanto, no solo no se supera la doctrina pretoriana, sino que, además, el estatuto de derecho fundamental de la libertad de empresa acaba actuando como refuerzo de las libertades económicas fundamentales.

Por todo lo dicho, parece que la importante posición jurídica de la Carta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, elevada al máximo nivel jerárquico-normativo como parte integrante de los Textos fundacionales, no ha traído consigo cambios sustanciales, a tenor del estatuto asimétrico de los derechos fundamentales (en detrimento de los sociales) que se ha plasmado formalmente en ella y la continuidad de la doctrina del TJUE. Pareciere también como si el redactor de la CDFUE hubiera estado más preocupado por el juego de la distribución de competencias entre la UE³⁷ y los Estados miembros que por el despliegue de efectos prácticos de los niveles de protección presentes en la propia Carta (JIMENA QUESADA, 2014).

Aun así, el aspecto más crítico es la “Constitución débil” que ofrece el

³⁷ Es de hacer notar, en tal sentido, la previsión contenida en el art. 51.2 de la Carta: “La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

sistema de los Tratados de la UE, no en el sentido de carente de valor normativo, sino en el sentido de que consagra en muchos aspectos un grado de vinculación débil respecto del legislador comunitario. La formulación –en no pocas ocasiones– de los derechos sociales como principios se hace acompañar con la previsión genérica de posibles limitaciones discrecionales y del reenvío de sus modalidades de ejercicio al Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. Recuértese que la función de los derechos fundamentales en el marco del constitucionalismo moderno se despliega en un doble sentido de límite de la actuación de los poderes públicos y habilitación para la articulación de las debidas garantías. Pues bien, esta segunda dimensión está ausente en el caso de la Carta, elemento particularmente relevante si nos referimos a los derechos sociales, porque para que estos puedan entenderse tutelados no basta con que sean reconocidos y declarados, sino que necesitan ser garantizados de un modo específico y apropiado. En efecto, la protección de los derechos sociales exige técnicas específicas de organización jurídica, porque operativamente los derechos de contenido socioeconómico no se organizan por sí mismos, estableciendo límites a la acción de los poderes públicos (MONEREO PÉREZ, 2012). Al no haber habilitación competencial, la dimensión social nace coja, por no ser útiles las garantías negativas de los derechos de libertad.

En definitiva, puede concluirse que la centralidad del mercado –como objetivo y parámetro de la construcción europea– y de las libertades económicas en sus conflictos con otros derechos no se han visto alteradas ni por la inclusión del valor normativo de la Carta ni por la redefinición de los objetivos de Lisboa (MERCADO PACHECO, 2012).

3. Puntos críticos en la construcción de la dimensión social europea: la ausencia de una verdadera política social

Los déficits cuasi estructurales que hemos comentado a propósito de la doctrina del TJUE, y la asimétrica relación entre libertades económicas y derechos sociales plasmada en los Tratados (en particular la Carta), no son los únicos puntos críticos en la construcción de una dimensión social europea autónoma y con capacidad de proyectar una verdadera ciudadanía. Al respecto, es necesario traer a colación que uno de los principales obstáculos, más allá de la colisión entre derechos sociales y libertades económicas, es la ausencia de una verdadera y genuina política social en el seno de la Unión, asimilada en el mejor de los casos a un programa de

promoción del empleo y de la movilidad laboral con apoyo del Fondo Social Europeo³⁸.

Por otra parte, aparece como necesaria una reelaboración de las bases jurídicas para el ejercicio de las competencias sociales (arts. 151-161 TFUE). Como se demostrará en las páginas siguientes, estas han demostrado ser de todo punto insuficientes para la consecución de los objetivos – también sociales, dicho sea de paso – de la Unión (art. 3.3 TUE). Sin ir más lejos, el art. 151 TFUE constituye una evidente plasmación jurídica de los postulados económicos neoliberales referentes a la bondad armonizadora del mercado común. Así, se afirma que es necesario “mantener la competitividad de la economía de la Unión” y que la evolución “resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.

Por lo tanto, y ateniéndonos al art. 153.2 TFUE, se instituyen dos vías para el desarrollo de la legislación social. De un lado, la cooperación entre Estados miembros; del otro, disposiciones mínimas en forma de Directivas que, como ya argumentamos en su momento, están pensadas para proteger la competencia³⁹. En última instancia, esta arquitectura jurídica ha favorecido

³⁸ Desde la creación de la Comunidad Económica Europea en el año 1957, el Fondo Social Europeo ha apoyado el reconocimiento de las cualificaciones de los empleados con el fin de fomentar la movilidad dentro de Europa, siendo el único de los llamados “fondos estructurales” de la Unión Europea destinado a fortalecer la cohesión económica y social de las distintas regiones del territorio comunitario (LÓPEZ VISO, 2005). En la actualidad es un complemento de las Estrategias de Empleo, en consonancia con los postulados neoliberales que creen en la bondad del mercado y focalizan los esfuerzos en la “empleabilidad” como eje de la política social. Es de hacer notar que el Fondo Social Europeo es el único instrumento social contemplado en los Tratados (arts. 162-164 TFUE).

³⁹ El art. 153.2 b) *in fine* señala literalmente que “tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”. Constatéase que la armonización se ha producido fundamentalmente en materia de igualdad retributiva, ordenación del tiempo de trabajo, y tutela de la seguridad y salud en el trabajo, ámbitos todos ellos conectados con el correcto funcionamiento del mercado interior y la garantía de una competencia no falseada. Adicionalmente, y con el fin de no obstaculizar el ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores, la Unión ha instituido un sistema de coordinación en materia de Seguridad Social (Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social). Con ello, se quiere evitar que la libre movilidad afecte al disfrute de las prestaciones sociales. En ese sentido deben interpretarse los principios europeos de coordinación de la Seguridad Social (no discriminación, totalización de períodos, exportabilidad de prestaciones, etc.).

en los últimos años la proliferación de herramientas e instrumentos jurídicos de Derecho indicativo, relegando los derechos sociales a un segundo plano en cuanto a las garantías se refiere. Es expresivo con este fin la inclusión en el Derecho primario del llamado Método Abierto de Coordinación también para la materia social (art. 5.3 TFUE), otra fórmula que, además de ineficaz, supone una distorsión de la política social al quedar la misma insertada en el sistema de gobernanza económica del Semestre Europeo (GROHS, 2019).

En cualquiera caso, si queremos caminar hacia una verdadera ciudadanía, es imperativo superar la equivalencia entre política social y política de empleo. No es infrecuente observar esta asociación en las propuestas normativas y los documentos de trabajo de la Comisión durante las últimas dos décadas. Ante todo, como consecuencia de los procesos nacidos de la quinta ampliación de la UE en 1995 y las reformas llevadas a cabo en la distribución competencial, a cuyo tenor se sucedieron una serie de reuniones que desembocarían finalmente en la cumbre de Lisboa en el año 2000. En ella, la Unión Europea se marcó el objetivo de “modernizar el modelo social europeo” en un contexto político en el que los Estados se mostraban reticentes a ceder soberanía⁴⁰. La idea neurálgica hacia la que apunta la Unión en este momento es la mejora de la competitividad económica y, con ello, la elevación de la calidad del empleo. Es en ese contexto en el que nace el Método Abierto de Coordinación, como una fórmula intergubernamental de Derecho indicativo, de manera tal que la política social quedaría acompasada a la política de empleo. Esta línea político-legislativa fue definitivamente confirmada con la revisión intermedia de la Estrategia de empleo de Lisboa en 2005.

El caso es que un estudio de los programas desarrollados a partir de entonces evidencia que el eje central de la política social lo ocupará el concepto de “empleabilidad”: la Agenda Social (2006-2010), el Programa Progreso (2007-2013) o el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (2014-2020) son ejemplos de que la dimensión social no funciona como un área autónoma con su propia dinámica, sino como un conjunto de iniciativas y medidas destinadas a remediar los desajustes que genera la economía (SALAS PORRAS, 2019)⁴¹. En este momento son abundantes las comunicaciones y los

⁴⁰ Como sugiere GROHS (2019), las políticas sociales de carácter redistributivo se vieron obstaculizadas por los Estados miembros bajo el argumento de que los sistemas de protección eran sustancialmente diferentes. A decir verdad, tal decisión fue consecuencia de la posición de fuerza de los países con sistemas del bienestar más avanzados (fundamentalmente del norte de Europa) y su escaso interés en “mutualizar” los riesgos sociales.

⁴¹ La conexión entre política social y empleo en el plano teórico ha encontrado reflejo en algunos pronunciamientos del TJUE anteriores al *Brexit* con efectos potencialmente devasta-

documentos de la Comisión Europea que enfatizan la importancia de la competitividad para la mejora de la productividad⁴²; aparece en la terminología técnica la expresión “política de competencia proactiva” para designar el conjunto de medidas destinadas a la mejora del marco regulador de la competencia y el impulso de la actividad económica. En pocas palabras, y según estos planteamientos, la actuación de los poderes públicos europeos debería encaminarse a la supresión de las barreras de entrada y los obstáculos que más restringen la competencia efectiva en el mercado interior y que ponen en peligro la competitividad de las empresas europeas en el mundo.

Sin embargo, el fracaso de estas políticas ha sido rotundo si arrojamamos una mirada retrospectiva, sobre todo, evaluando la eficacia y alcance de las medidas de austeridad impuestas por los “halcones” a los países del sur durante la última década. Piénsese que los objetivos aprobados en el marco de la Estrategia Europa 2020⁴³ aspiraban a una tasa de empleo del 75 % de la población de entre 20 y 64 años para 2020, así como una reducción del riesgo de pobreza en 20 millones de personas. Los datos del informe sobre cohesión económica, social y territorial del año 2017⁴⁴ echaron por tierra estas

dores. En especial, la doctrina sentada en los asuntos *Brey* (STJUE 19 de diciembre de 2013, C-140/12), *Alimanovic* (STJUE 15 de septiembre de 2015, C-67/14) o *García-Nieto* (STJUE de 25 de febrero de 2016, C-299/14) supone un ataque a la línea de flotación de la ciudadanía europea, al entender como válido el establecimiento de requisitos de residencia para el acceso a determinadas prestaciones sociales (“prestaciones especiales en metálico no contributivas”). En la práctica, supone un vaciamiento del contenido de la Directiva 2004/38/CE sobre desplazamiento, así como del art. 45 CDFUE, puesto que el contenido esencial de la libertad de circulación y residencia consiste, precisamente, en la expectativa de no ser tratado de forma distinta a los nacionales. Con todo, si en los casos arriba citados estamos en sede de prestaciones de “asistencia social”, en el asunto *Comisión Europea contra Reino Unido* (STJUE 14 de junio de 2016, C-308/16) el Tribunal da un paso más y limita al requisito de “residencia efectiva” el derecho a prestaciones familiares, que (en rigor) son prestaciones de Seguridad Social. Se consagra así el retroceso respecto de los logros alcanzados con el sistema de coordinación a partir de 2004 y refuerza la idea según la cual “el derecho social hay que ganárselo”, primando con ello el vínculo económico por encima del social. Revertir esta lógica es condición necesaria para el desarrollo de una verdadera ciudadanía europea. Para más información, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ (2017).

⁴² Comunicación de la Comisión: “Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva”, COM (2004) 293 final, 20 de abril de 2004.

⁴³ Comunicación de la Comisión: “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado”, COM (2010) 2020 final, 3 de marzo de 2010.

⁴⁴ Comunicación de la Comisión Europea: “Mi región, mi Europa, nuestro futuro. Séptimo informe sobre la cohesión económica, social y territorial”, COM (2017) 583 final, septiembre de 2017.

expectativas. Y es que, si bien la tasa de desempleo en toda la UE cayó desde un máximo del 10,9% en 2013 al 8,6% en 2016 y al 7,7% en 2017, todavía continuaría por encima del 7% de 2008. En el caso de países como España o Grecia, todavía para el año 2019 la tasa de desempleo sería superior al 15%; la diferencia en las tasas de desempleo entre países siguió aumentando desde el inicio de la crisis en 2008 hasta al menos 2016.

Una parte importante del fracaso de las políticas de lucha contra la pobreza en la UE es consecuencia de la confianza excesiva en el crecimiento económico y la creación de empleo como mecanismos para disminuir el número de personas pobres. No debe olvidarse que el trabajo no constituye hoy día un seguro contra la pobreza debido a su precarización, como lo demuestra el hecho de que más de una décima parte de los trabajadores europeos sean pobres en el momento actual (ESTÉVEZ ARAÚJO, 2019)⁴⁵. En este contexto amplio, las recientes llamadas de la Comisión a reflexionar sobre el futuro de la dimensión social europea⁴⁶ no parecen surtir efecto, más allá de constatar los actuales límites y carencias del modelo actual. En tal sentido, se observa una voluntad política impotente e incapaz de transformar el deseo en norma; como evidencia la aprobación por parte del Parlamento Europeo del Pilar Europeo de los Derechos Sociales⁴⁷, la enésima fórmula de *soft law* sin fuerza para canalizar satisfactoriamente las demandas ciudadanas de mejora de los derechos sociales. Así, el peligro de una ciudadanía europea desposeída de verdaderos derechos se muestra como una realidad más que plausible, máxime ante la incapacidad de los Estados y la Unión de abordar una reforma del diseño institucional de la Unión y superar el paradigma economicista.

⁴⁵ La ausencia de políticas pasivas en la UE se inscribe en lo que algunos autores (MONE-REO PÉREZ, 2017) califican de transformación del *welfare state* al *workfare state*, es decir, de las prestaciones sociales en recompensas, desatendiendo así su condición de derechos. Pero es que ni siquiera el trabajo asegura hoy el acceso a los medios necesarios para la subsistencia. Por tanto, junto a la degradación del Estado social en Estado del trabajo, habría que añadir el adjetivo “precarizado”, con la finalidad de caracterizar más precisamente el estado de la cuestión.

⁴⁶ Comunicación de la Comisión: “Documento de reflexión sobre la dimensión social europea”, COM (2017) 206 final, 26 de abril de 2017.

⁴⁷ Resolución del Parlamento, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales [2016/2095(INI)].

4. Conclusiones

A partir del análisis desplegado a lo largo de estas páginas, podemos avanzar tres conclusiones generales. En primer lugar, debe recuperarse el presupuesto teórico de partida: el Estado es incapaz de hacer frente a los desafíos derivados de la crisis del modelo constitucional en un siglo XXI globalizado. Particularmente, en lo que refiere a la tutela y garantía de los derechos sociales; es necesario, por ello, avanzar en la construcción de la dimensión social europea. Esta debe superar el centro de gravitación del trabajo y desplazarse hacia contornos más propios de la ciudadanía. Hablar de ciudadanía sin derechos sociales, además de ser un oxímoron, supone un retroceso en el espíritu europeo de solidaridad sobre el que se asienta el que posiblemente sea el proyecto de integración política más avanzado del mundo.

En segundo lugar, aterrizando en aspectos más concretos, se ha podido constatar cómo la doctrina del TJUE sigue otorgando primacía a las libertades económicas respecto de los derechos sociales. Ni la inclusión del valor normativo de la Carta, ni la redefinición de los objetivos de los Tratados en las últimas décadas, han sido suficientes para modificar esta visión excesivamente volcada en la defensa del mercado interior y la competencia. El cúmulo de sentencias comentadas, salvo excepciones incardinadas en eso que categorizamos como “función primaria”, siguen instaladas en la lógica pretoriana que exige justificar las así llamadas restricciones a la libre circulación. La consecuencia más evidente de esta forma de proceder es la reducción de los derechos sociales a objetivos económicos, más o menos loables, pero insuficientes por sí solos para levantar una barrera al poder económico. Un examen pormenorizado de algunas de las sentencias más recientes ha puesto de manifiesto cómo, además, el reconocimiento de la libertad de empresa en la Carta ha complicado el ejercicio de ponderación, al reforzar la ya de por sí potente libertad de establecimiento del art. 49 TFUE. En tal sentido, la falta de habilitación competencial, la configuración en no pocas ocasiones de los derechos sociales como principios, el reenvío de sus modalidades de ejercicio al Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales, en definitiva, la “Constitución débil” de los derechos sociales, ha restado potencial a estos para entronizarse como tales en el seno de la Unión. A fin de cuentas, el parámetro último sigue siendo el mercado interior.

En tercer y último lugar, se ha reflexionado acerca de las carencias en el diseño de la política social en la Unión. Al respecto, se ha incidido en la problemática configuración de las bases jurídicas para el desarrollo de la legislación social, bien porque remite a la insuficiente cooperación entre los Esta-

dos, bien porque se preocupa casi exclusivamente por potenciar la armonización en aquellos sectores con implicaciones en la competencia. Asimismo, se ha criticado el enfoque de equivalencia entre política social y política de empleo. El excesivo énfasis en reducir la tutela social a la empleabilidad, desglosado en multitud de normas, programas y medidas, demuestra una considerable miopía conceptual y refuerza el imaginario neoliberal de que las prestaciones sociales “deben ganarse”. La lógica que reduce el Estado social a una suerte de *workfare state* no solo impugna la validez del modelo constitucional, sino que sirve de caldo de cultivo para proyectos políticos nihilistas e imprime una fuerte desaceleración a los procesos de emancipación social y política. Ni la “libre” competencia puede por sí sola asegurar un mejor porvenir en la Unión, ni el trabajo constituye *per se* una garantía de dignidad. El avance de la ciudadanía, pues, exige un estándar más elevado, y obliga a dirigir la mirada hacia la cuestión social. Ese es el reto.

Referencias bibliográficas

- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (2017). Libre circulación, derecho de residencia y acceso a prestaciones sociales de seguridad social, en Gorelli Hernández, J. (coord.) *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 219-232.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. *Revista de derecho constitucional europeo*, 30. Recuperado de: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2019). La subsidiariedad en la Unión Europea. *Revista de derecho constitucional europeo*, 31. Recuperado de: https://www.ugr.es/~redce/REDCE31/articulos/04_FBALAGUER.htm#palabras
- BECK, U. (2004). *Poder y contrapoder en la era global*. Paidós, Barcelona.
- BERARDI, F. (“Bifo”) (2011). *La sublevación*. Surplus Ediciones, México.
- BOU FRANCH, V. (2014). La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 24, 15-50.
- DE LUCAS, J. (2003). *Globalización e identidad*. Icaria, Barcelona.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, J.A. (2019). Pobreza y empleo en la Estrategia Europa 2020. *Oxímora. Revista Internacional de Ética y Política*, 14, 1-9.

- FERRAJOLI, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta, Barcelona.
- FERRAJOLI, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Trotta, Barcelona.
- GÁRATE CASTRO, J. (2010). *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- GOERLICH PESET, J.M. (dir.) (2011). *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*. Consejo Económico y Social, Madrid.
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (2011). El marco institucional y normativo del modelo social europeo, en Navarro Nieto, F.; Rodríguez-Piñero Royo, M.; Gómez Muñoz, J.M. (Coord.). *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid.
- GROHS, S. (2019). New perspectives for a Social Europe: The “Social Pillar” and the European Semester as triggers for a new paradigm of social rights? *Revista Catalana de Dret Públic*, 59, 21-35.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.; NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2014). *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Bomarzo, Albacete.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.; MORENO GONZÁLEZ, G. (2018). *Empresas trasnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*. Bomarzo, Albacete.
- JIMENA QUESADA, L. (2014). La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 50, 173-197.
- LÓPEZ CASTILLO, A. (2020). El proceso de integración. De las Comunidades a la Unión Europea, en López Castillo, A. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea Volumen I. Instituciones de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 28-111.
- LÓPEZ VISO, M. (2005). Una perspectiva social del Tratado que establece una Constitución para Europa: el Fondo Social Europeo. *Revista de Estudios Políticos*, 130, 225-227.
- LYON-CAEN, G. (1995). *Le droit du travail, une technique reversible*. Dalloz, París.
- LYON-CAEN, G. (2009). “Derecho comunitario de mercado versus Europa social”. *Relaciones Laborales*, 2, 1243-1251.
- MERCADO PACHECO, P. (2012). Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 341-372
- MONEREO PÉREZ, J.L. (2012). Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios, en Monereo Atienza, C.; Monereo Pérez, J.L. (2012). *La Europa de*

los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comares, Granada, 1341-1396.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2017) *La metamorfosis del Derecho del Trabajo.* Bomarzo, Albacete.

NÚÑEZ DONALD, C. (2020). Constitucionalismo cosmopolita. *Eumonía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 214-238.

ORLANDINI, G. (2015). Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho Social*, 69, 57-78.

REY GUANTER, S. (2019). La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales, en Casas Baamonde, M.E.; Gil Alburquerque, R. *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia.* Francis Lefebvre. Madrid, 583-604.

SALAS PORRAS, M. (2019). *Las libertades de circulación y establecimiento de trabajadores. Aportaciones para el avance de la dimensión social europea desde el enfoque transnacional.* Aranzadi, Navarra.

TORRES PÉREZ, A. (2010). La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. ¿Incrementa la Carta los poderes de la UE para la regulación de los derechos fundamentales? En AAVV, *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas.* Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 277-307.

VALDÉS DAL-RE, F. (2019). Constitucionalismo laboral europeo, en Casas Baamonde, M.E.; Gil Alburquerque, R. *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia.* Francis Lefebvre, Madrid, 21-52.

LA EXCEPTIO COMO ARCHÉ DEL DERECHO Y LA CIUDADANÍA INMUNITARIA*

DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Derecho inmunitario. – 2.1. Exceptio como arché del derecho. – 2.2. Derecho inmunitario. – 3. Ciudadanía inmunitaria. – 3.1. Persona y propiedad. – 3.2. La vida en búsqueda de refugio. – 3.3. Biologización del derecho. – 4. Conclusión

1. Introducción

Nuestro punto de partida es una suerte de *Weltanschauung* del derecho. ¿Qué significa este en la modernidad occidental? Por adelantar la respuesta: la *exceptio* es el *arché* del derecho, en un doble sentido, tanto como origen como orden. La *exceptio* como estructura fundante del orden jurídico-político occidental cuyo principio es la división (AGAMBEN, 2000, p. 50). La cesura es el elemento principal que separa la vida política cualificada de la mera vida, el orden jurídico concreto del espacio político anómico, entre una vida determinada por una identidad política y una vida fuera de la determinación. La máquina ontológico-biopolítica de occidente se funda sobre la división y la escisión de la vida (AGAMBEN, 2018c, p. 1208). Por eso la pareja fundamental de la política occidental no es amigo-enemigo, sino nuda vida (*zoè*)-existencia política (*bíos*), exclusión-inclusión (AGAMBEN, 2018a, p. 22). La estructura de la excepción es la estructura del *arché* de la vida occidental. La excepción es la forma originaria del derecho (AGAMBEN, 2018a, p. 38).

Para desarrollar esta tesis, cinco son los autores de los que nos servimos: Walter Benjamin, Carl Schmitt, Giorgio Agamben, Michel Foucault, Roberto Esposito y Judith Butler. En cierta medida, suponen el *conocimiento jurídico situado*, por utilizar una expresión de la epistemología feminista de Donna Haraway. En las siguientes páginas situaremos la relación entre excepción, derecho, violencia, inmunización y vida para plantear lo que se podría llamar una *ciudadanía inmunitaria*.

* El artículo ha sido redactado durante una estancia de investigación en la Università degli Studi di Salerno bajo la supervisión del prof. Antonio Tucci y financiado por una ayuda de movilidad del programa José Castillejo (CAS19/00382).

2. Derecho inmunitario

2.1. Exceptio como arché del derecho

Lo que aprendemos de Benjamin, en *Zur Kritik der Gewalt*, es la advertencia inicial que deviene tesis: *gewalt* en alemán significa tanto poder legítimo y establecido como violencia (BENJAMIN, 2007, p. 183). La pregunta, con Derrida, se nos muestra: “¿cómo distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia pretendidamente originaria que debió instaurar esta autoridad y que no pudo haber sido autorizada por una legitimidad anterior, si bien dicha violencia no es en ese momento inicial, ni legal ni ilegal o, como otros se apresurarían a decir, ni justa ni injusta?” (DERRIDA, 2008, pp. 17-18).

El método que plantea Benjamin es analizar la violencia en su relación con el derecho y con la justicia. Para ello recurre a la distinción kantiana entre medios y fines. Tanto el derecho natural como el derecho positivo (las dos grandes corrientes del pensamiento jurídico occidental) utilizan el mismo camino para la relación entre justicia, derecho y *gewalt*. Se trata de la dialéctica medios-fines. La concepción iusnaturalista justifica medios violentos para fines justos. De esta forma, el derecho no conoce la justicia, sino la justificación de los medios (que pueden ser o no violentos): un fin justo justifica los medios y su violencia. Del mismo modo ocurre con el positivismo jurídico. Si aparentemente pareciera una corriente diametralmente opuesta al iusnaturalismo, ambas mantienen un dogma fundamental: “pueden alcanzarse fines justos mediante medios legítimos, y unos medios legítimos se pueden aplicar a fines justos” (BENJAMIN, 2007, p. 184). Si el derecho natural justifica los medios a través de la justicia de los fines (por ejemplo, el fin de la seguridad justifica la suspensión de derechos fundamentales), el derecho positivo garantiza la justicia de los fines a través de la legalidad de los medios (por ejemplo, la mayoría puede decidir, si el medio es conforme a derecho, situar en la excepción a la minoría).

Es así que Benjamin distingue dos tipos de violencia. La violencia instauradora y la violencia conservadora de derecho serían partícipes de esa dialéctica medios-fines. O en la terminología schmittiana: poder constituyente o dictadura soberana y poder constituido o dictadura comisarial. Bodin diferenciaba en *Les six livres de la République* entre dos especies de ejercicio del poder estatal: ordinaria y extraordinaria. En la primera se trata de un funcionario ordinario (*officier*) como persona pública a la que se le confía una acción limitada por la ley. En la segunda tenemos un comisario (*commissaire*)

también persona pública a la que se le confía una acción extraordinaria limitada por la comisión. Por tanto, ambos cumplen una función pública, pero mientras uno está fundado en la ley, es un cargo permanente y su actividad está prevista y limitada por la ley, el otro encuentra su fundamento en la orden, su cargo no es permanente sino que depende de la actividad extraordinaria encomendada que queda circunscrita a las instrucciones, por tanto finaliza cuando cumple su cometido (SCHMITT, 1985, pp. 64-65). A partir de esta distinción, Schmitt hablará de dictadura soberana y de dictadura comisarial como dos formas del modelo de ejercicio de poder extraordinario del que hablaba Bodin. En ambas “forma parte del concepto la idea de una situación establecida por la actividad del dictador. Su naturaleza jurídica consiste en que, por causa de un fin a alcanzar las barreras y los impedimentos jurídicos que de acuerdo con la situación de las cosas significan un obstáculo contrario a dicha situación, decaen *in concreto*” (SCHMITT, 1985, pp. 179-180).

La dictadura no deja de ser, para Schmitt, un concepto jurídico. Pero mientras que la dictadura comisarial suspende la Constitución (que sigue siendo válida) para protegerla en su existencia concreta de un ataque que la amenaza, la dictadura soberana no suspende la Constitución sino que “aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera” (SCHMITT, 1985, pp. 182-183). Si la dictadura comisarial apela a una Constitución existente, la dictadura soberana lo hace a una Constitución a implantar. Es así que cobra sentido la distinción entre *poder constituyente* y *poder constituido*. La dictadura comisarial queda vinculada con el poder constituido: es autorizada por un órgano constituido y trae fundamento de la propia Constitución que suspende para protegerla, pues “el dictador comisarial es el comisario de acción incondicionado de un *pouvoir constitué*” (SCHMITT, 1985, p. 193). En cambio, la dictadura soberana se define por el poder constituyente: “es la comisión de acción incondicionada de un *pouvoir constituant*” (SCHMITT, 1985, p. 193) capaz de fundar un nuevo orden jurídico. Lo que se pretende es no reducir el Estado a un mero artificio procedimental.

Parece que la relación entre derecho y violencia no es instrumental, sino constitutiva. Tanto los fines del derecho como su propio origen remiten a la violencia. Benjamin sitúa aquí a Níobe. Contra aquella tradición que desde Ovidio hasta Dante veía en la hija de Tántalo el modelo del castigo justo, de justicia divina (recordemos que Níobe perdió a toda su prole, salvo un hijo y una hija, a manos de Apolo y Artemisa por las burlas que profirió contra la madre de estos, Leto), Benjamin apreció en ella el modelo de la violencia

mítica: “la arrogancia de Níobe provoca la fatalidad no porque haya vulnerado el derecho, sino al desafiar al destino a una lucha en cual éste tiene que vencer y sacar a la luz de este modo un derecho” (BENJAMIN, 2007, p. 200). He aquí la vida desnuda, *bloßes Leben*, objeto de la violencia jurídica. Este es el círculo del derecho: “La instauración del derecho es sin duda alguna instauración del poder y, por tanto, es un acto de manifestación inmediata de violencia. Y siendo la justicia el principio de toda instauración divina de un fin, el poder en cambio es el principio propio de toda mítica instauración del derecho” (BENJAMIN, 2007, p. 201). Lo que amenaza al derecho es la exterioridad, lo que queda afuera.

La violencia es la única capaz de garantizar el derecho. La violencia es lo originario del derecho (CHIGNOLA, 2018, p. 77). Por eso son tres los pasajes: 1) en el comienzo encontramos un hecho de violencia (jurídicamente infundado) que funda el derecho; 2) el derecho instituido excluye toda violencia externa; 3) pero dicha exclusión solo es posible realizarla por medio de una violencia ulterior que ya no es instituyente, sino conservadora del poder establecido. Por eso el derecho consiste en “una violencia a la violencia por el control de la violencia” (ESPOSITO, 2020, p. 28). El derecho crea así otro mundo, una *fictio*, y, al mismo tiempo, reduce el mundo a su *fictio* (ZARTALOUDIS, 2015, p. 171). ¿Cómo responder a “la pregunta por la violencia inmediata pura que se vea capaz de poner coto a la violencia mítica” (BENJAMIN, 2007, p. 202)?

Aquí se localiza otro tipo de violencia, otro tipo de fuerza ajena a la lógica instrumental de los medios y fines que no pretende ni crear ni conservar derecho: *reine Gewalt*, violencia pura, divina o mesiánica. Se trata de una violencia puramente destructiva (BENJAMIN, 2007, pp. 202-203). Frente a la violencia mítica del derecho, que encontramos en la pareja poder constituyente-poder constituido o dictadura soberana-dictadura comisarial con Schmitt, opone una violencia divina, destructora e incruenta. Así, queda interrumpida la lógica mítica del derecho como obra humana. La violencia divina es letal pero incruenta. Porque la crítica de la violencia no puede ser sino la crítica del derecho (RESTA, 2006, pp. 8-9). La violencia pura reconfigura la relación entre derecho y justicia. La violencia pura no es un medio para un fin. Se trata de un medio puro al margen de los fines. No se trata de una violencia como medio justo o injusto para un fin determinado. Ya no es una violencia en tanto derecho que se instaura o se conserva, sino que deshace. Como apunta Giorgio Agamben (2005, p. 15): “la ruptura del nexo entre violencia y derecho abre dos perspectivas a la imaginación (la imaginación es naturalmente una praxis): la primera es la de una acción humana sin ninguna

relación con el derecho, la ‘violencia revolucionaria’ de Benjamin o un ‘uso’ de las cosas y de los cuerpos que no tenga nunca la forma de un derecho; la segunda es la de un derecho sin ninguna relación con la vida –el derecho no aplicado, sino solamente estudiado, del cual Benjamin decía que es la puerta de la justicia”.

Por tanto, se trata de una violencia por fuera del derecho, una violencia exterior que es lo que el derecho no puede tolerar. ¿Por qué el derecho entiende la violencia externa como un peligro que debe ser neutralizado? ¿La violencia es un peligro para los fines que persigue el derecho? “Desde luego que no, pues, en ese caso, no se condenaría la violencia como tal, sino solamente la aplicada a fines ilegales” (BENJAMIN, 2007, p. 186). El derecho necesita monopolizar la violencia no por defender fines jurídicos, sino para “salvaguardar el derecho como tal; pues la violencia, si no se encuentra en manos del derecho, lo pone en peligro, no mediante los fines que persiga, sino ya por el hecho de su mera existencia externa al derecho” (BENJAMIN, 2007, p. 187).

Para neutralizar esta violencia externa al derecho que ni lo crea ni lo conserva, Schmitt tratará de incluir la violencia pura en el orden jurídico. Es a partir de la figura del estado de excepción que Schmitt neutralizará esa violencia pura y anómica. La violencia pura es entonces capturada e incluida en el nómos. La violencia soberana del estado de excepción no suprime el derecho, sino que lo suspende. Por eso en *Politische Theologie*, Schmitt ya no hablará de poder constituyente y poder constituido, sino que situará la decisión como el elemento fundamental de la soberanía. Esta decisión ya había sido advertida por Benjamin: “en contraposición con el derecho, que en la ‘decisión’ establecida con su hora y lugar reconoce una categoría metafísica mediante la cual proclama su derecho a la crítica” (BENJAMIN, 2007, p. 193). Porque si bien es cierto que el soberano debe tener la capacidad de decidir, es condición que excepción y regla no se confundan. Mas si “soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción” (SCHMITT, 2009, p. 13), Benjamin mostrará años más tarde, al final de su vida, que “el estado de excepción en el que vivimos es sin duda la regla” (BENJAMIN, 2008, p. 309). Por tanto, excepción y regla se confunden, y ello provoca la “desalentadora experiencia de que, en última instancia, los problemas jurídicos no tienen solución (en su desolación, esta experiencia tal vez sea tan sólo comparable a la imposibilidad de decidir rotundamente sobre ‘correcto’ y ‘falso’ en las lenguas aun en desarrollo)” (BENJAMIN, 2007, p. 199). La decisión soberana es así imposible.

Es a partir de esta imposibilidad de decidir que Schmitt articulará su no-

ción de soberanía como lugar de la decisión extrema. La soberanía, ni externa ni interna al derecho, se convierte en un concepto límite. Es la forma que tiene Schmitt de neutralizar la violencia pura y de asegurar la relación entre anomía y contexto jurídico. Pero Benjamin insistirá en esta imposibilidad de decidir. En *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, de 1925, dedica unas páginas a una suerte de teoría de la soberanía a partir de *Politische Theologie* de Schmitt. Allí señala Benjamin: “Si el concepto moderno de soberanía acaba por otorgar sin reservas al príncipe un supremo poder ejecutivo, el barroco se desarrolla por su parte a partir de una discusión sobre el estado de excepción, y considera que la función más importante del príncipe consiste en evitarlo” (BENJAMIN, 2012, p. 52). Aquí Benjamin cambia el verbo *decidir* por *evitar* o excluir. Como apunta Agamben: “el soberano no debe, decidiendo sobre el estado de excepción, incluirlo de alguna manera en el orden jurídico; debe, por el contrario, excluirlo, dejarlo fuera del mismo” (AGAMBEN, 2018b, p. 221). Es así la indecisión soberana: “se trata de la incapacidad del tirano para decidir. El príncipe, a quien corresponde la decisión sobre el estado de excepción, en la primera ocasión que se le presenta nos demuestra ser casi incapaz de adoptar una decisión” (BENJAMIN, 2012, p. 58).

Aquí la distinción entre normas del derecho y normas de realización del derecho, que en *Die Diktatur* de Schmitt era necesaria para la conformación de la dictadura comisarial, es desactivada al ser el soberano incapaz de decidir, esto es, “se abre una brecha que ninguna decisión es capaz de colmar” (AGAMBEN, 2018b, p. 221). De tal forma que el estado de excepción ya no es el umbral que garantiza la articulación entre la anomía y el contexto jurídico a partir de una ley que está vigente en su suspensión, sino “una zona de absoluta indistinción entre anomía y derecho, en la cual la esfera de las criaturas y el orden jurídico son incluidos en una misma catástrofe” (AGAMBEN, 2018b, p. 222). Ya que al modelo teológico político de exaltación de la trascendencia del barroco “la idea de catástrofe se le antoja cabalmente antitética del ideal histórico de la restauración. Y sobre esta antítesis se acuña la teoría del estado de excepción” (BENJAMIN, 2012, p. 53). Por eso el estado de excepción es la forma legal de lo que no puede tener forma legal (AGAMBEN, 2018b, p. 175).

Para situar este espacio, Schmitt da la clave: el soberano “cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*” (SCHMITT, 2009, p. 14). Aquí se encuentra la paradoja de la soberanía. Si el soberano es quien decide sobre la excepción es porque el ordenamiento jurídico le reconoce el poder de suspen-

der al propio ordenamiento, sin dejar de pertenecer a él. De ahí que para localizar quién ejerce la soberanía no haya que acudir al monopolio de la violencia expresado en su voluntad, como se suele hacer por los juristas, sino al que puede decidir el estado de excepción. La soberanía se presenta como la decisión sobre la excepción. Pues lo que se cuestiona con la excepción soberana es “la misma condición de posibilidad de la validez de la norma jurídica y, con esta, el sentido mismo de la autoridad estatal” (AGAMBEN, 2018a, p. 30). El soberano define el caso normal como ámbito propio de la validez, mientras la excepción viene decidida con la suspensión del derecho. Es la excepción, aquella que produce un espacio de indiferenciación entre hecho y derecho, la estructura de la soberanía que incluye la vida por medio de su suspensión, por lo que la relación con la norma se mantiene: “*la norma se aplica a la excepción desaplicándose, retirándose de ella*” (AGAMBEN, 2018a, p. 31).

Estas reflexiones pueden ser trasladadas a nuestra contemporaneidad con un añadido. Nos encontramos en un período histórico post-11S en el que *soberanía y gubernamentalidad* se han unido. Dos caminos podemos citar a través de Donald Rumsfeld y Alberto Ruiz-Gallardón que nos sitúan de nuevo en el conflicto Benjamin-Schmitt: si el primero declaraba sobre Guantánamo como secretario de Defensa que “no soy abogado. No me ocupo de aspectos legales” (cito por BUTLER, 2006, p. 116), el segundo señalaba como ministro de Justicia español, de forma un tanto parresíastica, “gobernar, a veces, es repartir dolor” (radio COPE, 12/12/2012). Ambas formas de poder, soberanía, representada en la suspensión de la ley por parte de Rumsfeld, y gubernamentalidad, como gestión dolorosa de la población en Ruiz-Gallardón, coexisten.

Esta coexistencia ya fue aventurada por Foucault en su clase del 1 de febrero de 1978: “es preciso comprender las cosas no como el reemplazo de una sociedad de soberanía por una sociedad de disciplina y luego de una sociedad de disciplina por una sociedad, digamos, de gobierno” (FOUCAULT, 2008, p. 115). Se trata de un triángulo: soberanía, disciplina y gestión gubernamental. Sin esta última, el Estado no hubiera podido sobrevivir: “el Estado en su supervivencia y el Estado en sus límites solo deben comprenderse sobre la base de las tácticas generales de la gubernamentalidad” (FOUCAULT, 2008, p. 117). Esta gestión gubernamental se ejerce sobre las poblaciones. De forma difusa (el soberano ya no es un único sujeto) ordenan los sujetos, los producen, los reproducen.

Si Foucault ya señaló esa coexistencia, no podía predecir los acontecimientos posteriores a su muerte, esto es, la *forma* de esa coexistencia. De ello

se ha ocupado certeramente Judith Butler: “la soberanía se reintroduce por el mismo acto en que el Estado suspende la ley o la distorsiona para su propio beneficio” (BUTLER, 2006, p. 84). Se trata de un ejercicio inédito de la soberanía: no dentro, sino fuera de la ley. Estamos ante un resurgimiento de la soberanía como un fantasma en el interior de la gubernamentalidad. Y este resurgir no se hace desde la garantía del imperio de la ley, sino desde su suspensión y la abolición de la división de poderes. La soberanía se ejerce precisamente en el acto de suspensión. O con otras palabras: “no es que el poder soberano suspenda el estado de derecho, sino que el estado de derecho, en el acto de quedar suspendido, produce la soberanía *por medio de dicho acto, como efecto*” (BUTLER, 2006, p. 96). De ahí que si la soberanía se ejerce por medio de la suspensión de la ley, la gobernabilidad se realizará por medio de un poder administrativo extrajurídico (BUTLER, 2006, p. 85). Es así que se crea un espacio extrajurídico o paralegal.

¿Qué consecuencias tiene esta *inversión* de la relación de la soberanía con la ley? Que nos encontramos ante una soberanía que no tiene que responder ante ninguna ley (ni ante nadie). Es así que “el Estado produce una ley que no es una ley, una corte que no es una corte, un proceso que no es un proceso” (BUTLER, 2006, p. 91). Se trata de un poder extralegal, un poder sin ley, donde esta “se suspende en nombre de la soberanía de la nación – entendida como la obligación de cualquier Estado de preservar y proteger su propia territorialidad. Por este acto de suspender la ley, el Estado queda entonces desarticulado en un conjunto de poderes administrativos que en alguna medida se sitúan en el exterior del aparato del Estado mismo, mientras que las formas de soberanía que resucitan en su interior señalan la persistencia de formas de poder para el Ejecutivo previas a la emergencia del Estado moderno”. (BUTLER, 2006, p. 85)

Las actuales democracias liberales, en definitiva, han cumplido con el diagnóstico que, hace casi un siglo, realizó Benjamin respondiendo a Schmitt: “la tradición de los oprimidos nos enseña que el ‘estado de excepción’ en el que vivimos es sin duda la regla” (BENJAMIN, 2008, p. 309). El futuro del derecho es el de un espacio sin ley, una zona de indiferenciación, un espacio abandonado a la discrecionalidad: “de un conjunto de soberanos designados – una perfecta paradoja que muestra cómo surge la soberanía en el interior de la gobernabilidad –, soberanos que no responden por nada ni por nadie excepto por el poder performativo de sus propias decisiones” (BUTLER, 2006, p. 95).

2.2. Derecho inmunitario

¿Qué relación se establece entre el derecho, tal y como lo acabamos de plantear, la comunidad y la vida? El derecho no sería solo una forma de regular y producir normatividad, sino también, y especialmente, una forma de negar la comunidad, el deber de donarse. En palabras de Esposito, “desde su origen, el derecho está ordenado a salvaguardar una convivencia entre los hombres expuesta naturalmente al riesgo de un conflicto destructivo. Por ende, aun antes que con las formas de su ordenamiento, el derecho está en necesaria relación con la vida misma de la comunidad” (ESPOSITO, 2020, p. 21). El derecho protegería y prolongaría la vida de la comunidad pero no de forma directa y afirmativa, sino de forma indirecta, desviada y perversa.

¿Cuál es el peligro para la vida en común que trata de proteger negativamente el derecho? “El peligro del cual el derecho se propone proteger a la vida en común está representado por la misma relación que la constituye como tal” (ESPOSITO, 2020, p. 22). El *munus* de la *communitas* sitúa la relación, el deber de don que no puede ser apropiado, como el elemento fundamental. La *immunitas*, en cambio, reconstruye lo propio sobre la idea de la persona titular, de la identidad, del enclaustramiento de la comunidad, de la ruptura de la relación. Esto es lo que hace que el derecho siempre sea de alguien, nunca de todos (ESPOSITO, 2020, p. 11), pues si el derecho fuera de todos se vaciaría de sentido y se confundiría con un hecho (ESPOSITO, 2020, p. 24). Y si el derecho es de alguien, habrá un otro que carezca de derecho. El carácter inmunitario del derecho hace que se excluya a la vez que se privilegia a quien lo tiene. Esta construcción de la comunidad sobre lo propio produce los límites borrados por la contaminación de la comunidad a partir de la pertenencia. Esta contaminación que presenta el *munus* de la *communitas* queda interrumpida con la reconstrucción de los límites, de la vida privada. Esta es la reacción del derecho: exonera de la obligación del *munus*, produce al *ingratus*¹.

La aporía del derecho se hace patente. Protege la vida, negándola: “para mantenerla con vida [a la comunidad], la arranca de su significado más intenso. Protegiéndola del riesgo de la expropiación – que ella en su interior como su vocación más intrínseca –, la vacía de su núcleo de sentido. Se podría llegar a decir que el derecho conserva la comunidad mediante su destitución. Que la constituye destituyéndola” (ESPOSITO, 2020, p. 22). Al hacerla cada vez más propia, también la hace menos común. El derecho lo que

¹ Sobre las ideas de *communitas* e *immunitas*, GARCÍA LÓPEZ, 2016a.

hace es desactivar la obligación de compartir que es lo que hace común a la comunidad. De ahí la importancia del paso que hace Simone Weil de la semántica de los derechos a la semántica de los deberes²: solo se es sujeto directo de deberes, no de derechos que en todo caso serán transmutaciones indirectas de las primeras. Por eso queda conectado con la universalidad de las necesidades (FULCO, 2020, p. 137). De tal forma que uno es sujeto solo de su propia expropiación, de la expropiación de lo que le es propio. Es contra esto que el derecho responde: “reconstituye el pasaje directo entre derecho y sujeto interrumpido por la línea divisoria de la obligación” (ESPOSITO, 2020, p. 23).

Para que la inmunización jurídica despliegue sus efectos necesita de la categoría *persona* como aquella titular única de derechos, aquella a la que le pertenece el *proprium*, que se declara portadora de él. El derecho reconduce lo común a lo propio. De nuevo, la aporía: “al inmunizarla [la vida] de la comunidad, el derecho termina por sacrificar la intensidad de la vida a la necesidad de su preservación” (ESPOSITO, 2020, p. 27). El derecho, por tanto, sustituye el sacrificio ritual: “mientras el procedimiento sacrificial previene la venganza sustituyendo una víctima vengable por una no vengable, el procedimiento judicial la pone en práctica por sí mismo, pero a partir de un punto que no puede ser alcanzado por una venganza posterior” (ESPOSITO, 2020, p. 40). ¿Es posible salir de este derecho inmunitario? ¿La ley aferra todo el horizonte de la vida o es posible una línea de fuga? ¿Es posible sustraer la comunidad del paradigma sacrificial?

3. Ciudadanía inmunitaria

3.1. Persona y propiedad

Si el derecho, lo sabemos desde las *Instituta* de Gayo, comprende la realidad a partir de las personas y las cosas, estas asumen la inmunitas como su característica basilar. La ciudadanía (persona) y la propiedad privada (cosa), como las dos grandes categorías jurídicas moderna, mantienen la lógica de la inclusión-exclusión sobre la que se sustenta el derecho.

Fue Simone Weil quien con acierto señaló el carácter performativo del derecho capaz de transformar a seres humanos en cosas: “loar a Roma anti-

² Sobre el *Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, véase el trabajo de Gaeta (2018, pp. 223-239).

gua por habernos legado la noción de derecho es singularmente escandaloso. Porque si uno desea examinar lo que era esta noción en su nacimiento, a fin de discernir su naturaleza, se aprecia que la propiedad se definía por el derecho de uso y abuso. Y, de hecho, la mayor parte de las cosas sobre las que todo propietario tenía el derecho de uso y abuso eran otros seres humanos” (WEIL, 2019, p. 61). Como ya se ha apuntado, la vinculación inexorable entre derecho y fuerza. El derecho necesita de la fuerza y la fuerza necesita de legitimación jurídica. Fuerza y mercado, violencia y propiedad marcan la cadena del *nómos* a través de dos entidades subjetivas, a saber, la colectividad parcial y la persona: “en última instancia, el derecho siempre es *personal*. Así como la persona es a su vez, en tanto tal, *de derecho*” (ESPOSITO, 1999, p. 239). Derecho y violencia, persona y propiedad quedan vinculadas. Y fue Weil quien denunció la relación intrínseca entre derecho y persona: “la noción de derecho arrastra tras de sí, de forma natural, por el hecho mismo de su mediocridad, la de persona, pues el derecho tiene que ver con las cosas personales” (WEIL, 2019, p. 65). De ahí que el derecho se distinga del mero hecho por medio de la protección de determinadas personas respecto de otras que no forman parte. La persona se configura como el cauce por el que el derecho se ha constituido por medio del poder de separación y subordinación (ESPOSITO, 2007, p. 124).

Pertenencia y propiedad van de la mano. Se pertenece a la comunidad en tanto se es propietario del elemento de la pertenencia. Con lo cual, es ese propio lo que incluye y excluye al mismo tiempo. De tal forma que puedo decir que pertenezco a la comunidad nacional porque soy propietario de una nacionalidad determinada común a quienes tienen el mismo título de propiedad. Del otro lado, quienes carecen de dicho título quedarán excluidos, se les negará la pertenencia. Es entonces la semántica del *proprium* la que produce esa distorsión léxica. A la nacionalidad podemos añadir otras propiedades (etnia, territorio, religión, cultura, género, etc.) y la lógica inclusión-exclusión se seguirá manifestando ya que “ellos tienen en común lo que les es propio, son propietarios de lo que les es común” (ESPOSITO, 1998, p. IX).

La propiedad también formará una dialéctica negativa. Si la soberanía trasciende a los individuos, la propiedad quedará vinculada a ellos, contenida en sus cuerpos. Pasamos de Hobbes a Locke y en ambos encontramos el juego de la conservación de la vida. El derecho de propiedad, en el primero de los dos tratados sobre el gobierno de Locke, será configurado como consecuencia y precondition de la conservación de la vida, de tal forma que para que exista propiedad se hace preciso una vida a la cual referirse y, al mismo

tiempo, la vida necesita de algo propio para poder cubrir sus necesidades primarias.

Para Locke la propiedad será presupuesto, y no consecuencia, de la soberanía. Esta, la soberanía, está destinada a defender y conservar la propiedad. Y el fundamento de esta ecuación no lo sitúa Locke en un paradigma jurídico-político, sino biológico. La biopolítica de corte inmunitaria se hace patente (ESPOSITO, 2004, p. 64). Aquí el cuerpo se sitúa como el lugar primordial de la propiedad. Cada uno posee su propia persona corporal e incorpora en sí las cosas apropiadas, lo que genera una distancia con respecto al resto de personas que se traduce en la necesidad de defenderse de su amenaza. La identidad personal se constituye como un propio que neutraliza el mundo dado en común, produciéndose una cadena constitutiva de dependencia mutua entre el sujeto apropiador y la cosa apropiada: para que haya una cosa apropiada se necesita un sujeto apropiador y para que exista sujeto apropiador es preciso una cosa apropiada. La propiedad funciona así desde lo negativo, pues no hay sujeto sin propiedad y la propiedad de un sujeto excluye la posibilidad de otros sujetos no-propietarios. La propiedad es privada y privativa. Por eso, desde ese negativo, “propio’ es aquello que *no* es común, aquello que *no* es de otros” (ESPOSITO, 2004, pp. 66-67).

Es la exclusión de los otros lo que define la propiedad. Es precisamente esa exclusión la que produce el poder ilimitado (la absoluteza del dominio como efecto y no causa de la exclusión) del propietario sobre la propiedad. El derecho propietario desintegra la comunidad originaria de lo común, de los bienes comunes (ESPOSITO, 2018a, pp. 86-87). En este campo de batalla, la lógica propiedad se asienta sobre la exclusión y se representa a sí misma desde la libertad (RODOTÀ, 2013, pp. 227-230). La lógica propietaria consiste en atribuir el dominio exclusivo a un sujeto de una cosa que era libremente disfrutada por todos (Rodotà, 2013, pp. 50 y 63). El modelo propietario ha terminado por encarnar la forma de protección jurídica más intensa (RODOTÀ, 2013, p. 460). La tutela de los derechos es plena en el ámbito económico, ya que la propiedad se constituye como un poder absoluto destinado a limitar al poder soberano como el otro absoluto. El resto de derechos terminan por quedar vinculados a la discrecionalidad de los poderes públicos.

Aquí la abstracción del sujeto será clave para esta posición central de la propiedad privada. La civilización burguesa es una civilización del *tener*, por eso el ciudadano es ciudadano en tanto propietario. Por eso, en la modernidad occidental, la propiedad privada individual tendrá un carácter constitucionalizante. De ahí la mayor importancia del Código Civil durante el siglo

XIX respecto a la Constitución. Como señala Paolo Grossi, “en el corazón de la civilización moderna hay, por tanto, un modelo fuerte, fuerte en tanto inviolable y sagrado. Un modelo que no puede más que ser *único*, ya que en y con él la propiedad se funde con la libertad individual, alcanzando el rango de dimensión ineliminable de la libertad del sujeto” (GROSSI, 2019, p. 22). Y se hace como si el derecho forjase la naturaleza, fingiendo que el derecho restablece por casualidad un régimen natural que él mismo ha hecho desaparecer (THOMAS, 2020, p. 38).

Para esta operación es necesario, como apunta Barcellona, la abstracción de la propiedad privada, haciendo de esta un puro objeto de derecho, una cosa que pueda libremente ponerse en circulación a diferencia de la propiedad en el ámbito feudal en la que existía una relación personal (*nulla terra sans seigneur*). El sujeto moderno es, pues, el sujeto de la propiedad moderna (BARCELLONA, 1996, p. 90). De ahí que la abstracción del sujeto haga posible “la transformación del individualismo posesivo originario en una forma general de organización de la sociedad: la sociedad de los propietarios libres e iguales” (BARCELLONA, 1996, p. 48). Una abstracción, también, para convertir al sujeto en consumidor. Siguiendo con Barcellona, “la grandeza del pensamiento político burgués radica precisamente aquí, en que logra liberar al individuo de los vínculos sociales y jurídicos de la estratificación por capas y clases, transformándolo en un individuo libre y sin determinaciones, para luego restituirlo a la socialidad mediada por la racionalidad del nuevo orden social” (BARCELLONA, 1996, p. 49).

Abstracción de la propiedad y abstracción del sujeto con la modernidad. ¿Qué importancia tiene aquí, entonces, la categoría *persona*? Lo cierto es que la Segunda Guerra Mundial supuso un cambio paradigmático en las categorías jurídico-políticas modernas. La biologización del derecho realizada durante el régimen nazi aceleró el dispositivo de la persona a partir de la idea de pureza racial: las garantías jurídicas que daba la categoría persona fueron arrebatadas a ciertos grupos –judíos, gitanos, homosexuales, lesbianas, comunistas, anarquistas, con diversidad funcional, etc.–, reduciéndolos a simples vidas desnudas similares a las de los animales (ESPOSITO, 2004, pp. 149-157). Por eso con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se revigoriza la idea de persona, por influencia de J. Maritain, uno de sus redactores. Es así que a partir de esa fecha tenemos dos categorías conviviendo al mismo tiempo: persona como condición de pensabilidad de los derechos humanos y ciudadanía como condición de pensabilidad de los derechos fundamentales asociados al Estado-Nación.

Pero la ineficacia o el fracaso de los derechos humanos quizás pueda ex-

plicarse precisamente porque la noción de persona se plantea desde la separación, porque no es capaz de subsanar el hiato entre vida y derecho que ella misma produce (ESPOSITO, 2018b, p. 33). Lo que provoca que la vida quede excluida de la tutela del derecho (ESPOSITO, 2007, p. 91). El dispositivo de la persona reabre el enigma entre *bíos* y *zoè*, entre la vida cualificada y el simple hecho de vivir, a partir de un mecanismo apropiativo donde una parte (animal, vegetativa, corpórea) es gobernada y dominada por la otra parte (racional que se presenta como universal, objetiva y neutral). Ser persona no es vivir la separación entre lo propio y lo impropio. La persona implica ser dividido con el fin de someter una parte a la otra, haciendo una objeto de la otra. Jerarquizar, separar, neutralizar. Estos son los tres verbos con los que funciona el dispositivo de la persona. Se jerarquiza en tanto se separa una parte de la otra de la persona con el fin de que una someta a la otra. Solo a partir del pleno dominio de la parte animal es posible la persona. Esta dialéctica entre sometimiento y subjetividad es esencial para entender cómo funciona la soberanía.

La persona es el *terminus technicus* para establecer la separación entre la capacidad jurídica y la naturalidad del ser humano (ESPOSITO, 2007, p. 100). Es así que el dispositivo de la persona muestra cómo funciona el derecho: se incluye por medio de la exclusión. Quienes llegaban a estar incluidos en la categoría persona lo estaban porque precisamente otros estaban excluidos, o, incluso, sustraídos. El proceso de personificación coincide con el de despersonificación. Por eso la persona no coincide con el cuerpo en el que se inserta, como la máscara no lo hace con el rostro del actor (ESPOSITO, 2018a, p. 40). El derecho reproduce este dualismo que separa incluso en el interior del ser humano: la persona no es el ser vivo, sino el estatus jurídico. Por eso con la persona, en Roma, no se usaba el verbo *ser*, sino *tener: personam habere*. Y estas diferencias jurídicas traspasaron las fronteras temporales romanas para ser entendidas como umbrales antropológicos que dividían a la humanidad (ESPOSITO, 2014, p. 14).

3.2. La vida en búsqueda de refugio

De la persona pasamos a la ciudadanía, también implicada por su carácter inmunitario. Como paradigma de este carácter, la persona en búsqueda de refugio. “Nosotros no queremos ser llamados ‘refugiados’” (ARENDDT, 1994, p. 110), señalaba la refugiada Hannah Arendt en 1943. Nosotros no queremos ser llamados refugiados, pues este término estaba vinculado a la idea de delincuencia. Prefieren ser llamados inmigrantes o recién llegados.

¿Cuál era el delito que habían cometido? ¿Cuál era el delito que *portaban*? El hecho mismo del nacimiento.

Arendt como tantas otras personas refugiadas encontraron refugio en nombre de los derechos humanos. Porque eran meros seres humanos. Ni ciudadanos, ni sometidos al derecho regular, ni a la normalidad. Por el contrario, su lugar se situaba en la excepción, en la anormalidad. La condición de pura humanidad que exhibían fue la consecuencia de las leyes de deshumanización que el nazismo impulsó, pero que traían causa de unos dispositivos biopolíticos que ya habían sido utilizados por Estados Unidos o Francia (GARCÍA LÓPEZ, 2016b, p. 130). Lo paradójico es que sus lugares de refugio, aquellas democracias que luchaban precisamente contra el nazismo, mantuvieron tal condición, haciendo que las leyes nazis traspasaran las fronteras del III Reich. En Alemania fueron reducidos a meros seres humanos, vidas desnudas; en Estados Unidos (como ejemplo de lugar de refugio) fueron acogidos como meros seres humanos, vidas desnudas, y tratados como tales.

Sin los ropajes de la ciudadanía o de la nacionalidad, el derecho de los lugares de refugio los seguía considerando meras vidas. De esta forma, la figura del refugiado muestra la separación que existe entre la vida y el derecho: desposeído de la condición de ciudadano/nacional, situado en una posición en la que del derecho se esperaba una respuesta contundente en términos de garantías, hallamos, por el contrario, el vacío. Los derechos humanos se convirtieron, así, en un “idealismo sin esperanza” (ARENDR, 2007, p. 388).

La conclusión de Arendt fue clara a la par que dramática: solo los ciudadanos, aquellos amparados por la pertenencia a un Estado-nación, pueden disfrutar de la entera protección legal; los no-ciudadanos, aquellos desposeídos del vínculo nacional (*de iure* o *de facto*), solo pueden aspirar a una ley de excepción. Tanto es así que, incluso, el derecho más propiamente humano en las relaciones internacionales, como es el derecho de asilo, comenzó a ser abolido tras la llegada de miles de apátridas y refugiados (ARENDR, 2007, p. 400).

La única alternativa que les quedaba en sus países de refugio para situarse en un espacio de legalidad fue, paradójicamente, la ilegalidad. La comisión de un delito les hacía mejorar su situación legal: “porque entonces un delito se convierte en la mejor oportunidad de recobrar algún tipo de igualdad humana, aunque sea reconocida como excepción a la norma” (ARENDR, 2007, pp. 407-408). La transgresión de una norma (pensemos en un simple hurto) los situaba en una situación de igualdad jurídica con respecto a otro delincuente, incluso el delincuente que poseía la nacionalidad del país donde se cometiera el acto: “solo como violador de la ley puede obtener la protec-

ción de esta. Mientras dure su proceso y su sentencia, estará a salvo de la norma policial arbitraria, contra la que no existen abogados ni recursos” (ARENDR, 2007, p. 408). De esta forma se evidencia cómo la personalidad jurídica del delincuente posee más protección que la del refugiado.

La idea originaria de los derechos humanos ha sido traicionada: estos se configuran (innatos e inalienables) precisamente para dar protección a quienes pierden su estatus político. Por el contrario, la historia nos ha demostrado que los derechos humanos están necesariamente vinculados a los derechos nacionales. De esta forma, la pérdida de los segundos implica la de los primeros. Y a la inversa: la restauración de los derechos humanos se realiza por medio de la construcción de los derechos nacionales, como fue el caso del Estado de Israel. Como señala Arendt, “parece como si un hombre que no es nada más que un hombre hubiera perdido las verdaderas cualidades que hacen posible a otras personas tratarle como a un semejante” (ARENDR, 2007, p. 425).

El refugiado pone en crisis las categorías jurídicas modernas por insuficientes, pues ya no es posible la legitimación por medio de los derechos humanos si la persona en búsqueda de refugio queda reducida a vida desnuda, mera vida biológica, *zoè* (AGAMBEN, 2018a, pp. 117-124). Se trata de una figura límite en tanto que si los derechos humanos se habían ideado para proteger a aquellos que, en última instancia, carecían de vínculos con un Estado, en la práctica han traicionado esta naturaleza. El refugiado es situado en la excepción, aquel dispositivo de exclusión incluyente: la norma queda suspendida y el refugiado es expulsado fuera del derecho y capturado en el interior de una zona de anomia, atrapado así en un espacio indeterminado, abandonado. De ahí que el derecho, como artificio construido para proteger la vida, la amenaza: la vida, desnuda, queda así expuesta a cualquier violencia, situada en bando, a-bando-nada.

El refugiado muestra la insuficiencia de este modelo jurídico que produce una ciudadanía inmunitaria: el derecho es incapaz de proteger la vida desnuda. Queda así abierta una brecha entre el derecho y la vida humana. El derecho no se dirige hacia el ser humano sino hacia la ciudadanía (símbolo del orden que, en última instancia, pretende proteger el derecho, inmuniéndose), abandonando la vida desnuda.

Estamos ante la aporía de los derechos humanos: pensados para las vidas desnudas, resulta imposible su aplicación pues quedan vinculados, inevitablemente, al Estado-nación. La mera vida, aquella del refugiado, se halla totalmente desprotegida al no estar vinculada a la soberanía de un Estado. Las categorías jurídico-políticas modernas se muestran insuficientes ante

aquella vida en búsqueda de refugio. La vida en refugio es expulsada del derecho, en la frontera, se convierte así en criterio de validez material del derecho, mostrando su insuficiencia y, por tanto, su ocaso. De esta forma, la vida desnuda se convierte en la categoría ética que cuestiona los sistemas jurídico-políticos y económicos, así como sus instituciones.

3.3. Biologización del derecho

El segundo paradigma que nos muestra cómo funciona la ciudadanía inmunitaria lo encontramos en la biologización del derecho. Se trata de discursos que abogan por la suspensión de derechos, por dejar las vidas desnudas, estableciendo el cumplimiento de parámetros biológicos como requisito previo para acceder a garantías jurídicas. Un ejemplo lo tenemos el 9 de junio de 2020, cuando las redes sociales difundieron un argumentario firmado, entre otras, por Carmen Calvo, Vicepresidenta Primera y Ministra de la Presidencia, o José Luis Ábalos, Ministro de Transportes del Gobierno de España³. El texto sitúa una clara posición sobre la relación entre corporalidad y derechos. Se señala que “el sexo es un hecho biológico. Se refiere a las características corporales, biológicas y fisiológicas, que definen y diferencian a los humanos como hombres y como mujeres. El sexo con el que nacen las mujeres determina su lugar en el mundo”. Pasemos a señalar algunas de las aporías y falacias que reproduce este documento que podemos situar en el marco de una ciudadanía inmunitaria.

En primer lugar, el argumentario del PSOE cae en una falacia, a saber: aquella que confunde el ser y el deber ser. El ser, aquello que podemos comprobar empíricamente, efectivamente nos señala que nuestras corporalidades poseen una serie de características biológicas y fisiológicas. Eso es un hecho. Cosa distinta es cómo nombramos a ese hecho. ¿Qué es lo que (pre)determina que una corporalidad sea nombrada como mujer o como hombre? De acuerdo a este argumentario, por las características corporales, biológicas y fisiológicas. Si el sexo determina el lugar en el mundo y la atribución de privilegios o desventajas, ¿cuáles son las características corporales, biológicas y fisiológicas que lo determinan? ¿Cromosomas, hormonas, fenotipo, gónadas, genitales? Porque en esos cinco puntos podemos encontrar características corporales asociadas a la sexualidad que en una mayoría estarán divididas en un par de cromosomas XX o XY que leemos como mujer y

³ Se puede leer en https://www.eldiario.es/politica/argumentario-psoe-conflicto-unidas-podemos_1_6027265.html (visitado el 15 de enero de 2021).

hombre. Pero, ¿qué ocurre cuando nos encontramos con otras posibilidades cromosómicas (por ejemplo, XXY)? ¿Qué ocurre cuando un par de cromosomas XY no se *corresponde* con lo que se esperaría gonadalmente (una mujer con testículos inguinales)? ¿Qué ocurre cuando una mujer XX, con genitales asociados a la mujer pero con niveles superiores a 5 nanomoles de testosterona por litro de sangre, pretende ejercer un trabajo deportivo?⁴ Lo que ocurre es que el dispositivo inmunitario del binarismo obliga a esa corporalidad a asumir el imaginario de lo que hemos construido como hombre o como mujer, sus características físicas, de tal forma que es sometida, por ejemplo, a tratamientos médicos (muchas veces no consentidos) llamados de normalización (eufemismo de mutilación), especialmente sobre personas menores de edad. Lo que ocurre es que a esa persona con ciertos niveles hormonales se le prohibirá ejercer un trabajo, ya sea como atleta (caso Caster Semenya) ya sea para integrar un instituto armado (desde enero de 2019, España prohibió a las personas intersexuales trabajar en el ejército o en la guardia civil)⁵. Lo que ocurre es que sus derechos, aquellas garantías al menos formales para que las vidas sean dignas de ser vividas, están siendo negados.

Lo que justifica el dispositivo inmunitario del binarismo es precisamente la mutilación genital de las personas intersex (GARCÍA LÓPEZ, 2015). Las mutilaciones sobre las personas intersex se producen porque se ha construido una normatividad que dice cómo deben ser las corporalidades de hombres y de mujeres, en forma y tamaño. Si bien es cierto que una mayoría comparte una serie de características que nombramos de hombre o de mujer (lo que antes se ha llamado el ser), de ahí no se puede extraer una norma (deber ser) según la cual todas las corporalidades deben ajustarse a ese binario y ese ajuste debe producirse incluso en contra de la voluntad de la propia persona y por medio de mecanismos médicos que mutilan. Se trata de una falacia por la que de un ser se extrae un deber ser. Una falacia que mutila cada año en España a decenas de recién nacidos intersex.

⁴ El laudo del Tribunal de Arbitraje Deportivo de 2019 puede encontrarse en https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Executive_Summary__5794_.pdf (visitado el 15 de enero de 2021). El 8 de septiembre de 2020, la Corte Suprema Federal de Suiza negó la apelación de Semenya y confirmó la decisión del Tribunal de Arbitraje Deportivo, obligando a Semenya a un tratamiento médico para poder competir (<https://edition.cnn.com/2020/09/09/sport/caster-semenya-ruling-athletics-spt-intl/index.html>).

⁵ Véase Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, publicada en el BOE de 12 de enero de 2019.

Otro aspecto viene determinado por un conflicto ontológico entre las corporalidades que no se ajustan a esa normativa sobre el hombre y sobre la mujer y quienes inmunizan el binarismo y reclaman la perpetuación de las esencias hombre-mujer. Las primeras, por ejemplo las personas trans*, existen incluso a pesar de esa normativa, mientras que las segundas –quienes defienden el argumentario del PSOE– pretenden la eliminación ontológica de las primeras. Es así que las primeras quieren seguir existiendo con garantías en forma de derechos para que las vidas sean dignas de ser vividas. Por el contrario, las segundas, que existen y tienen derechos que garantizan sus vidas (otra cosa es que sean eficaces), quieren la aniquilación de las primeras. Y quieren la aniquilación porque las segundas se sitúan como el sujeto cartesiano, a saber: un sujeto abstracto, racional, neutral, universal que necesita neutralizar las subjetividades que no encajan en la norma previamente establecida. La historia se repite. El sujeto moderno que en un inicio ubicó en la otredad a mujeres, clase trabajadora, personas racializadas, con diagnósticos psiquiátricos, etc. es el mismo sujeto que el argumentario del PSOE está reivindicando. La herramienta es la misma: el miedo hobbesiano, la neutralización, la inmunización soberana. Están reproduciendo el mismo dispositivo que ha condena históricamente a las mujeres. No ponen en cuestión el dispositivo inmunitario, lo re-actualizan.

La actualización del nexo entre biología y derecho supone situar a determinadas vidas en una posición de *precaridad*, esto es, una inducción política de mayor vulnerabilidad (BUTLER, 2010). A esta biologización del derecho le precede una juridificación de la vida que establece diferente valor a según qué vidas, estableciendo así los límites de la vida. Por decirlo con Roberto Esposito, “para que la vida pudiera constituir la referencia objetiva, concreta, facticia, del derecho, debía estar previamente normativizada con arreglo a precisas cesuras jurídico-políticas” (2004, p. 201). Aquí encontramos una doble presuposición entre biología y derecho, vida y norma: “la norma presupone el carácter fáctico de la vida como su contenido principal, y, a su vez, la vida presupone la cesura de la norma como su definición preventiva. Sólo una vida ya ‘decidida’ según determinado orden jurídico puede constituir el criterio natural de aplicación del derecho” (ESPOSITO, 2004, p. 202).

Pasamos del *ius sanguinis* establecido en la legislación nazi al *ius genitalis* por el cual lo que era una ficción jurídica se transforma en una mística biológica que justifica la cesura entre quienes merecen y quienes no merecen protección jurídica sobre la base de una lectura normativa que hacemos de los genitales. En cierto modo, el argumentario del PSOE está planteando que hay genitales que no merecen ser de mujer o no merecen ser de hombre y,

por tanto, son situados fuera de las garantías jurídicas. El paradigma inmunitario, indisolublemente unido a la comunidad, se constituye como un dispositivo defensivo y ofensivo a la vez, pues actúa, rechazando y destruyendo, contra lo que no se reconoce como *propio*.

4. Conclusión

Lo que nos plantea el carácter inmunitario de la ciudadanía es su capacidad de suspender derechos (GARCÍA LÓPEZ, 2019). La reducción a mera vida –bien de quien busca refugio, bien quien es reducido a su componente biológico leído a través de una normatividad previa– muestra un camino peligroso para una política de la vida (TUCCI, 2018, pp. 55-87; TUCCI, 2019, pp. 1163-1173). Es preciso articular una línea de fuga a partir de la inmanenzación del derecho que nos lleve de lo inmunitario a lo común. El individualismo propietario de la modernidad evita pensarnos como subjetividades vulnerables y necesitadas del otro para poder sobrevivir. Nos deja aislados a nuestra suerte. Es desde esta perspectiva, desde la vulnerabilidad que nos comparte y nos hace nos-otros, que las corporalidades y sus condiciones materiales de existencia salen a la luz. Es preciso pensarnos, situarnos, fuera del sujeto unitario, sustantivo y homogéneo que conserva una estructura violentamente excluyente. El terreno común está precisamente en la otredad (BARCELONA, 1999, p. 114).

Esto supone una radical transformación de la forma jurídica, pues la norma ya no puede ser general y abstracta sino que debe seguir la contingencia de la vida, la biografía, no la biología. Y así sería posible salir de una ciudadanía inmunitaria que protege una porción de la vida a través de la puesta en peligro, o el abandono, de otra parte de la vida. No se trata de plantear un derecho natural, sino de deponer la metafísica de un Derecho del derecho, afirmando así la inmanencia de la vida. Por eso la cuestión está en rebasar la diferencia entre ser humano como corporalidad viviente y ciudadanía del Estado, de tal forma que se supere una concepción del derecho que presupone y establece la separación entre la existencia política y la existencia biográfica. Por eso la pregunta no es si la comunidad puede reingresar en el léxico de la democracia, sino, al revés, si la democracia lo puede hacer en el léxico de la comunidad.

Referencias bibliográficas

- AGAMBEN, G. (2000). *Il tempo che resta*. Torino: Bollati Boringhieri.
- AGAMBEN, G. (2005). *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- AGAMBEN, G. (2018a). *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. En *Edizione integrale 1995-2015* (pp. 11-168). Macerata: Quodlibet.
- AGAMBEN, G. (2018b). *Iustitium. Stato di eccezione*. En *Edizione integrale 1995-2015* (pp. 169-250). Macerata: Quodlibet.
- AGAMBEN, G. (2018c). *L'uso dei corpi. Homo sacer, IV, 2*. En *Edizione integrale 1995-2015* (pp. 1005-1279). Macerata: Quodlibet.
- ARENDT, H. (1994). We refugees. En Robinson, M. (Ed.). *Altogether Elsewhere. Writers on Exile* (pp. 110-119). London: Faber&Faber.
- ARENDT, H. (2007). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza.
- BARCELONA, P. (1996). *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta.
- BARCELONA, P. (1999). *Posmodernidad y comunidad*. Madrid: Trotta.
- BENJAMIN, W. (2007). Hacia la crítica de la violencia. En *Obras* (pp. 183-206), Libro II, vol. 1. Madrid: Abada.
- BENJAMIN, W. (2008). Sobre el concepto de historia. En *Obras*, L. I, vol. 2. Madrid: Abada.
- BENJAMIN, W. (2013). *El origen del Trauerspiel alemán*. Madrid: Abada.
- BODIN, J. (1986). *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos.
- BUTLER, J. (2006). *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós.
- BUTLER, J. (2010). *Marcos de guerra*. Barcelona: Paidós.
- CHIGNOLA, S. (2018). *Da dentro. Biopolitica, bioeconomia, Italian Theory*. Roma: DeriveApprodi.
- DERRIDA, J. (2008). *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos.
- ESPOSITO, R. (1998). *Communitas. Origine e destino della comunità*. Torino: Einaudi.
- ESPOSITO, R. (1999). *Categorie dell'impolitico*. 2° ed. Bologna: Il Mulino.
- ESPOSITO, R. (2004). *Bíos. Biopolitica e filosofia*. Torino: Einaudi.
- ESPOSITO, R. (2007). *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*. Torino: Einaudi.
- ESPOSITO, R. (2014). *Le persone e le cose*. Torino: Einaudi.
- ESPOSITO, R. (2018a). *Politica e negazione. Per una filosofia affermativa*. Torino: Einaudi.

- ESPOSITO, R. (2018b). Il dispositivo della persona. En *Termini della politica* (pp. 31-48). Vol. II. Milano: Mimesis.
- ESPOSITO, R. (2018c). Persona e vita umana. En *Termini della politica* (pp. 9-30). Vol. II. Milano: Mimesis.
- ESPOSITO, R. (2020). *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. 2° ed. Torino: Einaudi.
- FOUCAULT, M. (2008). *Seguridad, territorio y población*. Madrid: Akal.
- FULCO, R. (2020). *Soggettività e potere. Ontologia della vulnerabilità in Simone Weil*. Macerata: Quodlibet.
- GAETA, G. (2018). *Leggere Simone Weil*. Macerata: Quodlibet.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J. (2015). *Sobre el derecho de los hermafroditas*. Tenerife: Melusina.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J. (2016a). *Rara avis. Una teoría queerimpolítica*. Tenerife: Melusina.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J. (2016b). Metáfora orgánica y paradigma inmunitario en el pensamiento jurídico totalitario. *Revista de Estudios Políticos*, 172, 109-136.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J. (2019). *Bioestado de excepción. Suspensión del derecho e insurgencia de las corporalidades viviente*. Puerto Rico. Editora Educación Emergente.
- GROSSI, P. (2019). *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*. Macerata: Quodlibet.
- RESTA, E. (2006). *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Roma-Bari: Laterza.
- RODOTÀ, S. (2013). *Il terribile diritto*. Bologna: Il Mulino.
- SCHMITT, C. (1985). *La dictadura*. Madrid: Alianza.
- SCHMITT, C. (2009). *Teología política*. Madrid: Trotta.
- THOMAS, Y. (2020). *Imago naturae*. Nota sull'istituzionalità della natura a Roma. En Thomas, Y. y Chiffolleau, J. *L'istituzione della natura* (pp. 13-45). Macerata: Quodlibet.
- TUCCI, A. (2018). *Dispositivi della normatività*. Torino: Giappichelli.
- TUCCI, A. (2019). Biología e cultura come dispositivi di oggettivazione della vita. En *Liber amicorum: en homenaje a la profesora Teodora Zamudio* (pp. 1163-1173). T. III. Buenos Aires: Ed. Saglio Zamudio.
- WEIL, S. (2019). *La persona y lo sagrado*. Madrid: Hermida.
- ZARTALOUDIS, T. (2015). Violence without Law? On Pure Violence as a Destituent Power. En Moran, B. y Salzani, C. (Eds.) *Towards the Critique of Violence. Walter Benjamin and Giorgio Agamben* (pp. 169-186). London: Bloomsbury.

SEZIONE TERZA

L'EUROPA E LE INNOVAZIONI DIGITALI

INNOVACIÓN DIGITAL, CIUDADANÍA E INTEGRACIÓN EUROPEA

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El progreso informático en la Unión Europea. – 3. De la sociedad del riesgo a la sociedad del miedo. – 4. Derecho constitucional e innovación digital. – 5. La sociedad digital como marco de una Europa abierta a los ciudadanos. – 6. Bibliografía.

1. Introducción

Las siguientes páginas recogen unas reflexiones que han terminado de tomar cuerpo, precisamente, con mi participación en este V Congreso Internacional “Europa, sociedad abierta” organizado por el Seminario Ítaloespañol¹; en especial, a la luz del rol de *discussant* asignado por la organización de aquél, y de la lectura atenta de las comunicaciones presentadas y defendidas en el panel (o *atelier*) 5 relativo a “El ciudadano y la innovación: los derechos en la sociedad digital”. Si el nuevo lema de Eucons “Towards the Citizens of Europe”², como el tema de este panel y Congreso, parecieran referirse a una mayor apertura de Europa a una ciudadanía asimismo abierta en estos momentos de tanta oscuridad, es que buena parte de las magníficas comunicaciones presentadas (y no sólo las seleccionadas) viniera a mostrar, en cambio, una Europa de ciudadanos temerosos. Me explico.

Aunque estos “momentos de tanta oscuridad” responden a la profunda crisis que a todos los niveles, incluida la propia Unión Europea, supone la Covid-19 (BALAGUER CALLEJÓN, 2020a, 23 ss.; 2020b, 121 ss.), no lo es menos que antes de ésta en la integración europea se estaban viviendo ya

¹ En el que parezco estar *abonado*, a la vista de mi primera participación ya en su 2ª edición (II Congreso Internacional “Desafíos del constitucionalismo ante la integración europea”, 25-27 de noviembre de 2014, Madrid); desde aquí, quisiera expresar mis más sinceros agradecimientos a la organización de las diversas ediciones que del Seminario han venido contando conmigo, y muy especialmente, claro, a mi hoy compañero PÉREZ MIRAS.

² Del Proyecto Erasmus+ (Programme, Jean Monnet Activities, Projects and Networks) Eucons *The Constitutional Bases of Europe: “Towards the Citizens of Europe”* (621157-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO PROJECT, y del que es responsable el Prof. PÉREZ MIRAS), en el que se inserta este V Congreso.

“momentos” intensamente difíciles, y de los que son mera muestra el *Brexit*, el desarrollo de diversos movimientos *iliberales* en Europa, el estancamiento de la Unión ante el proceso globalizador o la creciente desafección ciudadana al respecto de la integración (SÁNCHEZ BARRILAO, 2020a, 347 ss.). De ahí la consideración esperanzadora, incluso provocadora y revulsiva, que tal invitación del Seminario (a la reflexión de una Europa abierta a los ciudadanos) nos supusiera (por más que ello viniera presuponiéndose desde hace tiempo)³. Sin embargo el miedo, en cambio, pasaría a ser (en mi parecer) el *leit motiv* de aquel panel 5; y es que la Europa que se nos mostró en las comunicaciones que se presentaron⁴, como la propia sociedad digital que enmarca hoy a aquélla, estaría formada, integrada, por unos ciudadanos que se sienten no sólo abandonados en la intemperie globalizada y digitalizada, sino atemorizados por una Unión que encuentra precisamente en el miedo uno de sus pilares ante una globalización que abrumba hasta los propios Estados; una Europa, además, que cuando en su Derecho originario afronta la innovación digital lejos de plantearla como motor de progreso social, viene a presentarla como amenaza y fuente de riesgos para derechos y libertades; y unos ciudadanos europeos, entonces, que temen perder derechos, libertades, potencialidades, sueños y esperanzas; y así, claro, ¿qué otra cosa sino miedo se puede esperar?

A modo de respuesta crítica a tanto miedo (aun motivado, hemos de reconocer), proponemos reflexionar sobre la relación entre la ciudadanía y la innovación digital al respecto de la integración europea. Y en tal sentido, que comencemos por cómo la Unión Europea ha previsto, especialmente en su Derecho originario, el progreso informático⁵; luego, cómo estamos viviendo en estos años el paso de una “sociedad del riesgo” a una “sociedad del miedo”⁶; también, cómo el Derecho constitucional debiera afrontar la innovación digital⁷; y para terminar, cómo una Europa abierta a los ciudadanos habría de atender a los retos y posibilidades que permite la sociedad digital.

³ Especialmente, a partir de la misma configuración jurídica de una ciudadanía europea; SÁNCHEZ BARRILAO (2016a, 147 ss.).

⁴ Que vienen a recogerse asimismo en este volumen, y a cuya lectura reenvío.

⁵ Ya, SÁNCHEZ BARRILAO (2017a, 335 ss.).

⁶ Ya, SÁNCHEZ BARRILAO (2020b, 97 ss.).

⁷ Ya, SÁNCHEZ BARRILAO (2005, 257 ss.; 2016b, 225 ss.).

2. El progreso informático en la Unión Europea

Si por progreso cabe entender avance, adelanto, mejora, desarrollo y beneficio paulatino (PONS, 2001, 611 ss.), no cabe duda de que la Unión Europea, por tiempo, ha supuesto un más que notable progreso para las sociedades y los ciudadanos de los Estados que la conforman (HÄBERLE, 2012, 425 ss.). Originariamente, y en torno a la idea de un mercado único y su garantía, se consiguió articular una integración en Europa esencialmente económica (las Comunidades Económicas Europeas) con la que desarrollar un nuevo espacio común capaz de reducir, de manera efectiva, tensiones históricas de buena parte de la Europa occidental; y a tales efectos, que la definitiva aparición de la Unión Europea (con el Tratado de Maastricht, 1992), como salto cualitativo en tal proceso de integración, supusiera asimismo un salto fundamental en la relación entre los ciudadanos y el ejercicio del poder europeo, no obstante la crisis, luego, del frustrado Tratado constitucional, el limitado Tratado de Lisboa y la ulterior crisis económica, social, cultural, jurídica, política y de valores que ha protagonizado Europa por casi diez años (SÁNCHEZ BARRILAO, 2020e, 181 ss.).

Este complejo y dialéctico contexto de progreso y crisis, de avances y estancamientos, enmarcaría a su vez en Europa el desarrollo informático, y en tanto que motor clave de la ciencia y la tecnología hoy. Al respecto el Tratado de Lisboa, y en cuanto que régimen normativo básico del vigente Derecho originario de la Unión Europea⁸, no sólo impulsa la integración acercando el ejercicio del poder a la ciudadanía (art. 1 TUE) y la conecta con valores típicamente constitucionales (art. 2 TUE), sino que propugna como uno de sus fines u objetivos (art. 3.3 TUE) “la promoción del progreso científico y técnico”. Con ello es que el referido progreso (de nuevo como avance, adelanto, mejora, desarrollo y beneficio paulatino) tome forma jurídica en Europa en relación con la actividad científica y tecnológica como progreso tecnológico⁹, mientras que el estadio histórico industrial, con la consiguiente sociedad tecnológica¹⁰, se ve transformada, a luz del referido desarrollo de la

⁸ Sobre el alcance constitucional del Tratado de Lisboa, *vid.*, entre otros, BALAGUER CALLEJÓN (2008, 57 ss.) y D'ATENA (2010, 17 ss.).

⁹ Puesto que motor, a su vez, del progreso humano a lo largo de la historia; para una preliminar aproximación al concepto de progreso tecnológico, *vid.* QUINTANILLA FISAC (1997, 377 ss.).

¹⁰ P.e. WINNER (2001, 55 ss.).

informática, como sociedad digital ahora¹¹. Mas, ¿qué supone tal dimensión jurídica del progreso tecnológico?

En principio, dicho progreso científico y tecnológico es que se presumiera y proyectara tan sólo de manera refleja, abstracta y acrítica al respecto del progreso social, de modo que el Derecho y la política viniera a limitarse, esencialmente, a fomentar el avance científico y técnico a partir de necesidades genérico-sociales basadas, esencialmente, en presupuestos económicos¹². No obstante es también que la persona misma y su dignidad vengán asumiendo, desde hace tiempo, una posición paramétrica ante la ciencia y la tecnología¹³, llegándose a postular, aun con limitaciones, el progreso científico y tecnológico como derecho humano. En tal sentido, y en el marco de Naciones Unidas, junto al reconocimiento clásico del derecho a la creación científica y técnica (arts. 27.1 y 2 DUDH, y 15.1.c y 3 PIESC) en una dimensión liberal (asimismo, preponderante en Derecho comparado), se ha explicitado, y desde una clara perspectiva social e incluso funcional (apuntamos), un derecho a participar en los beneficios que de ella resulten (arts. 27.1, *in fine*, DUDH y 15.1.b PIDESC)¹⁴. Pero en el caso de la Unión Europea tal

¹¹ En cuanto que asume el soporte técnico transversal de la actividad y las relaciones humanas a nivel local y global, e incidiendo sustantiva y formalmente en las mismas; entre otros, *vid.* DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2018, 21 ss.).

¹² Desde esta perspectiva, *vid.* BRONCANO (1995, 9 ss.).

¹³ P.e., *vid.* JONAS (2004), FROSINI (1968) o RODOTÀ (1995).

¹⁴ Y decimos social y funcional, por cuanto que este derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico no se circunscribe al beneficio personal y abstracto del mero reconocimiento y fomento de la libertad a la creación científica y tecnológica a tenor de una satisfacción ambivalente del interés privado y público-general (en este caso, como beneficio objetivo y reflejo del progreso tecnológico), sino a cómo las personas se presentan directamente como beneficiarias teleológicamente de dicho progreso. De este modo, el reconocimiento de un progreso científico y tecnológico en tanto que efectivamente orientado al beneficio de todas las personas, en particular de aquéllas que se encuentren en situaciones más desfavorecidas, e incluso con relación al desarrollo mismo de los pueblos. Ahora bien, tal reconocimiento internacional resulta limitado al simple compromiso de los Estados en poner a disposición las medidas necesarias para hacer real el derecho de las personas a participar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (conforme art. 2.1 PIDESC), de manera que tal derecho queda al final en un segundo plano (a modo de derecho débil) respecto al derecho o libertad de creación científica y tecnológica (y a participar de manera particular y económica en sus beneficios), dado que más fáciles de garantizar (a la par que constitucionalmente más desarrollados en Derecho comparado a modo de derechos subjetivos fuertes); *cfr.* RODRÍGUEZ GUERRA (2014, 733 ss.). Otra cosa es, claro, que el derecho de las personas a participar de los beneficios del progreso científico y tecnológico pueda proyectarse condicionando funcionalmente la libertad de creación científica y tecnológica (conforme hemos apuntado). No es que

derecho a participar en los beneficios del progreso científico y técnico no se encuentra en su Derecho originario. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se limita al reconocimiento de la libertad de investigación científica (art. 13 CDFUE)¹⁵; es más, dicho progreso se presenta como un riesgo para los propios derechos en el ámbito europeo (Preámbulo CDFUE)¹⁶. Una perspectiva más positiva se abriría, en cambio (y en principio), con el Tratado de la Unión Europea cuando, y según lo adelantado, una de las finalidades expresamente definidas en la integración es la promoción del progreso científico y técnico (otra vez art. 3.3, *in fine*, TUE), si bien luego venga a reducirse al ámbito clásico del fomento y del mercado único según se desarrolla en el Título XIX, de la Parte III, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (relativo a las políticas de la Unión en el ámbito de la “Investigación y desarrollo tecnológico y espacio”), destacando expresamente su artículo 179.1¹⁷. De este modo, el reconocimiento de la libertad de investigación científica (art. 13 CDFUE), junto con la finalidad de promoción del progreso científico y técnico (otra vez art. 3.3 TUE) y su ulterior configuración como objeto específico de las políticas de la Unión (nuevamente art. 179.1 TFUE), vengán a conformar, respectivamente: lo primero, una mera garantía institucional del proceso innovador científico y tecnológico; y lo segundo, una manifestación de la vigente naturaleza delimitadora del Derecho público en relación con actividades de evidente interés

el primero quepa delimitar exclusivamente a la segunda, sino que, e insistimos, ambos se reconozcan reflexivamente, de manera que un progreso científico y tecnológico que no resulte en beneficio de (todas) las personas no tenga por qué ser reconocible y promocionado jurídicamente al mismo grado y consecuencias del que sí lo es; y a la vez, que los poderes públicos desplieguen no ya un fomento abstracto de la ciencia y la tecnología, y en relación con el simple progreso económico, sino concretas políticas públicas y marcos normativos directamente dirigidos a impulsar avances científicos y tecnológicos en post del desarrollo de la persona y la efectiva promoción y garantía de sus derechos y libertades (fundamentales y sociales).

¹⁵ P.e. CÁMARA VILLAR (2012, 276 ss.).

¹⁶ “[...] es necesario, dándoles mayor proyección mediante una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”. Además, *vid.* arts. 3.2, 8 (especialmente en el ámbito informático) y 21.1 CDFUE.

¹⁷ “La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados”.

público, a la par que susceptibles de generar riesgos¹⁸. Y con ello que el planteamiento a un hipotético y expreso derecho a participar en los beneficios del progreso científico y tecnológico en el seno de la Unión Europea resulte vano desde su Derecho originario, más allá, eso sí, de una participación abstracta y refleja en el beneficio abstracto (valga la redundancia) que supone la innovación y el progreso científico y tecnológico en el seno del mercado y en la integración europea, y con esto luego (y nuevamente de manera refleja y abstracta) en relación con la propia ciudadanía¹⁹.

En cuanto a la concreta innovación digital, finalmente, y dada que particular dimensión del progreso tecnológico, no resulta ni si quiera mencionada en el Derecho originario europeo, al margen, eso sí, de específicas referencias negativas a la informática implícitas a la protección de datos (art. 8 CDFUE)²⁰ y a la delincuencia informática (art. 83.1 TFUE), sin perjuicio de otras cuestiones, más o menos definidas (y de mayor o menor relevancia), en las que la informática asume una especial trascendencia hoy, como es²¹, claro está, los datos e información personal a efectos de su acceso, puesta en común, comunicación e intercambio (entre otros, arts. 15.3, 65.1.b, 85.1,

¹⁸ Acerca de las transformaciones del Derecho al respecto de la regulación de la innovación y los paradigmas señalados más arriba, *vid.* PAREJO ALFONSO (2016, 198 ss.) o ESTEVE PARDO (2016).

¹⁹ Ahora bien, lo anterior no impediría, en principio, cierta interpretación sistemática del Tít. XIX del TFUE con el entero Derecho originario de la Unión, destacando los fines y objetivos generales de la integración europea (los referidos arts. 1, 2 y 3 TUE con específicas referencias a la ciudadanía), además de algún precepto concreto del TFUE, como es el caso de su art. 114.3 (al presentar el conocimiento científico como canon a la hora de que la Comisión prepare sus propuestas de aproximación legislativa, al deber tener en cuenta el desarrollo científico y tecnológico “en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores”). También de interés, *vid.* arts. 114.5 y 191.3 TFUE. Sin embargo, la tendencia funcional del Derecho europeo, incluidos los derechos fundamentales (como elemento esencial para la ciudadanía), gira esencialmente en torno a la garantía del mercado, según Parte III, Tít. I, TFUE (*cf.*, entre otros, MERCADO PACHECO, 2012, 341 ss.), con lo que las posibilidades interpretativas recién indicadas requieren ser fuertemente matizadas, por más que la noción de mercado debiera reinterpretarse conforme a los referidos arts. 1, 2 y 3 TUE (de interés, HÄBERLE, 2006, 11 ss.)

²⁰ También, *vid.* arts. 39 TUE y 16 TFUE.

²¹ P.e.: la libre circulación de mercancías (arts. 28 y ss. TFUE), servicios (arts. 56 y ss. TFUE) y capitales (arts. 63 y ss. TFUE); educación a distancia (art. 165 TFUE); cultura, y especialmente creación artística en el sector audiovisual (art. 167 TFUE); salud (art. 168 TFUE); redes transeuropeas, en particular en telecomunicaciones y energías (arts. 170 y ss. TFUE); industria (art. 173 TFUE); naturalmente, la misma investigación científica y el desarrollo tecnológico y espacial (arts. 179 y ss. TFUE); energía, nuevamente (art. 194 TFUE).

87.2.a, 88.2.a, 149, 153.2.a, 160, 165.2, 166.2, 197.2, 287.3, 319.2 y 339 TFUE). Y entonces que, según se ha adelantado, la Unión Europea en su Derecho originario afronte el progreso informático no tanto como motor social, sino, y fundamentalmente, como causa de riesgos y amenazas; incluso, y a diferencia de lo que aconteciera con las Constituciones europeas de posguerra al respecto de la sociedad industrial (DE CABO MARTÍN, 1993), que ni si quiera se pueda hablar de sociedad digital en el Derecho europeo originario.

3. De la sociedad del riesgo a la sociedad del miedo

Al hilo del referido desarrollo tecnológico, y en contrapartida al mismo, desde la segunda mitad del siglo pasado es que la referida sociedad industrial viniera a caracterizándose también por su potencialidad para generar gravísimos daños para la humanidad, y que de materializarse resultarían de difícil o imposible reparación: “sociedad del riesgo” (BECK, 1998). Si la tecnología ha permitido a la humanidad afrontar retos y alcanzar soluciones a problemas y necesidades, es que, por otra parte, la venga poniendo en peligro, entroncando así, causalmente, con el estigma de la generación de riesgos (GRAY, 1998, 44 ss.). No en vano, y mucho antes de la revolución tecnológica, se habría expresado ya un recelo que, a modo de mito, *Prometeo*, llega hasta nuestros días, *el moderno Prometeo* (SALMONI, 2001, 8-15); un recelo o miedo que, al margen de prejuicios y como debate sobre lo tecnológico (MUMFORD, 2010 y 2011), adopta nuevas formas a la luz del desarrollo informático (según se viene a ver).

El riesgo y el recelo a lo tecnológico alcanza de esta forma transcendencia para el poder público y el Derecho, buscando legitimarse en tomas de decisiones sobre la delimitación de la tecnología mediante principios con los que, afrontando el futuro (y el miedo), evitar o atenuar riesgos para impedir resultados lesivos, graves y de difícil o imposible, o inútil, reparación: de este modo, y por ejemplo, el principio de precaución²², o el planteamiento de limitaciones en garantía de los derechos fundamentales y de la misma dignidad²³. Pero ello ante un paradigma de una tecnología reticente a la intervención política, como al respecto de una presunción abstracta y acrítica que del

²² Desde el miedo, precisamente, *vid.* SUNSTEIN (2009).

²³ *Cfr.* RODOTÀ (2014, 287 ss.).

desarrollo tecnológico (por objetivo) se da y postula frente a un hipotético progreso de la entera humanidad²⁴.

En cuanto a la globalización, a su vez, ésta no sólo amplifica el anterior riesgo tecnológico, sino que genera nuevas dimensiones del riesgo menos conexas a la idea de desastre o catástrofe (aun dándose, como es el caso de la referida pandemia de la COVID-19), abriéndose a fenómenos que generan peligros políticos, económicos y/o sociales. Y es que el desgaste que para la soberanía y el poder de los Estados (y sus ciudadanías) conlleva la globalización (en especial, dada la capacidad de sujetos privados de imponer sus intereses a la sombra de una economía y un mercado transnacional)²⁵, genera, de manera contradictoria, respuestas endógenas, siendo el integrismo su mayor demostración²⁶; y entre sus distintas formas destacando la nacionalista, al postular precisamente volver a la idea de un Estado fuerte (y con él a la ciudadanía estatal) como réplica re-soberana ante la globalización y al desamparo que ésta²⁷ está generando en grandes capas populares que se sienten desplazadas del sistema democrático y social²⁸.

Pero también surgen nuevos temores al margen del riesgo tecnológico y bajo el marco de la sociedad digital, expresándose en conflictos entre unas élites que, de una parte, prosperan bajo la globalización, y los demás, de otra, que permanecen anclados en lo local (BAUMAN, 2017); un conflicto diverso al tradicional de entre clases (propio de la referida sociedad industrial), ya que deslocalizado e irresoluble desde la tradicional consideración del Estado social²⁹. En tal sentido, y desde posiciones colectivamente sentidas como devaluadas, estigmatizadas o marginadas, es que diversos procesos identitarios se erijan a modo de trincheras y en oposición a otras; no en vano, la di-

²⁴ Y esto en razón al paradigma, ahora, de una ciencia, y en particular de una tecnología, particularmente reticente a la intervención de la política y de la ciudadanía, en atención al poder fáctico que ostenta aquélla con relación a su propio desarrollo y evolución (en particular ante los altísimos costes hoy de una innovación científica y tecnológica en manos de grandes corporaciones económico-privadas), e invocando así (y desde tal desconfianza e interés particular) un alto grado de autonomía frente a lo público y la política; por todos, ESTEVE PARDO (2009 y 2013, 9 ss.).

²⁵ Entre otros, FARIA (2001), SALVADORI (2011) o FERRARESE (2017).

²⁶ Ya, HÄBERLE (1996, 133 ss.).

²⁷ *Vid.* ALLEGRI, STERPA, VICECONTE (2019).

²⁸ Ya, SÁNCHEZ BARRILAO (2017b, 143 ss.); también, *vid.* GRAZIA RODOMONTE (2019, 287 ss.).

²⁹ Pues delimitado territorialmente por definición y en crisis como consecuencia de la globalización, por no hablar de la paulatina desaparición de la clase media y en cuanto que baluarte del anterior modelo social en tal contexto; de interés, GUILLUY (2019).

mención psicológica de las identidades potencia las que se basan más en elementos subjetivos y sentimentales, que las que tienen carácter abstracto y/o racional, y así al respecto del miedo, la frustración, la incertidumbre, la devaluación y/o la marginación³⁰. No es sólo, entonces, que dichos sentimientos potencien ciertas identidades, sino que las hacen más fáciles de impulsar, congregarse y manipular, como su propia radicalización, pues apelan más a la percepción y a los sentimientos (los negativos), que a la siempre incómoda y costosa razón y reflexión³¹.

En tal sentido Internet, como particular proyección de la innovación y de la sociedad digital, y tras un desarrollo autónomo y optimista, muestra hoy su lado oscuro en tanto que eficiente instrumento de manipulación mediante la mentira en forma de posverdad³², además del miedo, la frustración, la rabia y el odio³³. No en vano, la contradictoria y compleja naturaleza de Internet (pues de espacio de comunicación plural y abierto se pasa a un nuevo entendimiento digital de lo social en el que la transparencia se transforma en sobreexposición, exceso de información, endogamia comunicativa y control panóptico, junto a la expulsión de lo distinto mientras el debate se limita a/entre los iguales)³⁴ lo rebela como espacio virtual y discreto para la alteración ideológica, perturbando incluso, maliciosamente, el libre y plural desarrollo de procesos democráticos³⁵. De esta forma ha sucedido con el referéndum del *Brexit*, o las elecciones presidenciales de Trump o Bolsonaro; no es sólo que las respectivas campañas abrazaran las redes sociales como instrumento de comunicación política usando la mentira y el rencor en los discursos y mensajes electorales, sino que utilizaron tecnología informática al servicio de la manipulación psicológica del electorado, y para ello exhortando (de manera personalizada a partir de la identificación de perfiles) a las propias

³⁰ Sobre las identidades colectivas, con carácter general, *vid.* CASTELLS (2003); y de manera más concreta, acerca de la identidad como proceso psíquico (percepción) de pertenencia social, VON BOGDANDY (2005, 13 ss.).

³¹ De esta forma es que el miedo se muestre como ariete de radicalización cultural, social y política de unos contra otros, sobre todo de los más frustrados y sensibles a las incógnitas de los cambios y la inseguridad que hoy se prodiga; y a su sombra, la viralización del enfrentamiento, la aceleración del odio, e incluso la propagación de la violencia. *Vid.* ARTEAGA (2017).

³² *Vid.* VALADIER (2017, 297 ss.), AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS (2018, 21 ss.) y MARTÍNEZ DÍAZ (2018, 441 ss.).

³³ P.e. MORETÓN TOQUERO (2012) o MIRÓ LLINARES (2016, 93 ss.).

³⁴ HAN (2012 y 2017).

³⁵ *Vid.* KAUFMAN (2018); asimismo CIARLO (2018, 6 ss.) y FIORIGLIO (2019, 105 ss.).

fobias de los usuarios (*Cambridge Analytica*)³⁶. Se pasa con ello a una sospecha generalizada para las democracias pluralistas a tenor de la manipulación y del enfrentamiento que se advierte (D'ATENA, 2019, 583 ss.), y esto ante la instrumentación ladina por terceros de los contenidos que circulan por Internet, como por la posición predominante que en el mercado digital ocupan determinadas plataformas³⁷ que, a la postre, resultan beneficiadas (como poco) del referido enfrentamiento (BALAGUER CALLEJÓN, 2019).

El miedo se extiende entonces más allá del riesgo tecnológico, al conectar con otras realidades en las que las incertezas y los recelos crecen o se explotan artificialmente, y ello al punto de considerar al miedo como factor de caracterización social: la “sociedad del miedo” (BUDE, 2017). Frente a las concepciones tecnócratas del riesgo que han predominado, y que han pretendido evaluar y gestionar de manera objetiva el miedo, las amenazas y los daños (más confinándolos y ocultándolos en resultados económicos y de progreso social)³⁸, se responde ahora no sólo desvelando la angustia y la frustración espontánea que existe y se siente, sino fomentando e instrumentalizando artificialmente el miedo en pos de ulteriores fines económicos, sociales y/o políticos; o lo que es igual, el miedo como medio de identificación, captación y control social (FORMOSO ARAUJO, 2019). Sin ser ello novedoso³⁹, sí que el grado, la transversalidad y la tecnicidad digital con los que el miedo, la frustración y la incertidumbre se dan y progresan permiten mayor capacidad de captación, influencia y manipulación por terceros (públicos o privados) sobre unos ciudadanos asustados y deseosos de cierta seguridad.

Pero de una seguridad que, sin embargo, comienza a ser sentida como otro riesgo más para los derechos y las libertades de las personas. La seguridad se expande por las redes, entra en los hogares y se adueña de la privacidad. Si Internet y las redes sociales son espacio de comunicación, es que se plantee el rastreo e intervención por los servicios de inteligencia y seguridad de dichas comunicaciones digitales (en sus diversas formas: mensajes, blogs, correos, webs, etc., además de la propia telefonía, y a tenor asimismo de su trazabilidad digital) por las que, de uno u otro modo, se exterioricen actividades objeto de aquéllas; y a tales efectos que requieran de altísimas dosis de

³⁶ RICHTERICH (2018, 528 ss.), SUÁREZ GONZALO (2018, 27 ss.) y BETZU, COINU, DEMURO (2019, 261 ss.).

³⁷ Vid. MORELLI, POLLICINO (2020).

³⁸ Vid. LÓPEZ CEREZO, LUJÁN (2001, 135 ss.).

³⁹ Sobre el miedo como instrumento político, *cfr.* ROBIN, (2009).

información, y especialmente de carácter personal o relativa a la privacidad⁴⁰, e incluso que accedan indiscriminadamente a datos y comunicaciones privadas (por lo demás, digitales)⁴¹. Se llega a reconocer un estado generalizado de sospecha ante la proliferación de noticias sobre la utilización de programas y aplicaciones informáticas que espían la intimidad y las comunicaciones de los particulares en sus más variadas posibilidades; de “imperio de la vigilancia” se llega a hablar, a la sombra de un auténtico *panóptico digital* en el que, por lo demás, participan los propios particulares (RAMONET, 2016). Y es que, no se olvide, el progresivo reconocimiento y garantía de un derecho a la libertad informática⁴² se ve limitado finalmente tanto por la señalada actividad de seguridad (y en la que, por cierto, habría que integrarse hoy la sanitaria, en especial a la sombra de la Covid-19)⁴³, como por el mercado de los datos personales, en cuanto que objeto de comercio y fuente inagotable de ingresos⁴⁴. Y en uno y otro caso, a tenor de una diversidad de regímenes jurídicos, según que: estemos ante la mera captación, depósito y tratamiento de datos personales por particulares; la cesión ahora de tales datos a los poderes públicos, según funciones de éstos; y la captación directa ahora por ellos de tales datos, asimismo según funciones y en especial al respecto de la seguridad nacional⁴⁵. Con todo, finalmente, un marco jurídico que, aun garante en abstracto de la libertad informática (según se viene a mostrar), deja espacio para intervenciones públicas y privadas en ella, lo que apuntala ese creciente recelo ciudadano al respecto de su privacidad en la sociedad digital; y ello por no hablar de otras manifestaciones informáticas que, como la inteligencia digital⁴⁶, vienen a transformar severamente las relaciones sociales, económicas, culturales, políticas y jurídicas, y con particulares consecuencias en la vida de unos ciudadanos temerosos no ya a tales cambios, sino a la pérdida de posiciones sociales y económicas⁴⁷.

⁴⁰ Vid. GARRIGA DOMÍNGUEZ (2016, 44 ss.).

⁴¹ P.e., SERRA CRISTÓBAL (2015, 78 ss.).

⁴² Cfr., ya, FROSINI (1982, 21-40); también, *vid.* LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (1991).

⁴³ SÁNCHEZ BARRILAO (2020d, 334 ss.).

⁴⁴ Así, HOFFMANN-RIEM (2018).

⁴⁵ SÁNCHEZ BARRILAO (2019, 265 ss.).

⁴⁶ YUDKOWSKY (2008, 308 ss.), y en especial, BOSTROM (2014).

⁴⁷ SÁNCHEZ BARRILAO (2018, 21 ss.).

4. Derecho constitucional e innovación digital

El anterior recelo a la innovación digital nos lleva a intentar comprender, dominar, o al menos controlar, una compleja realidad en constante y acelerado cambio (al impulso del hardware, del software y de las redes), lo que entronca con el Derecho constitucional y con las funciones que se le reconoce. Lo cierto es que el Derecho constitucional viene afrontando, desde hace tiempo, la protección de datos personales ante el riesgo que para la intimidad de las personas se preveía ya que supondría la acumulación de datos sobre éstas, como el cruce de los mismos y la creación de perfiles: así, artículo 35 de la Constitución portuguesa de 1976, y el 18.4 de la española de 1978; y en el Siglo XXI, el referido artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y a la sombra de tal riesgo, la búsqueda de respuestas, mecanismos e instrumentos en garantía de la persona frente a poderes públicos y privados: primero, mediante nuevas formas de decidir en relación a cuestiones técnicas, como la informática, a la par que especialmente delicadas tanto para derechos y libertades, como para el propio sistema económico y empresarial, y especialmente mediante la propuesta de una despolitización e independencia de los sujetos y criterios decisores (con agencias independientes y de índole técnico al respecto de su composición y parámetros de decisión); además, y desde una dinámica clásica del Derecho limitando acciones que dañen o pongan en riesgo derechos, está toda una batería de prohibiciones sobre dichos sujetos (públicos y privados) y en relación con la captación, acumulación, manipulación, cesión y uso de datos relativos a las personas, y particularmente concernientes a la intimidad de éstas; y por último, el reconocimiento a las personas de una facultad jurídica para que decidan sobre sus datos⁴⁸, en particular mediante el consentimiento informado en relación con la captación y conservación de aquéllos, como al respecto de su posible uso, cesiones y retirada, como de nuevas manifestaciones (p.e., el derecho al olvido). Hoy, así (y esencialmente), el 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.

Pero el Derecho constitucional no se detiene en lo anterior; el desarrollo informático muestra también cómo objetos constitucionales clásicos se ven transformados al hilo del cambio de la realidad por efecto de la evolución tecnológi-

⁴⁸ Al punto de reconocerse una capacidad a las personas en relación a su autodeterminación ante y en lo digital, y en tanto que “derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático” (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7).

ca-digital. Un ejemplo de ello es el progreso vivido en torno a los modos de comunicación personal, pasando de la postal y la telefonía, al email, o correo electrónico, como a otros sistemas de mensajería digital⁴⁹; o los propios cambios que ha sufrido la propia telefonía en cuanto que, de un lado, hoy digital, y, de otro, integrada en soportes que exceden en mucho la comunicación telefónica (los *smartphones*, y en tanto que auténticos ordenadores portátiles en miniatura)⁵⁰. También en tal sentido están ciertas transformaciones que sobre determinados derechos constitucionales se dan a tenor de la informática, como es la intimidad al amparo de los ordenadores⁵¹, o la evolución que han supuesto las redes sociales e Internet al respecto de la libertad de expresión e información ante la proliferación de periódicos *online*, como de blogs, páginas webs o redes sociales en las que los ciudadanos expresan opiniones y presentan informaciones, a la par que pueden acceder libremente a ellas⁵².

En un paso más, por último, está la aparición de nuevos objetos para el Derecho constitucional, como es la inteligencia artificial y su instrumentación, incluso, en procesos evaluativos y decisorios de carácter público; y no sólo al respecto de su impacto en los derechos y en la igualdad de los ciudadanos, sino en las garantías que con relación al Estado democrático y de Derecho tal irrupción exige. Responsabilidad, control, transparencia, siendo principios clásicos en el Derecho constitucional, asumen nuevas dimensiones, e incluso más allá del propio Derecho al requerir de herramientas digitales para su activación ahora⁵³; y es que, al final, acaban concurriendo la norma y el código (el algoritmo)⁵⁴.

A los efectos anteriores, al respecto de los retos que está suponiendo la

⁴⁹ Y ello no sólo en relación con los cambios físicos de tales tipos de comunicación y de sus medios (terminales y redes), sino a la conservación de los datos objeto de la comunicación y las nuevas formas de captación de éstos y de ella misma. *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004).

⁵⁰ Y al hilo de *estos otros cambios* la fusión de tecnologías diversas, como es el caso de las *smarttv*, y antes, y simplemente, la televisión visionada en ordenadores a partir de meras placas sintonizadoras (como en relación a canales televisivos en internet); precisamente sobre esto último, destaca la cuestión constitucional surgida en Italia a comienzos de la década pasada al respecto de si debía pagarse allí el canon televisivo no sólo en razón al número de receptores de televisión existentes, sino en relación asimismo a los ordenadores y sus monitores; *cf.* Sentencia 284/2002, de 26 de junio, de la *Corte costituzionale* italiana.

⁵¹ P.e. STC 173/2011, de 7 de noviembre.

⁵² FROSINI (2004, 138-143); también de interés, sobre las transformaciones de las libertades de expresión e información con ocasión de las redes e internet, SÁNCHEZ FERRIZ (2011, 36 ss.).

⁵³ BOIX PALOP (2020a, 75 ss.).

⁵⁴ LESSING (2001); y más cercano, BOIX PALOP (2020b, 223 ss.).

innovación digital para el Derecho constitucional, es que éste, entendemos, deba proceder, además, con cierta prospectiva sobre las innovaciones digitales, a fin de que el Derecho no se limite a actuar a rebufo de la innovación tecnológica⁵⁵. Y previendo los conflictos constitucionales que al tiempo suponga la innovación digital (en sus diversas manifestaciones), es que se haya de procurar, asimismo, cierto pulso en la tensión entre el Derecho y la informática, de manera que se pueda reabsorber el conflicto con el menor daño posible⁵⁶; y esto mediante el planteamiento, por ejemplo, de nuevos principios jurídicos, como es hoy el de *neutralidad de Internet*⁵⁷. También está la dimensión positiva que la informática supone para el progreso social, de modo que el Derecho constitucional no sólo se deba abrir al mismo, sino que lo promueva, si bien, claro, al respecto de la dignidad de la persona y de los demás principios y derechos y libertades que de ella se deriven.

No cabe reducir así la acción constitucional sobre la informática en relación a sus riesgos y amenazas; es más, lo contrario responde a una forma de entender la innovación en manos exclusivamente privadas, en vez de ser comprendida como responsabilidad y objetivo público. Algo tan importante y relevante para el progreso social como la innovación digital no puede quedar al margen del debate público y constitucional, y entonces que el Derecho constitucional deba afrontar el progreso informático más allá de sus riesgos, a fin de contenerlos (en especial, al respecto de los derechos, del pluralismo y de las minorías)⁵⁸, para atender, en lo posible, a su misma evolución; es decir, procurar cierta *re-dirección*, más que inhibición, de la innovación digital⁵⁹, y al hilo de ello afrontar la propia sociedad digital en cuanto nueva

⁵⁵ Para así evitar que la tecnología informática resulte, permanezca, en una posición de predominio permanente sobre el pulso existente entre ella y el Derecho público, y en la que el Derecho pierde efectiva capacidad racional-normativa. Una forma de romper esa dinámica es, dentro de los márgenes técnicos que supone siempre abarcar jurídicamente conceptos inicialmente tecnológicos y mutables (a tenor de su evolución), alcanzar cierta concepción jurídica (no sólo tecnológica) de la informática desde el Derecho público, aunque sea provisional, genérica y apriorística; sobre la necesidad de una concepción constitucional acerca de la más genérica tecnología, ya SÁNCHEZ BARRILAO (2005, 261).

⁵⁶ De esta manera se potenciaría la dimensión político-normativa del Derecho constitucional, frente a la meramente judicial y conflictual que hoy tiende a prevalecer en el contexto de la globalización; SÁNCHEZ BARRILAO (2016c, 878-883, 908-913).

⁵⁷ Así, sobre tal principio, SÁNCHEZ BARRILAO (2018, 233 ss.).

⁵⁸ P.e., PÉREZ LUÑO (2005, 230 ss.).

⁵⁹ Interesante, si bien en relación con la economía, es el concepto de “re-regulación” que utiliza SILVEIRA GORSKI, en el sentido de intervención de los poderes públicos no tanto para

realidad sobre la que actuar constitucionalmente en pos del progreso humano (individual y social). En tal sentido, y desde el Derecho constitucional comparado, es que se advierta, por ejemplo, un incipiente reconocimiento a un derecho de acceso a Internet y a participar en el progreso informático⁶⁰; así, y como diría T.E. FROSINI, “Libertad, Igualdad, Internet” (2018).

Y todo sin olvidarnos del contexto globalizado en el que nos encontramos, y por tanto debiéndose extender la anterior percepción de la informática y del Derecho constitucional a ámbitos supraestatales, como es precisamente la Unión Europea, de manera que las respuestas constitucionales alcanzadas sean capaces de regular y resolver de forma efectiva una realidad esencialmente virtual y digital, y que escape de la acción física y clásica de los Estados⁶¹.

5. La sociedad digital como marco de una Europa abierta a los ciudadanos

La referida posverdad, la desinformación y el miedo no son sólo problemas de contenidos, y de la forma y medios con los que se presentan y proyectan⁶². Lo es también la facultad intelectual y la aptitud cívica de la ciudadanía para interactuar en el nuevo espacio virtual que supone Internet y las redes a

regular el desarrollo de una actividad como tal, sino para “definir su actuación como árbitro vigilante” de ésta (2003, 115).

⁶⁰ En tal sentido, p.e., los arts. 16.2 y 17.2 de la Constitución de 2008 de la República de Ecuador reconocen expresamente un derecho de “acceso universal a las tecnologías de información y comunicación”, a la vez que el Estado ha de fomentar “la pluralidad y la diversidad en la comunicación” para lo cual ha de facilitar “el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada”. Asimismo está el art. 63 de la Constitución de la República Dominicana de 2010, conforme al cual el “Estado garantiza servicios públicos de [...] redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información”; o el art. 6 de la Constitución Mexicana, tras su reforma de 2013, y en virtud del cual el “Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, [...] incluido el de banda ancha e internet”. Y con tal derecho de acceso a Internet que venga a satisfacerse no sólo una actuación difusa de la libertad de expresión (según nos recordara V. FROSINI), sino a materializarse un auténtico derecho a constituir relaciones, transmitir y solicitar informaciones, y de poder (incluso) disponer autónomamente del entero conocimiento humano (científico, cultural, etc.) sito en Internet (2000, p. 276).

⁶¹ En tal sentido, sobre Internet como paradigma de la necesidad de regulación supraestatal, MUÑOZ MACHADO (2000, 42 ss.).

⁶² De interés, en tal ámbito, GARCÍA SANZ (2019, 77 ss.).

la hora de evaluar adecuada y críticamente dichos contenidos, como al contribuir en los mismos⁶³. Es una cuestión principalmente cultural y de educación, de modo que la posverdad y la manipulación del miedo requiere de políticas públicas en fomento de una cultura y educación digital responsable que permita fundamentar una ciudadanía crítica y activa políticamente ante la nueva realidad democrática digital existente⁶⁴. Así se puso en evidencia finalmente en la propia Unión Europea cuando, al hilo del informe que en enero de 2018 encargara la Comisión a un Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Noticias Falsas y Desinformación (dando lugar al *Code of Practice on Disinformation*)⁶⁵, se advirtiera (entre otras medidas)⁶⁶ la necesidad de promover una ciudadanía activa y crítica ante las nuevas tecnologías digitales (CASADEI, 2019, 1 ss.): se llama a la alfabetización mediática e informática, como manera de fomentar la resiliencia entre ciudadanos. El propósito es reforzar la prevención y reducir el atractivo hacia las teorías de la desinformación y la conspiración, el miedo y la provocación, mediante un uso responsable de las redes sociales⁶⁷.

Pero al hilo de lo anterior es que en el informe asimismo se reflexione sobre la propia sociedad y ciudadanía digital. En el contexto de la era de la información contemporánea, los medios y la alfabetización informacional ha adquirido una importancia estratégica para la ciudadanía digital, como lo eran antes las competencias educativas básicas para los ciudadanos de la sociedad industrial. La alfabetización mediática y digital es el punto de partida para desarrollar el señalado pensamiento crítico en la actualidad, así como adecuadas prácticas para el discurso y la participación tanto en línea, como fuera de ésta; es más, tiene el objetivo de construir una ciudadanía que,

⁶³ Sin más, los acontecimientos del 6 de enero de 2021 en el *Capitolio*.

⁶⁴ Cfr. PIZZETTI (2017, 58-59). También, *vid.*: FRAU-MEIGS (2017, 12 ss.) y LANZILLO (2018); asimismo, sobre tal realidad democrática digital, *vid.* CASTELLANOS CLARAMUNT (2019, 167 ss.).

⁶⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation> (15/02/2020).

⁶⁶ *Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation*, 12 de marzo de 2018; <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation> (15/02/2020).

⁶⁷ A tales efectos, y al margen de la intervención de la propia sociedad civil al respecto de acciones y programas de alfabetización mediática, es que las instituciones educativas, los medios de comunicación y las autoridades públicas deban invertir en medios digitales y en esfuerzos de alfabetización digital para aumentar la conciencia y la comprensión de los medios y la información, la tecnología digital y el análisis de datos; y todo ello, a su vez, desde un reequilibrio de la brecha digital que se da ya entre la ciudadanía europea.

basada todavía en derechos fundamentales como la libertad de expresión, pueda llevar a cabo una participación auténticamente activa y responsable en la esfera pública *online*⁶⁸. En tal sentido, el informe insiste no sólo en un aprendizaje permanente (reactivo, por lo demás, a unos cambios cada vez más rápidos), sino en una *alfabetización digital preventiva*, para lo cual es crucial una estrategia en Europa que alcance los sistemas educativos nacionales y se implemente a escala masiva en los planes de estudio escolares (como en los currículos de formación de los propios docentes, claro); o lo que es igual, la conformación de una ciudadanía activa digitalmente. Pero una educación, no se olvide, en valores constitucionales, y especialmente al respecto de los derechos humanos, como requisito ineludible para una democracia pluralista capaz de fortalecerse mediante ciudadanos críticos, responsables y participativos en este nuevo contexto digital⁶⁹.

Sin embargo, y a pesar del impulso que ha supuesto para la digitalización social las graves situaciones de confinamiento domiciliario que se están viviendo en Europa por la pandemia, es que la Unión Europea parezca seguir centrada (sin minusvalorar su esfuerzo e importancia) en el mercado digital. En tal sentido, las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la configuración del futuro digital de Europa, de 9 de junio de 2020⁷⁰, continúan esta línea, si bien con referencias a la crisis de la Covid-19 y a la educación en relación a capacidades básicas digitales fundamentalmente al respecto de la actividad laboral (formación, mercado y teletrabajo). Incluso cuando la nueva *Estrategia Digital para Europa* propuesta por la Comisión habla de “Una sociedad abierta, democrática y sostenible” (febrero de 2020), es que venga a limitarse a la lucha contra la desinformación *online* y a fomentar la diversidad y fiabilidad de los contenidos en los medios de comunicación⁷¹

⁶⁸ No en vano, si generar habilidades de pensamiento crítico es crucial para una ciudadanía, la del siglo XXI, inserta en un entorno cada vez más digital, lo es todavía más si ésta ha de enfrentarse, como se ha comentado, a contenidos sesgados y polarizados (en cuanto que ciudadanos digitales informados); y más cuando éstos se presentan de manera sofisticada y difícil de detectar, incluso para los sistemas de verificación, pues se mezcla cada vez más la verdad y la ficción, además de circular por formatos difíciles de rastrear.

⁶⁹ De interés, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2009, 167 ss.).

⁷⁰ Y con las que, de alguna manera, se vendría a dar progresión a la anterior “Europa 2020: la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación”, de 2010, y en la que se incorporaba ya una “Agenda digital para Europa”; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aem0028> (20/12/2020).

⁷¹ *Cfr.* https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_es (02/01/2021).

(de nuevo, sin minusvalorar su relevancia), pero sin advertir las oportunidades que para la propia Unión Europea supone lo digital para el desarrollo de una auténtica sociedad abierta en Europa.

Si por sociedad abierta se ha entendido aquélla en cuyo gobierno no sólo goza de legitimidad democrática, sino que es sensible a una ciudadanía plural que se expresa libre y en diálogo horizontal y vertical (POPPER, 1982), la digitalización social potencia nuevas posibilidades a tales efectos. Al margen de los riesgos que hasta ahora se han comentado (y como nuevas oportunidades a los nuevos enemigos de la Democracia), los medios tradicionales de comunicación no sólo han entrado en crisis a la sombra de Internet (CASTELLS, 2016, 140 ss.), sino que con ello los propios poderes políticos han perdido buena parte de su capacidad comunicativa, como para generar espacios públicos con los que articular el debate y la discusión plural. Las esferas y los espacios públicos quedan entonces desvinculados cada vez más de aquéllos, mientras crece una mayor autonomía de la misma sociedad civil en cuanto que sociedad digital⁷². Otra cosa es el riesgo de que tales espacios queden bajo el control de particulares con concretos intereses⁷³, según acontece ya con el señalado protagonismo de determinadas redes sociales⁷⁴; como igualmente distinto es la ruptura del control por aquéllos de la información ahora, pero como aconteciera ya en el pasado con la invención de la imprenta y la quiebra del monopolio del conocimiento (y dando paso, recuérdese, a la *modernidad*)⁷⁵. Por supuesto que lo anterior dificulta una esfera pública europea desde vías clásicas, pero no empece, entendemos, que los poderes públicos puedan intervenir y fomentar debates y planteamientos públicos en

⁷² Es más, el desarrollo y la consolidación de adecuados espacios y esferas de discusión digitales y en red en manos de la sociedad civil y de proyección europea bien podría reforzar la identidad legitimadora y colectiva de la integración europea de manera más eficiente, dada su condición original y autónoma de ésta. Sobre el Internet como "*locus* deliberativo" hoy y su potencial para conformar un nuevo espacio deliberativo al margen de los tradicionales márgenes en los que la discusión pública se ha venido moviendo, *vid.*, p.e., CEBRIÁN ZAZURCA (2012, 161 y ss.).

⁷³ Como por otra parte ya se da en relación a ciertos medios de comunicación con particular predominio, y con lazos e intereses políticos y económicos propios y compartidos; *vid.* FERRAJOLI (2011, 65 ss.).

⁷⁴ Para lo cual resulta esencial la intervención de los poderes públicos, y especialmente en garantía de la neutralidad de Internet; así, SÁNCHEZ BARRILAO (2020c, 49 ss.).

⁷⁵ Siguiendo a MCLUHAN, MOYA VALCAÑÓN (1979, 7 ss.). Y de ahí que, como ocurriera en el pasado, quepa esperar en el futuro una racionalidad diversa a la actual; no sé si peor o mejor, pero seguro que distinta y aún en construcción.

los cada vez más autónomos espacios digitales y en red⁷⁶; incluso, el diseño y fomento de nuevas formas y espacios virtuales de comunicación y participación deliberativa de los europeos al respecto de la política y el Derecho europeo tal como se dio, precisamente, con ocasión de la elaboración del proyecto del Tratado constitucional a comienzos de este siglo⁷⁷.

Una Europa abierta a una ciudadanía activa digitalmente, por último, no tiene que ser sólo uno de los presupuestos de su integración ante las diversas crisis que hoy la amenazan (en especial, frente a movimientos iliberales y antieuropeos), sino una esperanza para una ciudadanía que se ve arrastrada por acontecimientos, pandemias y poderes ajenos a su control; lo digital, entonces, como oportunidad y motor de progreso social y público, y no sólo como mero riesgo u objeto del mercado. Y así, finalmente, una sociedad abierta y ahora digital para una Europa en la que los ciudadanos puedan ser actores activos de su destino individual y colectivo; pero una ciudadanía digital que, conforme lo adelantado, ha de ser constitucional y efectivamente promovida, formada y educada. Ésta es nuestra responsabilidad y nuestro futuro como europeos (HÄBERLE, 2005, 613 ss.).

6. Bibliografía

- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. (2002-2003). La Convención sobre el futuro de Europa. *Teoría y Realidad Constitucional*, 10-11.
- ALLEGRI, G.; STERPA, A.; VICECONTE, N. (coord.) (2019). *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- ARTEAGA, F. (2017). De las sociedades inseguras, sus miedos y sus odios. *Blog Análisis y Reflexiones sobre Política Internacional (Real Instituto Elcano)*.
- AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F. (2018). El mundo de la posverdad. *Cuaderno de Estrategia*, 197.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2008). El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2019). Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32.

⁷⁶ Es sólo, entonces, que tal participación no sería *directiva*, sino únicamente *sugestiva*. Precisamente en el ámbito europeo, sobre una ciudadanía más *sujeto* que *objeto* de la comunicación y del debate público a través de las redes, *vid.* CID VILLAGRASA (2014, 67 ss.).

⁷⁷ Al respecto, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES (2002-2003, 507 ss.).

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020a). El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas. En AA.VV. *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Aranzadi / Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra).
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020b). Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46.
- BAUMAN, Z. (2017). *La globalización (Consecuencias humanas)*, 2ª ed. (1ª reimp.). Fondo de Cultura Económica. Madrid.
- BECK, U. (1998). *La sociedad del riesgo (Hacia una nueva modernidad)*. Paidós. Barcelona.
- BETZU, M.; COINU, G.; DEMURO, G. (2019). Gobernanza de los macrodatos y democracia representativa. *Revista de Derecho Político*, 106.
- BOIX PALOP, A. (2020a). Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, when Used by the Public Administration for Decision-making, as Legal Norms in order to Guarantee the proper adoption of Administrative Decisions. *European Review of Digital Administration & Law*, 1(1-2).
- BOIX PALOP, A. (2020b). Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1(1).
- BOSTROM, N. (2014). *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. Oxford University Press. Oxford.
- BRONCANO, (1995). La filosofía y la tecnología: una buena relación. En AA.VV. *Nuevas meditaciones sobre la técnica*. Trotta. Madrid.
- BUDE, H. (2017). *La sociedad del miedo*. Herder. Barcelona.
- CÁMARA VILLAR, C. (2012). Artículo 13. Libertad de las artes, de la investigación científica y de cátedra. En AA.VV. *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comares. Granada.
- CASADEI, T. (2019). L'irruzione della post-verità. *Governare la paura. Journal of interdisciplinary studies*.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (2019). Las imbricaciones políticas entre la participación ciudadana e Internet. *Revista de Derecho Político*, 106.
- CASTELLS, M. (2003). *La era de la información (Vol. 2, El poder de la identidad)*, 2ª ed. Alianza. Madrid.
- CASTELLS, M. (2016). El poder de las redes. En *De la crisis económica a la crisis política (Una mirada crítica)*. La Vanguardia. Barcelona.
- CIARLO, P. (2018). Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete. *Rivista AIC*, 2.
- CID VILLAGRASA, B. (2014). La política de la comunicación en Europa: el nuevo reto de la Europa democrática. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 31.

- CEBRIÁN ZAZURCA, E. (2012). *Deliberación en Internet (Una propuesta de modelo de participación política)*. Fundación Giménez Abad. Zaragoza.
- D'ATENA, A. (2010). La Constitución oculta de Europa (antes y después de Lisboa). *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 13.
- D'ATENA, A. (2019). Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale, *Rivista AIC*, 2.
- DE CABO MARTÍN, C. (1993). *Teoría histórica del estado y del derecho constitucional. Vol. II, Estado y derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*. P.P.U. Barcelona.
- DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS (2018). Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. En AA.VV. *Sociedad Digital y Derecho*. Boletín Oficial del Estado / Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Madrid.
- ESTEVE PARDO, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*. Marcial Pons. Madrid.
- ESTEVE PARDO, J. (2013). Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes. Junto a Tejada Palacios, J. en *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid.
- ESTEVE PARDO, J. (2016). *Estado Garante. Idea y realidad*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid.
- FARIA, J.E. (2001). *El Derecho en la economía globalizada*. Trotta. Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J. (2004). *Secreto e Intervención de las Comunicaciones en Internet*, Aranzadi, Pamplona.
- FIORIGLIO, G. (2019). Post-verità, paura e controllo dell'informazione: quale ruolo per il diritto?. *Governare la paura. Journal of interdisciplinary studies*.
- FORMOSO ARAUJO, C. (2019). Miedo social en las sociedades de la comunicación. Poder, crisis económica y políticas en España (2008-2015). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta. Madrid.
- FRAU-MEIGS, D. (2017). Contra la información falsa, espíritu crítico. *El Correo de la UNESCO*, 2.
- FROSINI, T.E. (2004). Nuevas tecnologías y constitucionalismo. *Revista de Estudios Políticos*, 124.
- FROSINI, T.E. (2018). *Libertad, Igualdad, Internet*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- FROSINI, V. (1968). *Cibernetica: diritto e società*. Comunità. Milano.
- FROSINI, V. (1982). Bancos de datos y tutela de la persona. *Revista de Estudios Políticos*, 30.
- FROSINI, V. (2000). L'orizzonte giuridico dell'Internet. *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2.

- GARCÍA SANZ, R.M. (2019). La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en Internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales. *Revista de Derecho Político*, 106.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales en la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Dykinson. Madrid.
- GRAY, J. (1998). Nature Bites Back. En AA.VV. *The Politics of Risk Society*. Polity Press. Cambridge.
- GRAZIA RODOMONTE, M. (2019). ¿Populismos y soberanismos versus Unión Europea?. *Revista de Derecho Político*, 106.
- GUILLUY, C. (2019). *No Society. El fin de la clase media occidental*. Taurus. Barcelona.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (2009). La educación de ciudadanos para la sociedad multicultural y la comunidad internacional. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 10.
- HÄBERLE, P. (1996). El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura. En *Retos actuales del Estado constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati.
- HÄBERLE, P. (2005). La ciudadanía a través de la educación como tarea europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4.
- HÄBERLE, P. (2006). Siete tesis para una teoría constitucional del mercado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 5.
- HÄBERLE, P. (2012). Algunas tesis sobre el presente y el futuro de Europa: una aportación al debate. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 18.
- HAN, B.C. (2013). *La sociedad de la transparencia*. Herder. Barcelona.
- HAN, B.C. (2017). *La expulsión de lo distinto (Percepción y comunicación en la sociedad actual)*. Herder. Barcelona.
- HOFFMANN-RIEM, W. (2018). *Big data. Desafíos también para el Derecho*. Civitas / Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra).
- JONAS, H. (2004). *El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)*, 2.^a ed. Herder. Barcelona.
- KAUFMAN, E. (2018). The social media, the mass media, violence and democracy. The arena for institutional weakening and citizens lack of confidence. *Derecom*, 25.
- LANZILLO, M.L. (2018). Cittadinanza democratica, scienza, educazione nel tempo della post-verità. *valuenews.invalsi.it*. Recuperado en <https://francescomacri.wordpress.com/2018/09/10/cittadinanza-democratica-scienza-educazione-nel-tempo-della-post-verita/>.
- LÓPEZ CERESO, J.A.; LUJÁN, J.L. (2001). Hacia un nuevo contrato social para la

- ciencia: evaluación del riesgo en contexto social. En AA.VV. *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura en el cambio de siglo*. Biblioteca Nueva. Madrid.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (1991). *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*. Tecnos. Madrid.
- MARTÍNEZ DÍAZ, G. (2018). La posverdad y el resquebrajamiento del orden liberal. *Documento de Opinión (ieee.es)*, 93.
- MERCADO PACHECO, P. (2012). Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26.
- MIRÓ LLINARES, F. (2016). Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 22.
- MORELLI, A.; POLLICINO, O. (2020). Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace. *American Journal of Comparative Law*.
- MORETÓN TOQUERO, M.A. (2012). El «ciberodio», la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27.
- MOYA VALGAÑÓN, C.V. (1979) «Leviatán» como pretexto: T. Hobbes y la invención moderna de la Razón. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 5.
- MUMFORD, L. (2010). *El mito de la máquina I: Técnica y evolución humana*. Pepitas de Calabaza. La Rioja.
- MUMFORD, L. (2011). *El mito de la máquina II: El pentágono del poder*. Pepitas de Calabaza. La Rioja.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2000). *La regulación de la red (Poder y Derecho en Internet)*. Taurus. Madrid.
- 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 LUÑO, A. (2005). El Derecho y las nuevas tecnologías: impacto de la red en las libertades. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8.
- PIZZETTI, F. (2017). *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*. *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 1.
- PONS, A. (2001). Progreso. En AA.VV. *Diccionario Akal de Filosofía Política*, Ediciones Akal, Madrid.
- POPPER, K.R. (1982). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós. Barcelona.
- QUINTANILLA FISAC, M.Á. (1997), El enfoque de la innovación tecnológica: el concepto de progreso tecnológico. *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 620.
- RAMONET, I. (2016). *El imperio de la vigilancia*. Clave Intelectual. Madrid.

- RICHTERICH, A. (2018). How data-driven research fuelled the cambridge analytica controversy. *Partecipazione e Conflitto*, 11(2).
- ROBIN, C. (2009). *El miedo. Historia de una idea política*. Fondo de Cultura Económica. México.
- RODOTÀ, S. (1995). *Tecnologie e diritti*. Il Mulino. Bologna.
- RODOTÀ, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. Trotta. Madrid.
- RODRÍGUEZ GUERRA, J. (2014), Derecho al conocimiento y al progreso científico y a sus aplicaciones. El problema de la propiedad intelectual (art. 27.1 DUDH; art. 15 PIDESC). En AA.VV. *El sistema universal de los derechos humanos*. Comares. Granada.
- SALMONI, F. (2001). *Le norme tecniche*. Giuffrè Editore. Milano.
- SALVADORI, M.L. (2011). *Democrazie senza democrazia*. Editori Laterza. Roma-Bari.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2005). Sobre la Constitución normativa y la tecnología. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2016a). Unión Europea y globalización: reivindicando una Europa de los ciudadanos. En AA.VV. *Estudios en homenaje al Profesor y Magistrado Luis Ortega Álvarez*. Aranzadi / Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra).
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2016b). El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional. *Estudios de Deusto*, 64(2).
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2016c). Reivindicando la ley. En AA.VV. *Constitucionalismo crítico*. Libre amicorum Carlos de Cabo Martín (II), 2.^a ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2017a). Los fundamentos del «progreso informático» en la Unión Europea. *Revista de Derecho Político*, 98.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2017b). Constitucionalismo, (neo)crisis del Estado social e integración europea. En AA.VV. *Constitución e Integración Europea. Forma política, gobernanza económica, organización territorial*. Dykinson. Madrid.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2018). Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica. La neutralidad de Internet como objeto constitucional. Ambos en AA.VV. *Retos jurídicos por la sociedad digital*. Aranzadi / Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra).
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2019). *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2020a). Globalización y Europa: pasado y presente. En AA.VV. *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española (I. Balances y perspectivas en la Europa constitucional)*. Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2020b). Sociedad del miedo y desafección constitucional. *Revista de Derecho Político*, 108.

- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2020c). El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad. *Estudios en Derecho a la Información*, 9.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2020d). Riesgos y seguridad a comienzos del Siglo XXI (y una coda al respecto de la crisis del COVID-19). En AA.VV. *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Aranzadi / Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra).
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2020e). La crisis del Derecho constitucional multinivel. En AA.VV. *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro homenaje a Jörg Luther*. Civitas / Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra).
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2011). Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs. En AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Servei de Publicacions de la Universitat de València. Valencia.
- SERRA CRISTÓBAL, R. (2015). La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional. *Revista de Derecho Político*, 92.
- SILVEIRA GORSKI, H.C. (2003). La Agencia de Protección de Datos como administración independiente en el «Estado regulador». Junto a Sánchez Urrutia, A.; Navarro Michel, M. *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Icaria. Barcelona.
- SUÁREZ GONZALO, S. (2018). Tus likes ¿tu voto? Explotación masiva de datos personales y manipulación informativa en la campaña electoral de Donald Trump a la presidencia de EEUU 2016. *Quaderns del CAC*, 44.
- SUNSTEIN, C.R. (2009). *Leyes de miedo (Más allá del principio de precaución)*. Katz. Buenos Aires.
- VALADIER, P. (2017). La posverdad, peligro para la democracia, *Revista de Fomento Social*, 72(2).
- VON BOGDANDY, A. (2005). Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege data y lege ferenda*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75.
- WINNER, L. (2001). Dos visiones de la civilización tecnológica. En AA. VV. *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura en el cambio de siglo*. Biblioteca Nueva. Madrid.
- YUDKOWSKY, E. (2008). Artificial Intelligence as a Positive and Negative Factor in GLOBAL RISK. En AA.VV. *In Global Catastrophic Risks*. Oxford University Press. New York.

THE DARK SIDE OF THE MOON?
BREVI RIFLESSIONI SU DISTOPIE E SPERANZE
DELLA *DIGITAL REVOLUTION* NELLO STATO COSTITUZIONALE*

MASSIMILIANO BARONI

SOMMARIO: 1. Un mondo di turisti. – 2. La crisi dei paradigmi tradizionali. – 3. Alla riscoperta dello Stato costituzionale. – 3.1. Giustizia. – 3.1.1. Giustizia come processo. – 3.1.2. Giustizia come garanzia dei diritti fondamentali. – 3.1.3. Giustizia come formula collettiva. – 3.2. L'imprescindibilità della cultura umanistica. 3.3. Nuovi diritti: di forma o di sostanza? – 4. A e Ω. – 5. Riferimenti bibliografici.

1. Un mondo di turisti

Nel 2003 Alessandro Pace scriveva delle “sfide del costituzionalismo nel XXI secolo” (PACE, 2003), menzionando in premessa alcuni “gravi problemi pratici che incombono sull’umanità” (tra cui il cambiamento climatico: l’afflato della campagna presidenziale di Al Gore, evidentemente, dopo tre anni risuonava ancora forte nella pubblica opinione), e – pur mettendo in guardia gli addetti ai lavori affinché non qualificassero, erroneamente, qualsiasi “teorizzazione costituzionalistica” come costituzionalismo¹ – specificava tuttavia che la riaffermazione di quest’ultimo avrebbe consentito al giurista di occuparsi dei problemi contemporanei “giuridicamente più aggredibili” e, allo stesso tempo, di assumere un ruolo-guida (‘aiuto all’orientamento’, e non ‘leader’, ndr) in quelli più lontani.

Quasi quattro lustri dopo, la situazione non sembra differente. Ed anzi, le “sfide” appaiono più che mai attuali: i problemi del passato (instabilità politica; progressivo sgretolarsi delle forme partitiche tradizionali; crisi delle fonti del diritto), lungi dall’aver trovato soluzione, si sono aggravati (tanto nelle cause, quanto – e soprattutto – nelle conseguenze, dirette ed indirette). Anche per tali motivi oggi viviamo in un contesto storico-sociale identificato

* Questo contributo ha ricevuto il premio *ex aequo* come migliore relazione del V congresso internazionale del Seminario Italospagnolo “Europa, Società aperta”.

¹ In particolare non sono tali, per l’A., quelle “concezioni e tendenze costituzionali che, sia pure con le migliori intenzioni, prefigurano sistemi di governo nei quali vengono attribuiti amplissimi poteri discrezionali all’esecutivo, ancorché democraticamente eletto, e vengono ridotti al minimo i controlli su di esso”. Pace (2003, 2).

con l'acronimo "VUCA", a significarne le caratteristiche di *volatility, uncertainty, complexity, ambiguity*. Il cambiamento impera, è sempre più veloce e rivela sempre più nitidamente la propria identità (non di semplice cambiamento appunto, *bensi*) di "rivoluzione", questa volta 4.0, vertiginosamente più veloce e – ormai palesemente – incredibilmente più penetrante e diffusiva rispetto alle sue omologhe predecessore² (e come in ogni rivoluzione, saltano i paradigmi ritenuti sino a quel momento 'tradizionali').

Un mondo, insomma, per descrivere il quale non sembra azzardato ricordare chi già nel 1999 evidenziava la (avvenuta) transizione dei *cives* da pellegrini a turisti³. Per quanto qui maggiormente interessa, e sintetizzando, il pellegrino è colui che può dirsi – ed è – capace di scegliersi un punto di arrivo, ponendosi un obiettivo che sia il culmine del proprio percorso e riuscendo, per questo, a differire gradualmente e progressivamente la propria gratificazione al momento del – futuro – taglio del traguardo, da tutto ciò traendo l'energia e lo zelo necessari se non a giungere al tanto agognato scopo, quantomeno a non smettere di camminare. Non vi riesce invece – né pensa a riuscirci – il turista, la cui dimensione è quella dell'episodico, dominato com'è da un'estemporanea eccitazione sempre in divenire, priva di punti di arresto, per questo incapace di fermarsi ed in perenne rincorsa (ma di cosa?).

D'altronde, simile smarrimento appare giustificato, o quantomeno giustificabile, a fronte della prossima caduta dei giganti: il Comitato economico e sociale europeo⁴ ha già individuato 11 settori tradizionali che verranno sconvolti dalla *digital revolution* e nei quali, ormai, l'AI pone sfide non più procrastinabili: si noti come tra questi settori vi siano, esemplificativamente, quelli di "etica", "sicurezza", "privacy", "(dis)uguaglianza e inclusività", "governance e democrazia"; e se ne potrebbero facilmente aggiungere altri (la giustizia? V. *infra*).

Si tratta, in ogni caso, di temi ricchi e vicendevolmente interconnessi: le

² È di poche settimane fa il caso di "Google down" più esemplificativo degli ultimi anni, durante il quale abbiamo nostro malgrado ricevuto un'ulteriore dimostrazione di quella dicotomia tra "luce" e "buio" che la società digitale ha portato con sé (e cui siamo, oramai, pressoché totalmente assuefatti).

³ Z. BAUMAN (1999).

⁴ CESE, Documento C-288, 31 Agosto 2017. Nello specifico, il documento in parola parla espressamente di settori in cui "l'AI pone sfide per la società": l'etica; la sicurezza; la privacy; la trasparenza e la rendicontabilità; il lavoro; l'istruzione e le competenze; la (dis)uguaglianza e l'inclusività; le disposizioni legislative e regolamentari; la governance e la democrazia; la guerra; la superintelligenza. Sul punto sia consentito rinviare a BARONI (2019).

operazioni di *big data mining* costituiscono il nucleo della privacy, ma allo stesso tempo hanno dimostrato di poter colpire in maniera sorprendentemente efficace la democrazia. Non solo Cambridge Analytica, ma – anche ed ancor di più – lo spettro della *bubble democracy*, in cui i contenuti vengono veicolati agli utenti attraverso decisioni e preferenze algoritmiche, sulla base delle affinità con le idee già precedentemente espresse dall'utente stesso, portando inevitabilmente ad una distorsione del mezzo di internet ed una polarizzazione mediatica prima che elettorale, le cui conseguenze sono già immediatamente visibili: estremismi e *fake news* vanno a braccetto, e non è certamente casuale la riscoperta dei populismi⁵.

Rectius, neo-populismi. Gli odierni populismi (la forma plurale è qui obbligatoria) conservano intatta la struttura di base e le caratteristiche fondamentali dei loro predecessori, quali individuazione di un “nemico” (molto spesso, le élite); enfaticizzazione del cambiamento rispetto al passato; iperpersonalizzazione della battaglia politica e della figura del leader. Allo stesso tempo, tuttavia, i nuovi media e la rivoluzione digitale rappresentano un fattore ambientale inedito e decisivo, che ha contribuito massicciamente al successo internazionale del marchio populista. Le reti sociali favoriscono l'immediatezza, la semplicità, la brevità e l'empatia *di e verso* qualsivoglia messaggio politico. Il che, ovviamente, risulta dannoso per il confronto dialogico, che è in realtà la pietra angolare, l'*humus*, di ogni ordine democratico. Sul quale, oggi, incombono la citata *bubble democracy* e l'algo-crazia, con conseguente erosione del pluralismo⁶.

E ancora: il *machine learning* impatterà in maniera formidabile sul settore *automotive* e sulle responsabilità da sinistro, mentre similmente si discuterà (già si discute) sulla responsabilità dei danni causati dai robot, chirurgici e

⁵ Per Spadaro, una “patologia del processo democratico”. In SPADARO (2010, 20).

⁶ Date le suddette premesse, il populismo è destinato a durare (GRAZIANO, 2018) e a rimanere al centro della scena politica attuale: Trump avrà anche perso le elezioni, ma il Truimpismo è ancora vivo.

L'Italia può godere, in merito, di un punto di vista privilegiato: già nel 1946 Guglielmo Giannini teorizzava il “partito dell'uomo comune”, anticipando alcune delle principali caratteristiche dei populismi odierni, arrivando a coniare il termine “qualunquista”; mentre nel 1994 Silvio Berlusconi annunciava la sua entrata in politica con un videomessaggio, per poi firmare in diretta un simbolico “contratto con gli italiani”. Messaggi dunque unilaterali, dove non è contemplata alcuna risposta, altamente simbolici e immediatamente comprensibili, e che condividono non poche cose con il paradigma populista. E ancora, non si dimentichi come l'Italia sia, allo stato, governata dalla più grande sorpresa della moderna ‘antipolitica’, il Movimento 5 Stelle.

giudiziari: è possibile evitare il *bias* dell'algoritmo? Sino a che punto un giudice può vincolare la propria decisione ad un output algoritmico? Qual è il confine tra una giustizia giusta ed una giustizia esatta? Il caso *Compas* ha già dimostrato come algoritmi, etica e (in)giustizia possano non andare propriamente d'accordo.

Temî rilevantissimi, ormai assunti al ruolo di imperativi morali. Intolleranti, dunque, all'indifferenza degli addetti ai lavori.

2. La crisi dei paradigmi tradizionali

Quale, allora, il ruolo del giurista e, in specie, del giurista pubblicista? Dedicarsi all'osservazione di un "problema" – si sa – si risolve in un'operazione sterile se non si riescono a comprendere i fenomeni che ne sono la scaturigine o che ne rappresentano – quantomeno in parte – una delle cause scatenanti e/o determinanti.

Ebbene, appare ragionevole ritenere che lo scenario appena descritto rappresenti (e sia dovuto a) una nuova primavera del potere privatistico su quello statale: ne è evidente manifestazione l'erosione (*rectius*: l'ormai avvenuto, superamento) della sovranità normativa e dell'esclusività del potere statale, di cui si appalesa sempre più l'incapacità adattiva alle sfide poste dall'era digitale. Anche nei primi del Novecento si era assistito alla diffusione della *lex mercatoria*, più semplice, veloce, mutevole della legge statale (delle leggi statali), eppure il diritto positivo mostrava allora di saper resistere, riuscendo a convivere con la c.d. costituzione economica globale.

Oggi non è più così: gli algoritmi e i *bit*⁷ corrono più veloci dei contratti (ed anzi perfino questi, ora, sono *smart*) e i Parlamenti nazionali appaiono eccessivamente ferruginosi, incapaci di farsi portatori delle istanze sociali, da cui sembrano sempre più distanti (il tavolo di discussione del GDPR, entrato in vigore nel 2018, iniziò nel 2011).

Tutto depone a favore della retroazione dei poteri pubblici stabiliti. Adirittura la capacità di batter moneta, un tempo baluardo della sovranità, è oggi appannaggio delle *blockchains*: valute figlie della globalizzazione più pura, vocate all'internazionalizzazione ed al rifiuto delle singolarità nazionali. Motivi che ne hanno determinato il successo e per i quali – volenti o nolenti – gli Stati dovranno tener conto dei nuovi prodotti della tecnica informatica.

Accade ugualmente anche alle Corti, che non a caso sperimentano due

⁷ "L'unità di informazione è il bit" in LYOTARD (2019, 12).

grandi, inedite, rivoluzioni: da un lato, un rinnovato protagonismo decisionale (la Corte costituzionale italiana ne fornisce un esempio vivissimo con la 269/17, nei confronti della CGUE, e con la 242/2019, nei confronti del legislatore nazionale), dall'altro la ricerca della legittimazione popolare, come mostrato dal "Viaggio in Italia" della Consulta o dall'utilizzo sempre più frequente, ad opera della medesima Corte, dei comunicati stampa; peraltro analogamente a quanto accade tramite la rubrica 'Prensa' del *Tribunal Constitucional de Espana*, in cui vengono offerte al lettore "note esplicative sotto forma di comunicati stampa" (COSTANZO, 2015:272)⁸.

Si potrebbe sostenere che ogni cambiamento, costruttivo o distruttivo che sia (dunque, perfino una crisi), altro non rappresenti se non un'ordinaria fase di transizione necessaria al consolidamento del sistema, in chiave finanche funzionalista. Eppure, la tesi non convince per almeno due ragioni, sinteticamente riassumibili in questi termini: innanzitutto, da un punto di vista linguistico, pare di poco respiro porre sul medesimo piano cambiamento e crisi, differenziandoli unicamente per il relativo aspetto temporale/di durata. Crisi, invero, è non solo e non tanto l'insieme degli *eventi* (recessione, instabilità...) che implicano un senso di smarrimento in chi li vive, quanto – piuttosto – l'*effetto* dei medesimi accadimenti sui paradigmi regolatori precedenti, evidentemente messi a nudo nelle proprie debolezze strutturali a tal punto da "andare" in crisi⁹: e dunque, per tale motivo, necessariamente condotti verso una evoluzione, da intendersi come sostituzione, avvicendamento (e non, invece, mero cambiamento, in continuità con il passato). In secondo luogo, ed in conseguenza, pare più convincente, oltre che difficilmente confutabile, prender consapevolezza dell'affermazione di uno scenario nuovo, inedito, caratterizzato da una moltitudine di – estemporanei, anche se più e meno duraturi e/o influenti – centri di potere, organizzati in forma di "rete" (oltre che *tramite* la medesima).

Non stupisce, quindi, il ridimensionamento degli attori giuridici tradizionali e – con essi – la potenziale e sempre più evidente lesione dei diritti individuali: come si può tutelare un diritto se questo non è ancora contemplato dall'ordinamento nazionale? Si può aspirare ad una tutela uniforme per il tramite del diritto positivo, quantomeno in Europa (anche ex art. 47 CDFUE)? Fino a quando/quanto si potrà contare sull'attività creativa delle Corti?

⁸ COSTANZO (2015, 272).

⁹ In altre parole, troppo spesso non emerge con sufficiente chiarezza la necessaria distinzione dei due significati del termine: l'uno, la crisi dei paradigmi, è il motore del cambiamento; l'altro, lo stato di crisi anche emozionale ingenerato nei consociati, è l'effetto.

Oltre quale limite, nella dimensione pubblicistica sovranazionale, la pretesa azionabile in giudizio perde di effettività? Perché di questo si tratta. Dell'essersi imposto, al centro della Nuova Questione Costituzionale, un inedito soggetto giuridico, il Transnazionale (la maiuscola è di TEUBNER, 2013)¹⁰, capace di oltrepassare i concetti di “confine” statale e di ordine giuridico finito (che del primo era a ben vedere macroscopico riflesso), lasciato libero di atteggiarsi a nuovo potere sovrano per effetto di una costante espansione orizzontale (RODOTÀ, 2014)¹¹ che sfugge all'ordinario sistema – anche gerarchico – delle fonti.

In particolare queste ultime, autonomamente e come riflesso del potere di *imperio* statale, rappresentano una vivida manifestazione dell'erosione del potere di legittimazione, trovandosi troppo spesso a dover rincorrere (o, comunque, arginare) sistemi regolatori eso-statali. Un esempio su tutti è offerto dall'autoregolamentazione delle *Big Techs*, il cui operato non tiene conto, né desidera farlo, delle maglie del diritto, tanto più ove questo presenti smagliature burocratiche e/o di mancata armonizzazione che consentano di penetrarvi indenni: in tal senso, l'inservibilità dei sistemi giuridico-fiscali tradizionali rappresenta ad oggi una spina nel fianco dei Parlamenti di tutto il pianeta¹².

¹⁰ TEUBNER (2013, 7).

¹¹ RODOTÀ (2014). Del medesimo A. l'espressione di “universalità non imposta, ma scoperta” (RODOTÀ, 2014, 58).

¹² Sono ormai noti i meccanismi di elusione fiscale e/o di *tax ruling* contro cui l'Unione – *ex multis* – ha intrapreso una feroce battaglia. Possono ricordarsi gli approdi della Commissione nei confronti di Lussemburgo e Paesi Bassi, ritenuti colpevoli di aver concesso vantaggi fiscali selettivi rispettivamente a Fiat (FCA - T-755/15 e T-759/15 Lussemburgo e FIAT Chrysler v Commission) e a Starbucks (Starbucks - T-760/15 Netherlands v Commission e T-636/16 Starbucks and Starbucks Manufacturing Emea v Commission); Belgio, per aver adottato le medesime condotte a vantaggio di almeno 35 multinazionali, prevalentemente interne all'UE, nell'ambito del regime fiscale sugli utili in eccesso. La Commissione ha inoltre concluso che l'Irlanda avrebbe concesso ad Apple vantaggi fiscali indebiti per un totale di 13 miliardi di euro (Apple - T-778/16 and T-892/16): il caso, pur se conclusosi con una sentenza favorevole al gigante di Cupertino, è di primissimo rilievo per l'espressa conferma – da parte del Tribunale UE – della possibilità della Commissione di esaminare se i *ruling* fiscali concessi da uno Stato membro integrino gli estremi dell'aiuto di Stato. Per M. Vestager, Commissaria UE responsabile della concorrenza e principale fautrice della lotta all'elusione fiscale delle *Big Techs*, “la battaglia contro la pianificazione fiscale aggressiva è una maratona, non uno sprint. La nostra battaglia contro gli aiuti di Stato illegali continua, se gli Stati danno ad alcuni vantaggi che altri non hanno danneggia la concorrenza nella Ue e tolgono risorse necessarie ai cittadini. Gli strumenti a nostra disposizione sono tanti e l'obiettivo è semplice: assicurare che tutti paghino la giusta quota di tasse”. Sembrerebbe quindi che l'approccio seguito dalla Commissione, legit-

Non solo: la velocità di espansione offerta dalla rete ha donato ai nuovi paradigmi sociali la capacità di legittimarsi autonomamente, contando unicamente sull'adesione massiccia di intere porzioni del globo, a fronte delle quali non potrebbero certo pensare di intervenire le singole nazioni (né, forse, un moto unitario di queste).

Il che implica, tuttavia, che domani ben potrebbero sorgere nuove e più innovative realtà – anche comunicative (sino a pochi anni fa, neppure il “linguaggio delle macchine” esisteva)¹³ – che potrebbero portare, e porteranno, ulteriori stravolgimenti. Non c'è (più) un ordine preconstituito, tramontato con l'avvento della postmodernità.

AmMESSO che, ovviamente, un simile ordine vi sia mai stato. Von Hayek, criticando le forme socialiste di intervento nell'economia, parlava di “scientismo” per indicare l'errore in cui cadremmo quando sopravvalutiamo la nostra capacità di comprendere gli accadimenti del mondo, sin tanto da arrivare a concepire un sistema ordinato pur ove, in realtà, non vi è – appunto – alcun ordine¹⁴.

Che fare, allora?

3. La riscoperta dello Stato costituzionale

Diviene innanzitutto essenziale che la *neutralità* della rete non si tramuti in *indifferenza* della rete per gli accadimenti esterni, sulla scorta del potersi definire come soggetto(i) che *superiorem non recognoscen(t)es*. Ed invero, ci si è chiesti *chi sono oggi i sovrani?* (AZZARITI, 2014:27).

A tal fine, due sono le strade che sembrano percorribili, tra loro non alternative ma complementari.

timo in via di principio, sia particolarmente difficoltoso da perseguire sul piano pratico-operativo.

È attualmente pendente in fase di appello avanti il Tribunale UE il caso Amazon - T-318/18 - Amazon EU e Amazon.com/ Commissione: un ruling fiscale risalente al 2003 e rinnovato nel 2011 dal Lussemburgo avrebbe autorizzato il pagamento di una *royalty* da parte di Amazon EU ad Amazon Europe Holding, riducendo così in maniera significativa gli utili imponibili di Amazon EU. Se così fosse, tale pratica avrebbe *de facto* permesso ad Amazon di eludere le imposte su tre quarti degli utili generati dalle sue vendite nell'UE.

¹³ Nel 2015, per la prima volta in assoluto, l'Oxford Dictionary ha selezionato come “*Word of the Year*” non una parola, bensì un'emozione: “*Face with Tears of joy*”.

¹⁴ Così, esemplificativamente, anche TALEB (2007) che parla diffusamente di “bias di conferma”.

Si avverte innanzitutto l'esigenza di un *framework* costituzionale innovativo (e innovatore), per poter attualizzare la (classica) funzione del (nuovo) costituzionalismo come argine – o quantomeno limitazione – del potere governativo. *Rectius*: del nuovo potere, non più governativo nel senso tradizionale del termine, e ciononostante prossimo candidato a divenire un potere assoluto. È ragionevolmente possibile ritenere che Montesquieu, ora, opererebbe una tripartizione tra potere scientifico, tecnico ed economico, relegando il legislativo ad osservatore passivo, dotato di grandi intenzioni e non così elevate capacità d'azione.

Ben si comprende, quindi, quanto forte sia il bisogno di nuove forze costituenti, tramite cui potersi costruire dei binari capaci di direzionare la sfrenata ed apparentemente inarrestabile corsa del treno tecnico-economico e digitale. D'altronde, è nota la sostanziale incapacità della scienza di autogestirsi e, in specie, di autodirezionarsi: la ricerca tende progressivamente a costruire una "scala verso il cielo", ma qual è il punto di arrivo (*rectius*: c'è, un punto di arrivo)?

Lo Stato costituzionale, al contrario, possiede e partecipa di caratteristiche che permettono – di più: implicano necessariamente – un sapiente utilizzo degli strumenti (tecnici e non solo) in funzione estensiva del benessere sociale, cui deve tendersi nel rispetto di determinati capisaldi (pena, ovviamente, la violazione delle regole del gioco). Insomma, appare estremamente più rassicurante del dettato scientifico *ab-soluto*. D'altronde, non è una novità il rilievo tutt'oggi occupato nella filosofia politica normativa della possibilità di concepire – ed applicare – una teoria della giustizia che possa essere compatibile con l'odierna parcellizzazione dei valori e la costante esasperazione delle differenze sociali (da tempo il *welfare state* presta il fianco all'inefficienza o all'incapacità distributiva, tra l'altro porgendo giocoforza l'altra guancia quando equiparato all'assistenzialismo).

Numerosissimi sono i settori che, oggi, inviano una richiesta d'aiuto al costituzionalismo.

3.1. Giustizia

Si diceva della giustizia. Ma – esattamente – quale? L'amministrazione della giustizia, intesa come esercizio dell'attività giurisdizionale (*giustizia come processo*)? La possibilità di trovare, nella giustizia, il mezzo di tutela dei singoli (*giustizia come garanzia dei diritti fondamentali*)? O, ancora, paradigma sociale (*giustizia come formula collettiva*)? Forse la risposta, a costo di essere banale, potrebbe essere: tutte.

3.1.1. Giustizia come processo

Quanto alla prima ipotesi, è sufficiente citare nuovamente il caso *Compas*, il che porta a due conclusioni:

- è necessario (*poter*) governare le macchine, comprendendone il funzionamento e quindi eliminando l'inintelligibilità dell'algoritmo: solo così si potrà comprendere quando si sia davanti ad un *bias* del codice e, soprattutto, solo così si potrà cercare di prevenirlo;
- bisogna elaborare dei sistemi di protezione verso i possibili – ed anzi ancora probabilmente certi – *output* errati.

Trattasi evidentemente di problemi di non poco conto, specie con riferimento all'ultimo dei due: basti pensare che – quantomeno ad oggi – essendo quelli di AI dei modelli probabilistici, una certa percentuale di errore è implicata nel funzionamento della macchina, tanto da essere necessaria per un miglior funzionamento della medesima¹⁵. Per questo si è ipotizzata, ad esempio, l'introduzione di sistemi di *redress* e, in particolare, di *redress by design*, nel tentativo di arginare le esternalità negative dei sistemi di intelligenza artificiale (peraltro, replicando un impianto già codificato a tutela della privacy, con il Reg. 679/16).

3.1.2. Giustizia come garanzia dei diritti fondamentali

In merito alla *giustizia come garanzia dei diritti fondamentali*, si tratta di fornire agli algoritmi non tanto una cornice normativa, quanto – piuttosto – una direzione. Il nuovo costituzionalismo, quindi, dovrebbe poter fornire una strategia di rinascita ai sistemi giuridici tradizionali, poco avvezzi al digitale e pertanto svuotati di efficacia protettiva verso i singoli cittadini (che si trovano, infatti, in balia delle decisioni del potere privatistico multinazionale). Serve dirottare l'internazionalizzazione dei diritti verso la sua funzione, ovverosia verso un ampliamento del relativo catalogo e, soprattutto, delle relative strade e metodologie di tutela. Potrebbe riprendersi il concetto di *common law of mankind* (JENKS, 1958), originariamente intesa come possibile interpretazione del diritto internazionale vivente (esemplificativamente, le norme ONU), quale costituzionalismo che possa tendere agli individui, nella

¹⁵ QUINTARELLI (2020) evidenzia la distanza tra un sistema “deterministico” (quale quello, nell'esempio dell'A., di un etilometro), il cui eventuale malfunzionamento è sempre agevolmente accertabile tramite una perizia; ed uno “probabilistico”, come sono quelli di intelligenza artificiale, in cui devono farsi i conti con un errore statistico implicito.

loro veste di destinatari ultimi di quel complesso sistema di regole. Simile impostazione porterebbe innegabilmente alcuni – significativi – vantaggi (si è già detto della endemica “lentezza” e della caratteristica rigidità delle fonti tradizionali di produzione del diritto, che ne costituiscono oggi gli elementi maggiormente problematici); ma lascerebbe alcuni nervi scoperti tra cui, *in primis*, una presumibile discussione sulla forza cogente di tali regole: gli esempi storici circa l’effettività delle normative partorite in seno alle organizzazioni internazionali non sono, in tal senso, troppo confortanti.

3.1.3. Giustizia come formula collettiva

Il riferimento, invece, all’ultimo dei profili summenzionati, *giustizia come formula collettiva*, è qui da intendersi – parafrasando il senso più *rawlsiano* del termine – come necessaria costruzione di una politica normativa che sia in grado di tenere conto del “fatto del pluralismo”, se è vero che politiche sociali giuste e istituzioni giuste permetterebbero di “eliminare i grandi mali della storia umana” (RAWLS, 1999:171).

3.2. L’imprescindibilità della cultura umanistica

Il che porta ad un secondo tema, assolutamente rilevante: quale relazione intercorre tra periodi di crisi, specie nell’era digitale, e lo stato sociale? Il recepimento in Costituzione dell’equilibrio di bilancio ha rivelato la natura eminentemente politica della maggiore fonte di criticità ascrivibile al fenomeno recessivo, tale essendo il “rapporto tra diritti sociali e risorse finanziarie disponibili” (MORRONE, 2014:11). Alla considerazione per cui la crisi economica del 2008 sarebbe stata non la causa, bensì una mera “cartina di tornasole” (MORRONE, 2014:14)¹⁶ di problematiche pregresse e più profonde, si accompagna un discorso sulla natura diritti sociali: se è vero che l’individuo è oggi un *homme situé*, è d’altra parte vero che tutti i diritti (non solamente quelli di prestazione) costano. A fronte della scarsità di risorse economiche, quindi, è naturale (e doveroso) interrogarsi sull’attualità dello stato sociale¹⁷. Ben si comprende, poi, come tali fenomeni, se lasciati liberi di

¹⁶ In senso concorde GIUPPONI (2014) e PITRUZZELLA (2014).

¹⁷ La crisi dell’economia reale ha poi svelato le insufficienze istituzionali dell’eurosistema costruito a Maastricht, palesando non solo la “crisi d’identità dell’Europa”, ma altresì l’interconnessione esistente tra rapporto di bilancio e forma di Stato e di governo, da cui si è

svilupparsi su uno scenario globale, aumentino esponenzialmente i propri effetti.

Ed invero, in un quadro dominato dall'incertezza, non vi è nulla che si realizzi "non per profitto" (NUSSBAUM, 2010). Ne è dimostrazione lampante il settore dell'istruzione superiore, che – si è osservato – sarebbe ormai ancorato al parametro definitorio del modello di mercato. Assunto che, quantomeno in Italia, risulta difficilmente confutabile, specie avendo riguardo al mercato giovanile del lavoro¹⁸. A parità di altre condizioni i laureati nei gruppi ingegneria, scientifico, chimico-farmaceutico e medico (che comprende anche le professioni sanitarie) risultano più favoriti nella ricerca di un impiego lavorativo e/o un'attività retribuita post-lauream. Meno favoriti, invece, sono i laureati dei gruppi disciplinari psicologico, giuridico e letterario. Il confronto, analizzando le cifre, è impietoso: assumendo come valore-base quello di 0, il primo gruppo è sistematicamente oltre il valore di 1 (1,674 per ingegneria, 1,634 per l'ambito scientifico, 1,184 per quello chimico-farmaceutico) mentre i valori del secondo gruppo si attestano sottozero (-0,171 per l'ambito letterario; -0,324 per quello giuridico).

Ne risulta quindi una situazione in cui – sin dal periodo pre-lavorativo, durante il quale le menti del prossimo futuro si formano – viene dedicata particolare attenzione a numeri, bilanci, finanze, risultati. Il che, si noti bene, non è di per sé solo un fattore negativo (ed anzi, sarebbe ingenuo non riconoscere l'assoluto rilievo, oggi, del mercato; e sarebbe al contempo pericoloso non fornire ai giovani di domani un'educazione finanziaria), ma rischia di divenire un *quid* socialmente deteriore quando vi corrisponda un accantonamento – ché tutto non si può fare – del lato umanistico (*in primis*, dal punto di vista scolastico)¹⁹. La cosa pubblica ha bisogno di essere coltivata, cercata, discussa, per non irrigidirsi ed anzi per evolversi non perdendo mai contatto con la collettività, che ne è fondamento e motore. L'eccesso di empirismo, in altre parole, rischia di far perdere il tempo alle discipline umanistiche: a detrimento, infine, anche della cultura democratica.

potuta evincere la crisi dello Stato costituzionale, che nell'unità politica ha il suo presupposto fondante.

¹⁸ XXII Indagine sulla Condizione occupazionale dei Laureati (Rapporto AlmaLaurea 2020). Indagine condotta su un campione di circa il 90% dei laureati italiani. Le cifre sopra menzionate peggiorano analizzando la retribuzione mensile netta ad un anno dalla Laurea: se 0 è il valore-base, 317,738 è quello per l'ambito medico; mentre -1,810 per quello giuridico.

¹⁹ NUSSBAUM (2010, 144) usa il termine "diseducazione" per indicare un'eccessiva focalizzazione sulle conoscenze tecniche, cui non corrisponda una pari iniziativa di ricerca autonoma.

Obiettivo e fine dello Stato costituzional-democratico è, invero, l'elevazione – a principio cardine dell'ordinamento – della dignità individuale, quale composito insieme delle caratteristiche (e delle prerogative) che qualificano la persona *in sé*, pertanto meritevoli di riconoscimento, tutela, promozione (in quest'ordine). Non vi sono dubbi, allora, che entro la nozione costituzionale di dignità si possano far rientrare l'autonomia di giudizio e la capacità di elaborazione di pensiero circa gli accadimenti esterni, il cui effetto è quello di "istruire l'intelletto, ma anche ... educar[n]e l'animo" (MARCHESI, 1948).

Già nel 1948 Concetto Marchesi ammoniva l'Assemblea Costituente degli "incalcolabili danni materiali e morali" causati non tanto dall'analfabetismo, quanto piuttosto dalle decine di migliaia di laureati e diplomati immeritevoli, "immessi in tutte le carriere e professioni": così veniva definita la "causa non ultima del decadimento e della rovina presente" (MARCHESI, 1948:II). Lungi dal volersi adombrare una componente di elitarismo all'interno della scuola, le parole di cui sopra permettono, tuttavia, di sottolineare come quella scolastica non sia e non debba divenire un'industria, avente l'unico scopo di aumentare la produzione (pur se a discapito della qualità complessiva, fin tanto che questa non vada a ledere la *brand awarness*).

Al contrario, è compito dello Stato offrire un'istruzione qualitativamente "alta", anche nel senso critico del termine, e – soprattutto – lo Stato non può rinunciare a simile incombenza per le discipline umanistiche. Certo, esiste oggi il rischio di "analfabetismo funzionale" e/o di "analfabetismo finanziario", ed è un nuovo pericolo che va esorcizzato. Eppure, come visto, già in Assemblea Costituente era emerso come "non esista funzione nazionale e sociale più alta di quella che provvede alla educazione ed elevazione del popolo", ed anzi, il rischio di "analfabetismo social-costituzionale" è altrettanto presente, pur se sottovalutato. Come può esprimersi coscientemente la propria preferenza per un sistema proporzionale o maggioritario, in assenza delle conoscenze necessarie? È possibile confidare nella classe politica di domani, in assenza di scuole di politica?

Certo, la Politica costa. Costa organizzare scuole di partito, costa creare punti di aggregazione (le cinghie di trasmissione popolari). Costa terribilmente. Grossomodo con la caduta del muro di Berlino si iniziò a demonizzare l'ideologia (gettata con l'acqua sporca della partitocrazia) e saltò irrimediabilmente il banco. Oggi lo scenario è quello di "democrazie di tutto il mondo che stanno sottovalutando, e di conseguenza trascurando, i saperi e le capacità di cui abbiamo disperatamente bisogno per mantenere vitale, rispettosa e responsabile la democrazia stessa" (NUSSBAUM, 2010:92)²⁰.

²⁰ Secondo cui "siamo prossimi al collasso dell'ideale socratico" (NUSSBAUM (2010, 92)).

Forse, dunque, può pretendersi oggi un'educazione che, almeno per i profili basilari, insegni il significato di spread, inflazione e titoli di stato, senza rinunciare al discorso sulla democrazia, sulla contaminazione del diritto, sui nuovi equilibri istituzionali e politici globali.

3.3. Nuovi diritti: di forma o di sostanza?

È necessario allora disegnare l'agenda politica per il futuro, ponendovi al centro il rapporto tra economia e Stato. Si tratta, probabilmente, di prendere contezza dell'esistenza di nuovi diritti. A tal proposito, deve farsi una distinzione. Vi sono infatti diritti "nuovi" in quanto prima non esistenti (e che vanno a riempire le fila delle "generazioni" di diritti): esistevano in passato e continueranno ad esistere anche in futuro. Vi sono, poi, diritti non formalmente nuovi, e ciononostante innovativi nelle relative modalità di estrinsecazione, nelle criticità cui si mostrano maggiormente sensibili, nelle forme di tutela: diritti (come i diritti sociali tradizionali) la cui teoria costituzionale è ormai consolidata ma che, oggi, si trovano a venire declinati in scenari inediti, per i profili di cui sopra (estensione territoriale, variabilità, riferibilità dei medesimi a nuovi destinatari...).

Cambiando gli interlocutori e le regole del gioco, ne deriva che tali diritti – *sostanzialmente nuovi* – debbono essere ripensati, quantomeno nelle relative forme di fruibilità.

La giusta retribuzione non è più il precipitato della relazione tra l'art. 36 Cost. e le imprese (o, al più, la politica economica nazionale), ma attiene oggi al grigio inquadramento dei *riders*, i cui interlocutori sono sia i sistemi normativi nazionali sia le piattaforme, che a loro volta utilizzano l'immaterialità dei propri servizi per giocare carte differenti all'interno dei singoli mercati. Il diritto all'informazione non è più sussumibile nel combinato disposto tra l'art. 21 Cost. e la 420/94²¹, perché ora si parla di *fake news*, di incitamento all'odio, di QAnon, ma anche di censura: persino il Presidente della più grande democrazia occidentale non riesce a scappare alle maglie dei nuovi Re dell'informazione, e su questo – ma è una banalità! – si discuterà a lungo. La libera iniziativa economica può essere veramente tale, se per sviluppare il mio prodotto devo utilizzare i servizi in *cloud* di Amazon o se, alla fine, devo porre in vendita un'app sull'*Apple Store*? Sono pochi, ovvi, esempi, che tut-

²¹ C. cost., sent. n. 420/1994, che in ambito di rilascio della concessione per la radiodiffusione televisiva in ambito nazionale, ebbe ad affermare espressamente la "tutela del valore fondamentale del pluralismo".

tavia – proprio per la loro intrinseca banalità – si prestano al ruolo di rappresentanti dell’attuale, problematica, dimensione di questi *sostanzialmente nuovi* diritti.

I concetti di vecchio e nuovo (e quindi quello di tempo) portano poi, istintivamente, ad un altro tema, altrettanto corposo: l’avvento, sulla scena costituzionalistica del XXI secolo, della questione intergenerazionale.

Certo non la si può affrontare *en passant*: è veramente una questione “ineludibile”?²² Che estensione (temporale²³ e tematica²⁴) possiede? Come risolvere i nervi scoperti, tra tutti quello della giustiziabilità? Una grande opera finanziata tramite debito viola l’obbligo di sostenibilità di bilancio, o – al contrario – la mancanza di infrastrutture violerebbe la responsabilità morale alla creazione di uno Stato solido (e competitivo) per il futuro? Quale dev’essere il metro di valutazione, quello – pratico – odierno o quello – teorico/pronosticabile – di domani? È un problema giuridico, o etico?

Troppe domande, che – almeno in questa sede – richiederebbero troppo spazio (e *tempo*).

4. A e Ω

A simili istanze non si può che rispondere con “più” diritto, e con più Europa: un’Europa più costruttiva, più stretta attorno al tavolo degli attori internazionali, più agile (se necessario, anche attraverso gli strumenti di *soft law*), più attenta (ai cambiamenti, *ndr*) e perciò più veloce. Più capace, infine, di ricondurre mercati definitivamente globali nell’azione politica dei singoli Stati-nazione, esaltandone la cooperazione. Diversamente, infatti, si assisterebbe con tutta probabilità alla (definitiva?) ritirata dell’istituzione parlamentare e – di converso – all’affermazione di un inedito ordine (non)giuridico sovranazionale, al quale farebbe da contraltare l’ascesa dei nuovi nazionalismi (che tuttavia sembrano spesso pallide emulazioni della

²² ARCONZO (2018, 627), che parla di “esigenza ineludibile”.

²³ SPADARO (2007), si sofferma diffusamente sul rilievo del “tempo”, prima indicando nel tempo concreto o nel futuro prossimo/vicino il “campo d’azione proprio del diritto”, poi distinguendo tra diverse interpretazioni dell’amore dei lontani [verso l’*altro* come *diverso*]: come *valore* (F. Nietzsche), come *disvalore* (M. Scheler), come *supervalore* (N. Hartmann), come forma di *speranza atea* (E. Bloch), come *dono* gratuito (E. Levinas), come forma di amore che va *oltre la consolazione della fede* (S. Weil).

²⁴ Si è visto *supra*, *cfr.* 3. ss. come numerosi siano i temi che possono – ed effettivamente vengono – quantomeno lambiti (ove non investiti) dalla questione intergenerazionale.

sovranità da loro stessi più volte invocata). Ottimizzare il processo federativo, consolidare il vincolo europeo: obiettivi solo apparentemente inconciliabili tra loro, la cui sintesi risiede in un modello di Stato costituzionale in grado di esaltare la valenza soggettiva e la funzione oggettiva dei diritti sociali. Previa ricostruzione del capitale del Paese, “costituito dagli uomini viventi” (Einaudi, 1946)²⁵, dovrà pervenirsi all’elaborazione concreta di una teoria costituzionale di bilancio, tramite la formulazione di ipotesi per una migliore allocazione delle risorse e la ricerca di una giusta imposizione tributaria.

Dall’altro lato, considerando che l’AI nasce sul presupposto per cui l’intelligenza umana può essere così dettagliatamente descritta da poter essere replicata (MONTANARI, 2019), è evidente l’importanza sempre maggiore che rivestirà nel prossimo futuro la costituzione ontologica umana, intesa come il *quid pluris* che sfugge agli algoritmi e che, quantomeno ad oggi, sembra non possa scaturire da stringhe di codice. Abbiamo il dovere morale di essere noi ad utilizzare la tecnologia, ponendoci come obiettivo l’affermazione di una società umanocentrica ove il robot sia un mezzo per un fine ed il cui punto di approdo sia l’*homme situé*, calato in una realtà globale, democratica e plurale, comunque capace di realizzare la – a volte bistrattata – tutela multilivello dei diritti e, in ultima istanza, la dignità umana, intesa come estrinsecazione primaria del principio personalista²⁶. “Il popolo è il soggetto” (LA PIRA, 1947:3577)²⁷ e tale deve rimanere: esemplificativa sul punto è la possibile contrapposizione tra la (utopica?) *hierarchy of needs* di Maslow²⁸, al cui vertice dovrebbe tendere la futura società digitale, e la figura degli *hikikomori* – gli “esclusi sociali”²⁹ – verso cui invece tale società sembra oggi scivolare.

Solo tramite modelli sociali europei che siano ascrivibili ad una democrazia cognitiva (volta a promuovere lo sviluppo personale dei cittadini nella lo-

²⁵ Come riportato in DORIGO (1982, 567 ss.).

²⁶ Corte cost., sent. n. 44/1964.

²⁷ Così LA PIRA durante l’ultimo giorno di lavori per la Costituente. Assemblea Costituente, Seduta antimeridiana di lunedì 22 dicembre 1947, Presidenza del Presidente Terracini, CCCXLVI:3577.

²⁸ MASLOW (1954), per cui i bisogni individuali possono essere raffigurati in una gerarchia piramidale, al cui vertice vi sarebbero quelli che tendono alla piena realizzazione della persona.

²⁹ Sul punto, più diffusamente, HARARI (2015) e VERZA (2016). La società del futuro dovrebbe evitare, in altre parole, di scivolare verso una rinnovata suddivisione in classi sociali, distinte non più per censo come in passato bensì per utilità pratica al progresso tecnico-economico.

ro capacità di acquisire, di connettere, di interpretare informazioni e conoscenze) può immaginarsi di riattualizzare la centralità della persona, ed evitare così che il XXI secolo determini la sovrapposizione tra postmoderno e post-umano.

5. Riferimenti bibliografici

- AA. VV. (1947), *Assemblea Costituente, Seduta antimeridiana di lunedì 22 dicembre 1947, Presidenza del Prsidente Terracini*.
- ARCONZO, G. (2018), *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *AIC*, 3.
- AZZARITI, G. – DELLAVALLE, S. (2014), *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, ESI, Napoli.
- BARONI, M. (2019), *L'Intelligenza Artificiale tra costituzione e globalismo: perché non c'è futuro senza uomo*, in *Ius in Itinere*, 1.
- BAUMAN, Z. (1999), *La società dell'incertezza*, ilMulino, Bologna.
- BUSATTA, L. (2014), *Le fonti del diritto e la fluidità dei loro confini*, in Casonato, C. (a cura di), *Il Biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Università degli Studi di Trento, Trento.
- CALAMANDREI, P. (2011), *Lo Stato siamo noi*, Chiarelettere, Padova.
- COSTANZO, P. (2015), *La Corte costituzionale come "nodo" della Rete*, in *Consultaonline*, 1.
- D'ALOIA, A. (2019), *Il diritto verso il mondo nuovo. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1.
- DORIGO, S. M. (a cura di), *Interventi e Relazioni parlamentari, Vol. II, Dalla Consulta nazionale al Senato della Repubblica (1945-1958)*, Fondazione Luigi Einaudi, Torino.
- ETZIONI, A. (2018), *Lavorare meno per essere più felici*, in *La Stampa*, 15 Febbraio 2018.
- GALGANO, F. (2001), *Lex mercatoria*, ilMulino, Bologna.
- GIUPPONI, T. F. (2014), *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, 1.
- GRAZIANO, P. (2018), *Neopopulismi. Perché sono destinati a durare*, ilMulino, Bologna.

- HABERMAS, J. (1999), *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano.
- HARARI, Y. N. (2015), *Sapiens. Da animali a dèi. Breve storia dell'umanità*, Bompiani, Milano.
- JENKS C.W. (1958), *The common law of mankind*, Columbia Law review, London.
- LUCIANI, M. (2016), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in AIC, 3.
- LYOTARD, J. (1979), *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*. Les Editions de Minuit. Parigi. (Trad. it. Ed. Universale Feltrinelli, Milano, 2019).
- MARCHESI, C. (1948), *Relazione sui principii costituzionali riguardanti cultura e scuola. Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione - I Sottocommissione*.
- MASLOW, A. (1954), *Motivation and Personality*. Harper & Brothers. NY
- MONTANARI, G. (2019), *Tech Impact. Luci e ombre dello sviluppo tecnologico*, Guerini e Associati, Milano.
- MORRONE, A. (2014), *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in europa*, in *Quaderni costituzionali*, 1.
- NUSSBAUM, M. C. (2010), *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, trad. it. (2011) ilMulino, Bologna.
- OTTONELLI, V. (2010), *Leggere Rawls*, ilMulino, Bologna.
- PACE A. (2020), *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 3.
- PITRUZZELLA, G. (2014). *Crisi economica e decisioni di governo. Quaderni costituzionali*, 1/2014.
- QUINTARELLI, S. (a cura di) (2020), *Intelligenza Artificiale. Cos'è davvero, come funziona, che effetti avrà*, Bollati Boringhieri, Torino.
- RAWLS, J. (1999), *The Law of Peoples. With "The Idea of Public Reason revisited"*, Cambridge, Harvard University Press (Trad. it. di Maffettone, S. (2001), *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino).
- RODOTÀ, S. (2012), *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano.
- RODOTÀ, S. (2014), *Il mondo nella rete*, Laterza, Roma-Bari.
- SPADARO, A. (2005), *Sulle tre forme di legittimazione (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in D'Aloia, A.

- (a cura di) (2005), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- SPADARO, A. (2007), *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, Relazione al convegno su "Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale", in *Dir. e soc.*
- SPADARO, A. (2010), *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Annali*.
- TALEB, N. N. (2007), *Il Cigno nero*, il Saggiatore, Milano.
- TEUBNER, G. (2013), *Costituzionalismo della società transnazionale*, AIC, 4.
- VERZA, A. (2016), *L'hikikomori e il giardino all'inglese. Inquietante irrazionalità e solitudine comune*, in *Ragion pratica*, 1.
- VITALE, G. (2018), *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2.

IL CONTRASTO ALLE DISCRIMINAZIONI ALGORITMICHE
NELLO SPAZIO EUROPEO:
DAL NICHILISMO GIURIDICO ALLE *DIGITAL AUTHORITIES*?

GIACOMO GIORGINI PIGNATIELLO

SOMMARIO: 1. Insurrezione digitale: ombre e luci di una rivoluzione. – 2. Origine e sviluppo dei *biases* algoritmici: alcuni casi concreti. – 3. Il principio di non-discriminazione algoritmica nello spazio europeo. – 4. La regolazione del digitale: un dibattito aperto.

1. Insurrezione digitale: ombre e luci di una rivoluzione

Contrariamente a quanto si è soliti pensare, lo sviluppo del cyberspazio non fu il portato di una “asettica” evoluzione delle scienze, ma si impose quale vero e proprio atto politico di frattura con un ordine costituito ritenuto ingiusto. L'*insurrezione digitale*, infatti, scoppiata all'inizio degli anni '70 del secolo scorso nella *Silicon Valley* (California), per opera di un manipolo di giovani antisistema, si prefiggeva l'ambizioso obiettivo di fondare una *civiltà nuova*, basata su principi di libertà, eguaglianza, nonché sul ripudio di un sistema giuridico-sociale percepito come opprimente. Quest'ultimo, governato da *élites*, gelose custodi del sapere e del potere, era considerato alla stregua di un *ancien régime* post-litteram: profondamente iniquo, guerrafondaio (basti ricordare in quegli anni il dissenso suscitato dalla guerra in Vietnam) e smodatamente capitalista (BARICCO, 2018). Diversamente da quanto accaduto in passato, tuttavia, questa volta il cambiamento non passava attraverso la circolazione delle idee, ma si affermava soprattutto tramite la diffusione di strumenti in grado di rivoluzionare la quotidianità delle persone: le nuove tecnologie. La rivoluzione digitale si affermò quindi tramite l'uso di oggetti nuovi, che spalancarono alle masse le porte della rete: il *personal computer*, lo *smartphone*, il *tablet*. Come icasticamente osservato da uno dei massimi ideologi della rivoluzione digitale, *Stewart Brand* nel suo volume *The Whole Earth Catalog*: “Molte persone provano a cambiare la natura degli umani, ma è davvero una perdita di tempo. Non puoi cambiare la natura degli umani; quello che puoi fare è cambiare gli strumenti che usano, cambiare le tecniche. Allora, cambierai la civiltà” (BARICCO, 2018, 108).

Oggi, a distanza di mezzo secolo dagli albori della civiltà *cyber*, ci trovia-

mo di fronte ad un cambiamento sociale e antropologico senza precedenti. La società contemporanea liquida (Bauman, 2011), dematerializzata ed iperconnessa, vive immersa nella *on-life*, una dimensione in cui non ha più senso distinguere quando siamo connessi (*on-line*) e quando siamo disconnessi (*off-line*) dalla rete (FLORIDI, 2015). Volatilizzata la realtà e collegato tutto il mondo alla velocità di un click, l'affermazione degli ecosistemi digitali inaugura l'inizio di una nuova Era per l'umanità (RUFFOLO, 2020).

A fronte, tuttavia, di una progressiva adesione della collettività a tale nuova realtà, l'*infosfera* (Floridi, 2017) è passata dall'essere lo spazio anarchico, *schizo*-centrico, spontaneo e pluralistico delle origini fino a divenire una dimensione oligarchica, eterodiretta e sorvegliata, volta a soddisfare fini prevalentemente economici (ZUBOFF, 2019). In tale costruzione sociale di orwelliana memoria, gli individui, come anche recentemente raccontato nel documentario *The Social Dilemma* (The Social Dilemma, 2020), prendono necessariamente parte, pena l'emarginazione sociale, ad un ordine transfrontaliero governato da pochi poteri privati (c.d. *Tech Giants*), che gestiscono e regolano non solo gli spazi in sé, ma anche un'enorme quantità di informazioni personali, più o meno "sensibili" (c.d. *Big data*), non a caso considerate il petrolio del XXI secolo (GREER, 2019). È stato osservato a tal proposito che: "Oggi il canale normale attraverso il quale acquisiamo le informazioni sul mondo che poi utilizziamo per prendere le nostre (libere?) decisioni ... è praticamente monopolizzato da piattaforme tecnologiche disponibili via *web* ... Queste piattaforme tecnologiche sono tutt'altro che neutrali; sia perché, essendo proprietà di poche e ricchissime società commerciali, esse perseguono il profitto attraverso la raccolta, l'elaborazione e la vendita dei dati personali degli utenti, dati utilizzati poi per 'profilarli', cioè predire i loro comportamenti. Ma, in secondo luogo, perché tali piattaforme consentono di orientare i comportamenti individuali e collettivi" (SIMONCINI & SUWEIS, 2019, 94).

Le complesse operazioni necessarie per governare le *digital platforms*, ritenute in dottrina gli "Stati virtuali" del XXI secolo (CELOTTO, 2021), richiedono ai colossi digitali il ricorso agli algoritmi, ovvero: "Un insieme di istruzioni elementari che consentono di risolvere un problema trasformando i dati iniziali del problema stesso nel risultato, cioè nell'insieme dei dati finali che rappresentano la soluzione" (CAMAGNI, 2006, 13). Questi ultimi, tuttavia, protetti dal diritto d'autore, risultano oscuri, opachi nel loro funzionamento – c.d. effetto "*black box*" (PASQUALE, 2015) –, pur di fatto amministrando per conto delle predette *Big companies* aspetti oramai fondamentali della vita delle persone. "Poteri privati che esercitano funzioni para-

costituzionali”, sono state definite le piattaforme digitali. (POLLICINO, 2019, 10).

La letteratura scientifica ha evidenziato con preoccupazione come lungi dall’essere neutrali prodotti della tecnica, gli algoritmi, finiscono in realtà in molti casi per riflettere e amplificare, in modo più o meno volontario, le gerarchie e le asimmetrie di potere che da millenni caratterizzano le diverse civiltà. In quanto pensati e scritti dall’essere umano gli stessi infatti riproducono nella sfera digitale i pregiudizi e gli stereotipi che esistono nella realtà (GIRASA, 2020; NUNN, 2021). Viene allora spontaneo chiedersi se gli algoritmi nella loro crescente capacità di auto-apprendimento sono o saranno in grado di rendersi conto dei potenziali effetti discriminatori che possono produrre, imparando dai propri errori, come talvolta accade anche agli esseri umani, oppure se un margine di ineliminabile faziosità è insito nella loro stessa struttura, oppure ancora se, stante la complessità e l’oscurità del loro funzionamento (che spesso non consente neppure a chi li ha sviluppati di prevederne le conseguenze), sono destinati ad accrescere progressivamente i propri stereotipi e pregiudizi. A fronte della loro costante evoluzione, gli algoritmi sapranno in futuro essere più, meno o egualmente discriminatori rispetto ai propri creatori umani?

Ciò che è noto è che alla luce dei rilevanti sviluppi conosciuti negli ultimi anni dalle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (ICTs), le discriminazioni algoritmiche assumono oggi una portata globale e drasticamente pervasiva, elevando all’ennesima potenza le proprie conseguenze distruttive sulla società. Da qui deriva l’immaginifica espressione: “Armi di distruzione matematica” (O’NEIL, 2016). Ammonisce a tal proposito la dottrina: “Abbagliati dalle possibilità di espansione dei diritti non dobbiamo, di certo, sottovalutare i simmetrici rischi di involuzione dei diritti stessi” (RANDAZZO, 2020).

Se, da una parte, è indubbio che le nuove tecnologie costituiscano una fonte di inestimabile valore nel progresso della civiltà umana; dall’altra, non bisogna abbassare la guardia sugli effetti avversi che possono produrre, quali moltiplicatori di asimmetrie, iniquità e soprattutto di una subdola cultura della disegualianza e dell’odio. Come ricordato infatti: “Con il procedere degli anni e lo sviluppo di tecnologie digitali sempre più sofisticate, è divenuto evidente che tutti i diritti sono coinvolti, quelli individuali e quelli sociali, fino ad arrivare al principio di eguaglianza e di non discriminazione, messo a rischio dai *bias* che possono essere incorporati negli algoritmi ... È la stessa forma di Stato che del costituzionalismo costituisce il prodotto più maturo, lo Stato costituzionale (o democratico-pluralista) ad essere messa in discussione” (GROPPI, 2020, 3-4).

Il rischio che gli Stati sono chiamati ad affrontare, dunque, è che i fini originariamente perseguiti dalla Rivoluzione digitale possano essere “traditi” da una ristretta cerchia di potenti dell’informatica. Nella vigenza di un regime tecnocratico *de facto* (IRTI, 2014), gli oligarchi del digitale, disponendo di un controllo assoluto sui nuovi mezzi di manipolazione di massa, sono in grado di erodere lentamente i principi fondamentali – si pensi *in primis* a quello democratico – su cui si erge lo Stato costituzionale contemporaneo, c.d. *constitutional degradation* (LOUGHLIN, 2019; GINSBURG & HUQ, 2020), potendo altresì facilmente comprimere i diritti fondamentali degli individui per scopi meramente economico-utilitaristici.

A fronte di tali epocali e repentini cambiamenti, il diritto sembra arrancare nella propria funzione ordinatrice, rimanendo ancora fortemente imperniato su un concetto di sovranità nazionale, che allo stato risulta difficile da superare. L’infosfera, infatti, nella sua “liquidità” sfugge ai confini nazionali, risultando di conseguenza alquanto complicata da regolare. La politica del *laissez faire, laissez passer* che domina nel mondo digitale, rischia forse di deteriorare l’architettura costituzionale, determinando anche nel Vecchio Continente un regresso democratico (POLLICINO & DE GREGORIO, 2020)? Sul punto è stato affermato che tale mutamento: “Sembra inequivocabilmente tendere alla progressiva erosione del ruolo tradizionalmente ascrivibile alle fonti di *hard law*, divenute eccessivamente lente e – ironia della sorte – “macchinose”, incapaci di cogliere le istanze sociali connesse ad un mondo sempre più virtuale, per questo soccombenti rispetto alla dinamicità di un diritto la cui genesi ricorda il noto concetto di ‘ordine spontaneo’ ... Lo Stato costituzionale si trova quindi vittima della deterritorializzazione, ormai caratteristica essenziale di ogni aspetto dalla quotidianità, tanto da venirne indebolito nella sua forza normativa” (BARONI, 2019, 15). Ancora è stato osservato che: “Le nuove tecnologie hanno portato cambiamenti epocali anche nella vita politica e istituzionale, in misura comparabile ad altri tornanti del passato, come la Rivoluzione francese, e i due conflitti mondiali. La larga diffusione dei mezzi di informazione e il sempre più facile accesso agli strumenti di comunicazione hanno messo in discussione le nozioni stesse di governo, di Stato e di democrazia ... La tecnologia, difatti, mette ancora più in discussione la sovranità degli Stati, già provata dalla formazione di regole e mercati globali” (CASINI, 2020, 2-3).

Dopo aver brevemente delineato in apertura del presente contributo i principali aspetti critici dalla Rivoluzione digitale, segue una succinta trattazione casistica delle discriminazioni più diffuse e rilevanti nell’infosfera, a partire da quello che viene tradizionalmente considerato il primo episodio di

bias algoritmico nella storia. Successivamente, ricostruite le coordinate normative del principio di non discriminazione algoritmica nello spazio europeo, si tenta di offrire una prospettiva d'insieme sulle possibili risposte che l'ordinamento giuridico è in grado di apprestare rispetto al fenomeno in oggetto, congiuntamente ad alcune riflessioni personali sul punto.

2. Origine e sviluppo dei *biases* algoritmici: alcuni casi concreti

Nel 1982 il vicepresidente del *St. George's Hospital Medical School* di Londra, il dott. *Geoffrey Franglen*, alla luce dell'elevato numero di aspiranti medici che ogni anno presentavano richiesta per essere ammessi alla prestigiosa Università, elaborava un algoritmo che compisse in autonomia le complesse e faticose operazioni di selezione dei futuri studenti. L'idea era quella, da una parte, di risparmiare tempo e forza lavoro, dall'altra, di rendere il processo quanto più imparziale possibile, estromettendo l'intervento potenzialmente arbitrario dell'essere umano rispetto ai singoli casi concreti. Nel giro di qualche anno, tuttavia, divenne evidente la scarsa diversità dei nuovi studenti ammessi. Tentata inutilmente una indagine interna che non portò ad alcun provvedimento di fatto, nel 1986 due colleghi del dott. *Frangler* portarono il caso davanti alla *U.K. Commission for Racial Equality*, la quale accertò che ogni anno, su 2.500 esclusi circa, 60 venivano penalizzati e discriminati, in quanto non europei (- 15 punti), e/o donne (- 3 punti). Pur accertati tali elementi e riconosciuta l'Università responsabile di aver posto in essere atti discriminatori, non seguirono particolari sanzioni, grazie a provvedimenti riparatori/risarcitori posti in essere da quest'ultima (LOWRY & MACPHERSON, 1988).

Il caso sopra riportato è considerato uno dei primi esempi di discriminazione algoritmica (SCHWARTZ, 2019). A quarant'anni di distanza, le ICTs hanno conosciuto uno sviluppo impensabile. Sia sufficiente pensare come tappe fondamentali di questa evoluzione ad eventi quali la nascita del *World Wide Web* nel 1991 e la comparsa di *Facebook* nel 2004. Nel 2019 gli utenti mensili attivi su *Facebook* erano stimati attorno ai 2,41 miliardi, cioè poco meno di 1 essere umano su 3 nel mondo (ANSA, 2019). Ora è evidente che se negli anni '80 le discriminazioni perpetrate tramite algoritmi avevano inevitabilmente un impatto, per quanto odioso, comunque limitato, oggi possono assumere proporzioni planetarie.

Il campo di applicazione delle discriminazioni algoritmiche è vastissimo, così come varie sono le tipologie di vittime, diverse per genere, etnia, classe

sociale, età, orientamento sessuale, identità di genere, ecc. Senza alcuna pretesa di esaustività, alcuni casi recenti e particolarmente rilevanti hanno investito settori quali:

1) Giustizia. È passato ai dis-onori delle cronache il software COMPAS (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*) adottato nello Stato del Wisconsin (USA) per valutare, proprio grazie ad un algoritmo predittivo, il grado di recidiva del condannato (*recidivism risk assessment*) e consequenzialmente l'entità della pena da infliggere (CONTISSA et al., 2019). La Corte Suprema del Wisconsin ha ritenuto legittimo l'uso di tale strumento nel processo penale, in quanto considerato un mero *supporto* alla decisione del giudice, il quale rimane libero di non adeguarsi ai risultati provenienti da quest'ultimo (*State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, 2016). Successivamente un'inchiesta avviata da *Pro Publica*, organizzazione indipendente di giornalisti senza fine di lucro, è giunta alla conclusione che: “Gli imputati neri hanno avuto il doppio delle probabilità rispetto a quelli bianchi di essere erroneamente classificati con un maggior rischio di recidiva violenta, e i recidivi bianchi sono stati erroneamente classificati come a basso rischio il 63,2% più spesso degli imputati neri” (LARSON et al., 2016).

2) Lavoro. Accuse di discriminazioni algoritmiche hanno recentemente investito anche il mercato del lavoro nel settore privato. Note multinazionali, infatti, per efficientare i processi assunzionali hanno sperimentato *software* basati sul *machine learning*, sistemi cioè che ricorrono alle scienze statistiche per predire determinati comportamenti/eventi futuri, fondandosi sull'analisi di macrodati e, dunque, teoricamente in grado, ad esempio, di individuare i candidati più performanti. Non essendo tuttavia programmati per correggere le distorsioni discriminatorie già esistenti nella realtà, gli algoritmi adottati si limitavano a riprodurre e anzi a rafforzare, anche nell'ambito della selezione dei lavoratori, quelle posizioni di forza che storicamente determinate categorie hanno assunto in specifici settori. Sono stati preferiti soggetti di sesso maschile in società quali *Amazon* (DASTIN, 2018), *Uber* (MELENDEZ, 2018) e *LinkedIn* (COONEY, 2016), solo per citarne alcune.

3) Riconoscimento facciale. Ampia diffusione hanno assunto negli ultimi tempi anche i sistemi di riconoscimento facciale. “Allenati” ad analizzare le immagini sulla base di grandi quantità di dati, in ottica predittiva – c.d. *data driven prediction* (PAUL et al., 2018) –, gli stessi in molti casi presentano criticità quando posti in relazione alle soggettività non maggioritarie, che presentano tratti somatici diversi da quelli del resto della popolazione, sui quali il *software* viene programmato. Con riferimento alle attività di polizia, ad esempio, è stato osservato che la tecnologia su cui è basato il riconosci-

mento facciale, per come è attualmente strutturata, rafforza nelle società occidentali le discriminazioni razziali. Il riconoscimento facciale non solo, infatti, aumenta di per sé le probabilità per le persone di colore – contrariamente a quanto avviene per quelle bianche – di essere fermate, perquisite, indagate, arrestate e condannate, ma attraverso tale meccanismo pregiudizievole, incrementa l'intensità della discriminazione razziale subita e percepita dalla vittima in quanto nera, traducendosi, dunque, in un'esperienza che ha ulteriori conseguenze negative sulla vita di queste persone. Poiché infatti gli ingegneri informatici, le forze di polizia, i dirigenti delle forze dell'ordine, gli investigatori forensi, gli avvocati, i giudici, le autorità amministrative, i sindaci, nonché in generale la maggior parte dei cittadini non sono ciechi rispetto al fattore "razza", inevitabilmente anche le tecnologie per il riconoscimento – programmate, prodotte, provate e usate da tali soggetti – sono sensibili all'elemento "razza" e sono di conseguenza affette da pregiudizi razziali (BACCHINI & LORUSSO, 2019, 331). Per fare un esempio concreto, nella città di New York tra il gennaio 2004 e il giugno 2012, su 4,4 milioni di soggetti fermati, l'88% era in regola e non aveva fatto nulla di rilevante. Tuttavia, nell'83% di questi casi la persona fermata era nera o ispanica, anche se statisticamente questi due gruppi costituiscono insieme soltanto la metà circa degli abitanti della città di New York (The New York Times, 2013).

4) Sistema sanitario. Anche la sanità non è immune dalle discriminazioni algoritmiche, con evidenti ripercussioni tanto sulla salute individuale quanto su quella pubblica. Recentemente, ad esempio, dall'analisi compiuta su uno degli algoritmi più popolari tra quelli adottati dalle assicurazioni private negli Stati Uniti per programmare le politiche sanitarie – che hanno, inutile dirlo, un impatto su milioni di persone –, è stato riscontrato che le spese per le cure mediche più rilevanti che riguardano i pazienti di colore sono sottostimate, dal *software* adottato, per più del 50%, a parità di condizioni di salute reali, rispetto a quelle dei bianchi. Da tale sottostima l'algoritmo erroneamente deduce che i soggetti neri sono molto più in salute di quelli bianchi e pertanto destina ai primi meno della metà delle risorse economiche previste per i secondi (OBERMEYER et al., 2019). La discriminazione e i danni conseguenti sono tanto evidenti quanto lo è il risparmio conseguito dalle società coinvolte.

5) *Welfare*. Anche i sistemi di sicurezza e previdenza sociale, oggi, poiché vasta è la platea dei soggetti ai quali si rivolgono e alquanto complessi sono i calcoli e i parametri da tenere in considerazione per la loro concreta quantificazione, sono sempre più gestiti da algoritmi. A tal proposito recentemente è stato scoperto, ad esempio, che nella Contea di Los

Angeles il *software* adottato per attribuire i posti letto disponibili ai soggetti senza fissa dimora, nel calcolare l'indice di vulnerabilità di questi ultimi considerava tra i giorni in cui gli stessi avevano beneficiato di un luogo in cui dormire, che fosse diverso dalla strada, anche le notti trascorse in carcere. In questo modo si riduceva per la persona in questione la possibilità di beneficiare in futuro dei posti letto messi a disposizione, risultando peraltro di fatto penalizzati maggiormente i membri della comunità afroamericana (EUBANKS, 2018).

6) Politica. Divenuti i *social networks* i più potenti strumenti di comunicazione di massa, anche l'agone politico oggi ha subito una vera e propria dematerializzazione. La politica, infatti, riconoscendo il potenziale dei nuovi spazi della realtà digitale, che consentono di intercettare anche l'attenzione di quella sempre più cospicua quota di cittadini disinteressati alle questioni pubbliche, è ampiamente ricorsa ai mezzi offerti dalle più avanzate tecnologie informatiche per poter condizionare i sentimenti dell'elettorato. L'opinione pubblica risulta in questo modo governata da sofisticate tecniche di *microtargeting*, che sfruttano le preferenze manifestate dai cittadini sui *social* per manipolare il loro sguardo, così "filtrato", sul mondo (LACHAPELLE & MAAREK, 2015). Gli algoritmi che regolano le piattaforme digitali, invece che espandere l'orizzonte culturale degli utenti, finiscono di fatto per isolare l'individuo, chiudendolo in quelle che sono state definite *echo chambers* o *filter bubbles*, dove quest'ultimo si confronta solamente con chi la pensa come lui, innescando un circuito che rafforza e amplifica le sue opinioni (GRAHAM & DUTTON, 2014). Disorientato nella sua disarmante solitudine e sommerso dalle più contrastanti informazioni, l'individuo è facile preda di tecnologie che sono in grado di: "Rafforzare in modo esponenziale pregiudizi e comportamenti umani opinabili" (D'AMICO, 2020, 323). La realtà digitale rischia in questo modo di diventare una potente arma per veicolare e incitare alla discriminazione e all'odio, esacerbando i conflitti sociali "sotterranei".

7) Motori di ricerca. Il controllo delle modalità con cui le persone sono in grado di accedere alle informazioni sul *web* costituisce indubbiamente uno degli snodi nevralgici delle società del XXI secolo. Detenere il monopolio sui mezzi tramite i quali la gente può consultare i contenuti presenti *online*, ovvero i motori di ricerca, significa oggi avere un potere di fatto enorme (HALAVAIS, 2018). In questo senso Google risulta una delle piattaforme più popolari ed utilizzate nel mondo ed è proprio questo il motivo per cui regimi quali quello cinese o nord coreano sono così ostili alla presenza di

quest'ultimo nel loro Paese (SHAHBAZ, 2018). Anche i motori di ricerca, governati da potenti algoritmi che indicizzano le pagine sulla scorta di complessi parametri per determinare quali informazioni devono apparire prima e quali poi all'utente – evidentemente un ordine in grado di avere un impatto dirimente sugli individui e sulle loro scelte –, rischiano, come in diversi casi è stato documentato, di fungere da strumenti di “discriminazione di massa”. Particolarmente celebre a tal riguardo è il volume *Algorithm of Oppression*, significativamente sottotitolato *How Search Engines Reinforce Racism*, in cui l'Autrice americana documenta in modo approfondito una serie considerevole di casi in cui le persone di colore ed in particolare le donne vengono associate da Google ad immagini o contenuti degradanti per la dignità umana. Tra questi, ad esempio, si riporta come nel 2016 cercando su Google Immagini il termine “*Gorillas*” apparissero come primi risultati svariate immagini di una giovane coppia afroamericana (NOBLE, 2018, 38).

3. Il principio di non-discriminazione algoritmica nello spazio europeo

Nel continente europeo, tanto l'Unione Europea quanto il Consiglio d'Europa hanno dimostrato di essere consapevoli della gravità delle conseguenze che possono derivare dall'uso degli algoritmi, potenziali strumenti di discriminazione di massa. Per fronteggiare tale emergente fenomeno hanno dunque emanato disposizioni *ad hoc*.

L'Unione, nell'approvare il *General Data Protection Regulation* (GDPR) n. 679/2016, entrato in vigore in tutti gli Stati Membri a partire dal 2018, con specifico riferimento agli algoritmi, oltre ai principi di conoscibilità (Artt. 13 e 14), comprensibilità (Art. 15 lett. h) e non esclusività (Art. 22), ha previsto anche un vero e proprio divieto di discriminazione, che troviamo al Considerando n. 71, il quale sancisce, che: “É opportuno che il titolare del trattamento ... *impedisca, tra l'altro, effetti discriminatori* nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti. Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni”. Purtroppo, com'è noto, i considerando non hanno efficacia vincolante e dunque il principio di non discriminazione algoritmica dovrebbe sortire più che altro un effetto di *moral suasion*. Per sottolineare la timidezza del legislatore euro-

unitario si è parlato a tal proposito in dottrina di un principio che è solo “latente nella trama normativa” (SIMONCINI, 2019, 84).

La Commissione Europea, a partire dal 2018, ha altresì costituito l'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* (AI HLEG), il quale, l'8 aprile 2019, ha a sua volta emanato le *Ethics guidelines for trustworthy AI*. Tra i 7 requisiti chiave individuati dal Gruppo di esperti, dopo un'ampia consultazione pubblica, per accrescere l'affidabilità dell'intelligenza artificiale si stabiliscono i criteri della diversità, non discriminazione ed equità (in seguito fatti propri dalla stessa Commissione). Nel documento pubblicato si legge che occorre evitare pregiudizi ingiustificati (letteralmente *unfair bias*), in quanto potrebbero avere molteplici conseguenze negative, dall'emarginazione dei gruppi vulnerabili, all'esacerbazione dei pregiudizi e delle discriminazioni. Promuovendo la diversità, i sistemi di Intelligenza Artificiale dovrebbero essere accessibili a tutti, a prescindere da qualunque forma di disabilità e dovrebbero coinvolgere i soggetti direttamente interessati nel loro intero ciclo vitale (programmazione/fruizione).

Ancora è importante ricordare che il 19 febbraio 2020 sempre la Commissione europea ha presentato il *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, ove si legge che: “L'uso dell'IA può pregiudicare i valori su cui si fonda l'Unione e causare violazioni dei diritti fondamentali, compresi i diritti alle libertà di espressione e di riunione, la dignità umana, la non discriminazione fondata sul sesso, sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione o sulle convinzioni personali, sulla disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale”, e che: “L'IA è una tecnologia strategica che offre molti benefici ai cittadini, alle imprese e alla società nel suo insieme, a condizione che segua un approccio antropocentrico, etico, sostenibile e rispettoso dei valori e dei diritti fondamentali”. Per questo l'Unione si impegna attraverso la cooperazione internazionale “ad esportare i suoi valori nel mondo”, auspicando in tal modo di compiere un passo in avanti verso il raggiungimento degli obiettivi fissati nell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile.

Anche la *Fundamental Rights Agency* dell'Unione Europea è impegnata in prima linea nella lotta alle discriminazioni algoritmiche, promuovendo studi sul punto, che possano offrire un valido aiuto nell'individuazione di *policy* efficaci. Nell'ultimo documento emanato la stessa ha riconosciuto che: “In determinate circostanze e in certi ambiti, il ricorso agli algoritmi può contribuire positivamente a ridurre i pregiudizi e gli stereotipi. L'analisi algoritmica dei dati è in grado di produrre risultati che potrebbero dissipare atteggiamenti affetti da pregiudizi ... Tuttavia, le discriminazioni dirette e

indirette attraverso il ricorso ad algoritmi che coinvolgono grandi quantità di dati (big data) sono considerate tra le sfide più rilevanti nell'ambito dell'uso delle tecnologie basate sull'Intelligenza Artificiale" (European Union Agency for Fundamental Rights, 2020, 69).

Per quanto invece riguarda il Consiglio d'Europa, il Comitato dei Ministri, oltre ad aver istituito a partire dal 2019 il *CoE's Ad hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI)*, da ultimo ha adottato un'importante raccomandazione (*Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems*), che introduce alcuni rilevanti principi in tema di diritti umani e sistemi algoritmici. All'Appendice A, punto 1, ad esempio, si prevede che gli Stati membri si impegnano ad astenersi dal violare i diritti umani tramite l'uso dei sistemi algoritmici, a sviluppare un quadro legislativo e regolamentare che favorisca un ambiente dove gli attori rispettano e promuovono i diritti umani e cercano di prevenire possibili inosservanze degli stessi. All'Appendice B, punto 1.4, leggiamo che gli Stati dovrebbero individuare e sviluppare adeguati complessi e *standards* normativi e istituzionali, con i quali stabilire parametri generici o specifici per ogni settore, nonché assicurare la compatibilità della progettazione, dello sviluppo e dell'utilizzo dei sistemi algoritmici con i diritti umani. Occorre altresì che gli Stati si adoperino affinché si assicuri che rischi diretti o indiretti per i diritti umani, inclusi eventuali effetti cumulativi derivanti da distinti sistemi, siano prontamente identificati e che siano altrettanto speditamente avviate azioni correttive. Gli Stati dovrebbero investire in competenze rilevanti da rendere disponibili ad autorità regolatrici e di supervisione dotate di adeguate risorse. Dovrebbero inoltre cooperare a stretto contatto con autorità amministrative indipendenti, organismi per la parità, istituzioni nazionali per i diritti umani, università, organizzazioni per la standardizzazione (*standard-setting organisations*), operatori di servizi, programmatori di sistemi algoritmici e organizzazioni non governative rilevanti in diversi campi ed in particolare quelle impegnate nella difesa dei diritti umani. Il punto 1.4 dell'Appendice C è appositamente dedicato alle discriminazioni. Si prevede che gli attori del settore privato che programmano, sviluppano o utilizzano sistemi algoritmici dovrebbero seguire un quadro di riferimento standard per il rispetto dei diritti umani al fine di *evitare di favorire o rafforzare le discriminazioni* durante tutto il ciclo vitale dei sistemi adottati. Dovrebbero cercare di assicurare che la programmazione, lo sviluppo e l'utilizzo dei sistemi algoritmici non abbiano *effetti discriminatori diretti o indiretti* sugli individui o su un gruppo di persone con i quali entrano in contatto, inclusi

coloro che hanno esigenze particolari o disabilità o che possono riscontrare diseguaglianze strutturali nell'accesso ai diritti umani. È importante, infine, ricordare il punto 6 dell'Appendice A nel quale si riconosce che i sistemi algoritmici non processano o generano risultati solo sulla base di dati personali. Questi, infatti, possono operare anche sulla base di dati non osservazionali e non personali come ad esempio *simulazioni, dati sintetici oppure procedure o regole generalizzate*. In ogni caso, i diritti umani possono comunque essere negativamente influenzati dal loro utilizzo. Gli individui o i gruppi di persone i cui dati non sono processati o che non sono stati comunque presi in considerazione possono essere direttamente interessati e significativamente coinvolti, specialmente quando i sistemi algoritmici sono usati per comunicare un processo decisionale, modificare raccomandazioni oppure modellare gli ambienti fisici. Quest'ultimo passaggio è significativo poiché sembra in qualche modo ricordare all'interprete che spesso la normativa sulla privacy adottata dall'Unione e dagli Stati Membri non è di per sé sufficiente a neutralizzare le discriminazioni algoritmiche, in quanto non sempre queste ultime si basano su dati personali.

Così ricostruito il principio di non discriminazione algoritmica nello spazio europeo, dubbi sorgono circa l'effettività e l'efficacia di tali prescrizioni normative. A tal proposito è stato osservato in dottrina che: "Gli strumenti giuridici più efficaci per mitigare i rischi delle discriminazioni perpetrate tramite intelligenza artificiale sono le leggi antidiscriminatorie e quelle sulla protezione dei dati ... Tuttavia, l'intelligenza artificiale apre anche la strada a nuove forme di differenziazione ingiusta (o discriminazioni) che sfuggono alla normativa vigente. La maggior parte delle leggi antidiscriminatorie si applicano solo a condotte che offendono determinate caratteristiche protette, come l'origine "razziale" ... Vi è quindi bisogno di maggiore regolamentazione per proteggere l'equità e i diritti umani nell'ambito dell'intelligenza artificiale" (BORGESIU, 2018, 38-39; BORGESIU, 2020).

4. La regolazione del digitale: un dibattito aperto

L'avvento delle nuove tecnologie ha determinato in poco tempo un drastico cambio di paradigma tanto nella vita dei singoli individui quanto nell'organizzazione delle società, portando all'attenzione della collettività nuove sfide etiche e giuridiche. Nato come un sistema alternativo e autarchico, il digitale, progressivamente conformatosi a logiche capitalistiche e diffusosi sempre più a livello globale tra le persone comuni, ha suscitato, seppure

lentamente, una richiesta di regolamentazione giuridica, che portasse ordine in un sistema che, per quanto pervasivo, rimane ad oggi ai più ignoto.

Le discriminazioni algoritmiche costituiscono, infatti, una prova significativa delle difficoltà che gli ordinamenti vigenti incontrano nella tutela dei diritti fondamentali dei propri cittadini quando si trovano al cospetto del fenomeno digitale. Allo stesso tempo gli incommensurabili benefici che derivano dalle nuove tecnologie per il progresso della civiltà umana impongono di trovare il giusto bilanciamento tra crescita e sostenibilità, ovvero di non dimenticarsi dell'essere umano e della sua dignità nella frenetica corsa verso il futuro. A tal proposito nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, significativamente intitolata *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica* conforta leggere che: "La fiducia è una condizione indispensabile per assicurare un approccio antropocentrico all'IA: l'intelligenza artificiale non è fine a se stessa, ma è uno strumento a servizio delle persone che ha come fine ultimo quello di migliorare il benessere degli esseri umani" (Commissione Europea, 2019).

Per proteggere i diritti fondamentali dei cittadini rispetto al fenomeno delle discriminazioni algoritmiche diversi sono gli strumenti giuridici che gli ordinamenti possono adottare: forme di autoregolamentazione dei *Tech Giants* in ottemperanza alla c.d. responsabilità sociale di impresa attraverso meccanismi di *soft-law*, previsioni legislative antidiscriminatorie *ad hoc* e relativa tutela giurisdizionale, istituzione di autorità amministrative indipendenti specializzate nell'ambito digitale con funzioni normative, di vigilanza, sanzionatorie e para-giurisdizionali.

Quanto alla prima ipotesi occorre rilevare che una delega della tutela dei diritti umani ad opera dei poteri pubblici nei confronti di quelli privati non pare costituire di per sé un rimedio compatibile con lo Stato costituzionale democratico. Forme di auto-regolamentazione (*self-regulation*) da parte dei *Tech giants*, per quanto pregevoli, non possono infatti sostituire il ruolo dello Stato nella garanzia dei diritti fondamentali (ANGELOPOULOS et al., 2016). I meccanismi di *soft-law* non sono vincolanti e lasciano spazio in ambiti così delicati a forme di "*ethics washing*" da parte delle multinazionali (WAGNER et al., 2018; NEMITZ, 2018).

Dal canto suo, anche la giurisdizione non pare essere uno strumento di tutela particolarmente efficace nel settore digitale. Depongono in questo senso diversi fattori. *In primis* è bene evidenziare che la stessa interviene generalmente solo *post factum* e cioè quando la violazione dei diritti è già occorsa. Inoltre, il cittadino deve scontrarsi con le sproporzionate risorse economiche

e umane sulle quali possono contare imprese dal fatturato e dalle dimensioni globali, rispetto alle quali risulta *ictu oculi* evidente la disparità di armi sulle quali è destinata a giocarsi la partita giurisdizionale. Una rilevanza centrale in tale asimmetria delle parti è altresì rivestita dalle intrinseche difficoltà probatorie per la vittima di dimostrare in giudizio la discriminazione algoritmica subita, nonché, a monte, l'esistenza di un quadro giuridico di riferimento frammentato, spesso carente e non al passo con tecnologie costantemente mutevoli e complesse. La misura delle criticità di questo rimedio è ben rappresentata dal fatto che, nonostante le discriminazioni algoritmiche siano un fenomeno grave, ricorrente e di vasta portata nel mondo digitale, le sentenze che le accertano e le stigmatizzano si possono contare sulle dita di una mano.

Nel 2018 in Finlandia, ad esempio, il Tribunale Nazionale per la Non-Discriminazione e l'Eguaglianza (*The National Non-Discrimination and Equality Tribunal*) adito dall'*Ombudsman* contro le discriminazioni (*The Non-Discrimination Ombudsman*), ha affrontato il caso di un soggetto che si è visto negare un prestito da parte di un istituto di credito, sulla base di una decisione interamente fondata su una ricostruzione statistico-matematica e dunque astratta (*scoring system-based assessment*) della sua posizione finanziaria. Quest'ultimo, chiamato l'ente creditizio in giudizio, allegava che la propria solvibilità era di gran lunga più solida di quella ricostruita dall'algoritmo e che l'ingiustificato diniego era imputabile ad un'errata ponderazione di fattori quali il genere, la prima lingua, l'età e l'area residenziale del richiedente, che non corrispondevano a quelli reali, ma erano il frutto di una approssimazione statistica. Il Tribunale ha riconosciuto la decisione dell'istituto di credito *sproporzionata* e dunque in patente violazione con la Sezione 11 del *Non-Discrimination Act* finlandese, avendo quest'ultimo completamente ignorato le concrete condizioni economiche del richiedente e avendo fondato il proprio pregiudizievole diniego su una presunzione totalmente astratta, in parte basata su criteri discriminatori proibiti dalla legge, così come previsto dall'*Act on Equality between Women and Men* e dalla Sezione 8 del predetto *Non-Discrimination Act*. Incapace l'ente creditizio di confutare le allegazioni della parte attrice, il Tribunale ha accertato l'avvenuta discriminazione multipla del ricorrente sulla base di motivi legati al genere, alla prima lingua, all'età e al luogo di residenza di quest'ultimo. Sono conseguiti per l'ente creditizio il divieto di adottare simili pratiche in futuro e una ammenda di 100.000 euro, da liquidare entro 6 mesi dalla notifica della sentenza (National Non-Discrimination And Equality Tribunal Of Finland, 2018).

Seppure successivamente alla *Brexit* il Regno Unito vada sempre più al-

lontanandosi dalla dimensione europea vale la pena in questa sede dar conto di un caso particolarmente significativo di condanna di una discriminazione algoritmica. Nel 2020, infatti, la Corte d'Appello d'Inghilterra e del Galles, nel caso *R (on the application of Bridges) v Chief Constable of South Wales Police* ([2020] EWCA Civ 1058), ribaltando il precedente affermato dall'Alta Corte d'Inghilterra e del Galles, adita dal sig. *Bridges*, attivista per le libertà civili, ha riconosciuto che il sistema di riconoscimento facciale automatico (*Automated Facial Recognition technology* - AFR), usato dalla polizia del Sud del Galles (*South Wales Police* - SWP) per individuare determinati soggetti (persone accusate di crimini, evasi, vittime di reato, soggetti scomparsi) attraverso un raffronto operato dal *software* stesso tra le immagini presenti nei *databases* della polizia e quelle carpite in diretta, violava la Sezione 149 dell'*Equality Act 2010*, che rubricata *Public sector equality duty*, è volta a realizzare e perseguire il principio di eguaglianza sostanziale da parte delle autorità pubbliche e di coloro che sono incaricati di svolgere funzioni pubbliche, nell'esercizio delle proprie attività. La Corte d'Appello, in particolare, rilevava che la SWP non aveva prodotto in giudizio prove sufficienti per stabilire se l'AFR potesse essere affetto da *bias*. Aggiungeva la Corte che la SWP non aveva mai cercato di accertare, direttamente o tramite una verifica indipendente, che il *software* utilizzato potesse presentare un inaccettabile *bias* basato sulla "razza" o sul sesso delle persone controllate. Nelle proprie conclusioni la Corte auspicava così, infine, che, essendo l'AFR una tecnologia nuova e controversa, tutte le forze di polizia in futuro avrebbero dovuto accertarsi che venisse fatto tutto il possibile per assicurare che il *software* utilizzato non fosse affetto da pregiudizi razziali o di genere.

Da ultimo, il 31 dicembre 2020, il Tribunale di Bologna ha sancito che l'algoritmo adottato dalla piattaforma *Deliveroo*, servizio di consegna a domicilio, era discriminatorio. Il sistema di *ranking* reputazionale adottato dall'impresa, infatti, penalizzava allo stesso modo tanto chi si assentava per motivi futili, quanto chi era costretto a rinunciare al lavoro perché malato, perché affetto da handicap o per esercitare il proprio diritto di sciopero (discriminazione indiretta). *Deliveroo* è stato conseguentemente condannato a versare ai ricorrenti un risarcimento di 50.000 euro e a pubblicare il provvedimento del Tribunale sul proprio sito *web* (Trib. Bologna, ord. 31.21.2020; PERULLI, 2021).

A questo punto ci si chiede: *tertium datur?* La risposta sembra poter essere positiva. Negli ultimi anni, infatti, si è aperto un intenso dibattito sulla possibilità di creare una autorità amministrativa indipendente per il governo del settore digitale. Negli Stati Uniti, ad esempio, lo scontro di opinioni a ri-

guardo è infuocato. Pur essendo un Paese notoriamente refrattario all'intervento dello Stato nei rapporti tra privati, la dottrina maggioritaria sembra esprimersi a favore della creazione di una *Digital Authority* che, composta da soggetti altamente specializzati, interverrebbe, in qualità di *specialist regulator*, a garanzia della concorrenza e della privacy dei consumatori nell'economia digitale (Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019; Feld, 2019; WHEELER et. al., 2020). In posizione minoritaria si trova invece chi ritiene che la creazione di un *Digital Watchdog*, da una parte, costituirebbe una spesa non proporzionata in termini di costi/benefici; dall'altra, che tale tipo di autorità specializzata sarebbe facile preda della c.d. *regulatory capture*, in forza della quale, quest'ultima, invece che perseguire l'interesse pubblico, svilupperebbe, al contrario, un atteggiamento di compiacenza verso gli stessi controllati, nel nostro caso i *Tech Giants* (CHILSON, 2020). Ancora è stato evidenziato come una simile *Authority* potrebbe essere politicizzata: *political manipulation* (George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019). Vi è infine chi ha proposto la costituzione di un tribunale specializzato per giudicare le controversie contro le grandi aziende tecnologiche (SINGER, 2020).

Nel Regno Unito, altro Paese noto per un approccio storicamente *soft* alla regolamentazione del settore privato, l'*House of Lords Select Committee on Communications* ha recentemente pubblicato un report, intitolato *Regulating in a digital World* (Select Committee on Communications - House Of Lords, 2019), col quale si invita il Governo, tra le altre cose, a dar vita ad una *Digital Authority* che funga da *super regulator* del mondo digitale. In particolare, al punto 238 si legge: "Raccomandiamo che venga creato un nuovo organismo, una *Digital Authority*, che coordini le autorità regolatrici nell'ambito del mondo digitale. Raccomandiamo che la *Digital Authority* sia provvista dei seguenti poteri: verificare con continuità la regolazione del settore digitale e proporre raccomandazioni in relazione ad ulteriori poteri necessari a colmare le lacune esistenti; stabilire un nucleo interno di esperti dei *trends* digitali che aiuti a prevedere i rischi e i vuoti normativi nella regolazione; aiutare le esistenti autorità regolatrici ad attuare efficacemente la legge nell'interesse pubblico, in linea con i 10 principi stabiliti nel presente report; informare il Parlamento, il Governo e gli organismi pubblici delle evoluzioni della tecnologia; creare un *pool* di investigatori specializzati che possano essere consultati da altre autorità amministrative indipendenti per indagini specifiche; consultare la popolazione per capire come nel tempo muti l'atteggiamento verso i cambiamenti tecnologici e assicurare che i timori delle persone siano tenuti in considerazione dalle autorità regolatrici e dalla classe politica; sen-

sibilizzare l'opinione pubblica dei problemi legati al settore digitale; coinvolgere gli attori del mondo tecnologico; assicurare che i diritti umani e i diritti dei minori siano garantiti nel settore digitale; cooperare con gli organismi europei e internazionali deputati alla regolamentazione di internet". Nel frattempo, l'Autorità per la Concorrenza e i Mercati (*The Competition and Markets Authority - CMA*), l'Ufficio del Commissario per l'Informazione (*The Information Commissioner's Office - ICO*) e l'Autorità per la regolazione dei servizi di comunicazione (*Ofcom*), hanno dato vita al *Digital Regulation Cooperation Forum* (DRCF), che ha l'obiettivo di coordinare l'attività delle predette *Authorities* nella regolamentazione del settore digitale, affinché la stessa sia coerente, aggiornata e reattiva, sia posta al servizio dei cittadini e dei consumatori e rafforzi l'impatto e la posizione del Regno Unito nell'economia digitale mondiale (CMA, ICO, Ofcom, 2020).

In Giappone, il governo *Suga* attualmente in carica ha affidato al Ministro per la Riforma del settore Digitale il compito di istituire nel corso del 2021 un'unica Autorità amministrativa indipendente "ombrello" (*single umbrella agency*), che raccolga in sé tutte le competenze, attualmente distribuite tra le diverse *Authorities*, per una *governance* del mondo digitale, che sia orientata a favore dei consumatori, c.d. *consumer oriented* (SEKIGUCHI, 2020).

In Australia, invece, nel 2019 gli *stakeholders*, rispondendo ad una consultazione pubblica dell'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), si sono schierati contro la creazione di un'apposita Autorità per il digitale, in quanto, a loro modo di vedere, da una parte, occorrerebbe molto tempo per dotarla delle competenze già possedute dalle Autorità di regolamentazione esistenti; dall'altra, vista la sua settorialità correrebbe il rischio di cadere vittima di *regulatory capture*. Dal canto suo, l'ACCC ha concluso che una sorveglianza più efficace e mirata ben potrebbe essere fornita integrando (e coordinando meglio) le funzioni delle Autorità esecutive e di regolamentazione esistenti, tra cui l'ACCC stessa, l'*Australian Communications and Media Authority* (ACMA) e l'*Office of the Australian Information Commissioner* (OAIC), che stanno già lavorando molto bene insieme (Digital Regulation Platform, 2020).

Malta, con il *2018 Malta Digital Innovation Authority Act* ha dato vita ad un'apposita Autorità per la regolazione del digitale, la *Malta Digital Innovation Authority* (MDIA) appunto. Tra i molti compiti che le sono stati attribuiti quest'ultima si occupa tra l'altro di: promuovere politiche che favoriscano accordi tecnologici innovativi, il loro utilizzo e *standards* etici; proteggere gli utenti di accordi tecnologici innovativi, compresi i consumatori e in

generale qualunque persona; armonizzare le prassi, facilitare l'adozione di *standards* sugli accordi relativi alle tecnologie innovative con le norme, gli *standards* e le regole internazionali (a Malta e a livello internazionale, in particolare nell'Unione Europea); assistere le autorità competenti per la protezione della privacy delle persone interessate, dei soggetti vulnerabili e nella promozione della concorrenza leale e della libera scelta dei consumatori; promuovere (se richiesto, per far rispettare) criteri etici e legittimi nella e in relazione alla progettazione e all'uso degli accordi tecnologici innovativi; collaborare con le altre parti interessate per impegnarsi nella lotta al riciclaggio di denaro sporco e nella prevenzione del finanziamento del terrorismo e della criminalità, in particolare per quanto riguarda gli accordi tecnologici innovativi; promuovere la trasparenza e la verificabilità nell'uso e in relazione all'uso di accordi tecnologici innovativi; promuovere la facilità di accesso e il diritto di recesso o di cessazione dalla partecipazione ad accordi tecnologici innovativi; promuovere la certezza del diritto nell'applicazione delle leggi, nel contesto nazionale e transfrontaliero, e lo sviluppo di principi giuridici adeguati per un'efficace applicazione della legge agli accordi tecnologici innovativi.

In Italia, infine, il tema, nonostante la rilevanza e l'attualità delle questioni coinvolte, non sembra aver ricevuto l'attenzione che merita. Soltanto qualche isolata, seppur autorevole, voce si è espressa in favore della creazione di un'Autorità per la *governance* del digitale: “*A public supranational authoritative body*” (DE MINICO, 2020, 14; NICITA; 2019). Minoritaria risulta invece la posizione di chi giudica positivamente l'astensione dei poteri pubblici da un'ingerenza regolatrice nello spazio digitale (*policy* che inibirebbe le libertà fondamentali su internet), dovendosi, al contrario, insistere su campagne di sensibilizzazione rivolte ai cittadini per un uso responsabile e consapevole delle nuove tecnologie (FROSINI, 2019).

A tal proposito non può non rilevarsi come il modello dell'Autorità amministrativa indipendente, che ha conosciuto in Italia grande fortuna a partire dagli anni '90, sia particolarmente adatto a fronteggiare efficacemente le sfide lanciate dalle nuove tecnologie. Le *Authorities*, infatti, si contraddistinguono per avere un personale fortemente specializzato, in grado di assicurare interventi competenti in materie caratterizzate da elevata tecnicità e continuamente mutevoli, rispetto ai quali il legislatore fatica a stare al passo. Allo stesso tempo, la loro istituzione per via legislativa assicura il rispetto del principio di legalità. Inoltre, aspetti quali l'elezione parlamentare o la nomina da parte del Governo o di alte cariche dello Stato dei componenti direttivi delle stesse, insieme ai doveri periodici di relazione alle Camere, ne assicura-

no il controllo democratico. Nondimeno, i poteri regolamentari di cui le Autorità godono vengono generalmente esercitati a seguito di procedure consultive pubbliche che coinvolgono i soggetti interessati della società, i quali possono così apportare il loro personale e concreto contributo a quelle stesse scelte dell'amministrazione alle quali poi dovranno conformarsi. Le *Authorities* sono spesso dotate anche di poteri di controllo e sanzionatori, soprattutto economici e interdittivi, misure cioè che hanno un forte impatto deterrente e retributivo sulle imprese. Centrale è anche la funzione para-giurisdizionale di cui le stesse possono essere dotate. Se da una parte questa offre infatti una rapida e competente risposta alle parti in lite, soprattutto in ottica conciliativa, dall'altra contribuisce a deflazionare il contezioso giudiziario.

Negli ultimi anni, infine, per tutti i settori strategici più tecnici ed economicamente rilevanti, quali quello energetico, farmaceutico, finanziario, monetario, della privacy, delle telecomunicazioni si è assistito alla creazione di una *rete europea* di *Authorities*, al cui vertice si trova spesso un organismo, appunto europeo, con più o meno ampi poteri di coordinamento, indirizzo e controllo. Non si comprende dunque perché anche nel settore digitale, che oggi rappresenta indubbiamente uno dei settori più rilevanti nella vita dell'essere umano, non si coniughino alle tutele già tradizionalmente previste gli ulteriori rimedi offerti dalle Autorità amministrative indipendenti, così garantendo una risposta unitaria a livello sovranazionale ed eventualmente globale, attraverso la cooperazione internazionale. In questo senso, l'Unione e gli Stati Membri saranno in grado di fornire una risposta comune alle minacce provenienti dal digitale? Saranno in grado di assicurare meccanismi efficienti per la protezione dei diritti umani fondamentali rispetto al fenomeno digitale? Sapranno riappropriarsi della propria sovranità ed evitare la degradazione dell'ordine costituzionale? Rusciranno a contrastare efficacemente le discriminazioni algoritmiche?

Aprono spiragli di speranza le parole della Presidente della Commissione Europea *Ursula von der Leyen* che nel proprio programma politico *Un'Unione più ambiziosa – Il mio programma per l'Europa* considera il conseguimento della sovranità tecnologica in alcuni settori tecnologici fondamentali una delle priorità dell'Unione (VON DER LEYEN, 2019, 14). Occorre, tuttavia, che nei singoli Paesi si intraprenda un percorso serio di riflessione su questi temi che anzitutto coinvolga i cittadini europei in modo da renderli consapevoli e quanto più possibile informati delle sfide future che le nuove tecnologie ci prospettano.

Bibliografia

- ANGELOPOULOS, C., BRODY, A., HINS, A.W., HUGENHOLTZ, B., LEERSSEN, P., MARGONI, T., MCGONAGLE, T., DAALEN, O. VAN, HOBOKEN, J. VAN (2016). *Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation*, Leiden, Institute for Information Law (IViR).
- ANSA, (2019, July 25). https://www.ansa.it/sito/notizie/tecnologia/internet_social/2019/07/25/facebook-utenti-mensili-241-miliardi_ed9c235e-ea29-495c-ad3e-ef31e6f2defd.html.
- BACCHINI, F. & LORUSSO, L. (2019). Race, again: how face recognition technology reinforces racial discrimination. *Journal of Information, Communication and Ethics in Society*, 17(3), pp. 321-335.
- BARICCO, A. (2018). *The game*. Cles: Einaudi.
- BARONI, M. (2019). *L'intelligenza Artificiale tra costituzione e globalismo: perchè non c'è futuro senza uomo. Ius in itinere*, 1.
- BAUMAN, Z. (2011). *Modernità liquida*. Roma-Bari: Laterza.
- BORGESIU, F. J. Z. (2018). *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Strasbourg: Directorate General of Democracy - Council of Europe.
- BORGESIU, F. J. Z. (2020). Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence. *The International Journal of Human Rights*, 24(10), pp. 1572-1593.
- CAMAGNI, P. (2006). *Algoritmi e basi della programmazione*. Milano: Hoepli.
- CASINI, L. (2020). *Lo Stato nell'era di Google*. Milano: Mondadori Università.
- CELOTTO, A. (2021, January 5). Facebook sta diventando uno Stato. *HuffingtonPost*.
- CHILSON, N. (2020). *Does Big Tech Need Its Own Regulator?*. <https://gaidigitalreport.com/2020/08/25/does-big-tech-need-its-own-regulator/>.
- CMA, ICO, Ofcom (2020). *Digital Regulation Cooperation Forum*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/896827/Digital_Regulation_Cooperation_Forum.pdf.
- COMMISSIONE EUROPEA (2019, April 8). *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni - Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*. COM/2019/168 final.
- CONTISSA, G., LASAGNI, G. & SARTOR, G. (2019). *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*. *Diritto di internet*, 4, pp. 619-634.
- COONEY, S. (2016, September 8). *LinkedIn Tweaks Search Algorithm After Report Suggests Gender Bias*. <https://time.com/4484530/linkedin-gender-bias-search/>.

- DALY, T. G. (2017, August 7). *Diagnosing Democratic Decay*. https://static1.squarespace.com/static/5abb53e6372b9691939ac577/t/5ad89eaff950b7232cf9930d/1524145846867/Daly_Diagnosing+Democratic+Decay_UNSW+Aug+2017.pdf.
- D'AMICO, M. (2020). *Una parità ambigua*. Milano: Raffaello Cortina Editore.
- DASTIN, J. (2018, October 11). *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*. <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G?>
- DE MINICO, G. (2020). *Libertà in Rete Libertà dalla Rete*. Torino: Giappichelli.
- Digital Regulation Platform (2020, September 21). *Emerging approaches of the digital regulator - Australia's Digital Platforms Inquiry*. <https://digitalregulation.org/emerging-approaches-of-the-digital-regulator/>.
- Directorate-General for Justice and Consumers - European Commission (2017, May 12). *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*, Brussels.
- EUBANKS, V. (2018). *Automating Inequality*. New York: St. Martin's Press.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2020, December 14). *Getting the future right. Artificial Intelligence and fundamental rights*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- FELD, H. (2019, May). *The Case for the Digital Platform Act*. https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/Case_for_the_Digital_Platform_Act_Harold_Feld_2019.pdf.
- FLORIDI, L. (Ed.). (2015). *The Online Manifesto*. Heidelberg-New York-Dodrecht-London: Springer.
- FLORIDI, L. (2017). *La quarta rivoluzione*. Milano: Raffaello Cortina Editore.
- FROSINI, T.E. (2019). *Liberté Egalité Internet*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- GEORGE J. STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE (2019, July). *Committee for the Study of Digital Platforms - Politics Subcommittee - Report*, [HYPERLINK "https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/politics---report.pdf?la=en&hash=79EBF1EB16FFDF1316F7A1F907BD4F0A543AC402"](https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/politics---report.pdf?la=en&hash=79EBF1EB16FFDF1316F7A1F907BD4F0A543AC402) <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/politics---report.pdf?la=en&hash=79EBF1EB16FFDF1316F7A1F907BD4F0A543AC402>.
- GINSBURG, T. & HUQ, A. Z. (2020). *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- GIRASA, R. (2020). *Artificial Intelligence as a Disruptive Technology*. Cham: Palgrave Macmillan.
- GRAHAM, M. & DUTTON, W. H. (2014). *Society and the Internet*. Oxford: Oxford University Press.

- GREER, M. (2019, February 2). Data: The Fuel Powering AI & Digital Transformation. *Forbes*. [HYPERLINK "https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/02/06/data-the-fuel-powering-ai-digital-transformation/?sh=1b6ab8d7578b"](https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/02/06/data-the-fuel-powering-ai-digital-transformation/?sh=1b6ab8d7578b)
<https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2019/02/06/data-the-fuel-powering-ai-digital-transformation/?sh=1b6ab8d7578b> .
- GROPPI, T. (2020, November 30). Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale. *Consulta online*.
- HALAVAIS, A. M. C. (2018). *Search engine society*. Cambridge (UK): Polity Press.
- IRTI, N. (2014). *Del salire in politica: il problema tecnocrazia*. Torino: Aragno.
- LACHAPELLE, G. & MAAREK, P. J. (2015). *Political parties in the digital age*. Berlin: De Gruyter Oldenbourg.
- LARSON, J., MATTU, S., KIRCHNER, L. & ANGWIN, J. (2016, May 23). *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>.
- LOUGHLIN, M. (2019). The contemporary crisis of constitutional democracy. *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(2), pp. 435-454.
- LOWRY, S. & MACPHERSON, G. (1988). A blot on the profession. *British Medical Journal*, 296(6623), pp. 657-658.
- MELLENDEZ, S. (2018, September 8). *Uber driver troubles raise concerns about transgender face recognition*. <https://www.fastcompany.com/90216258/uber-face-recognition-tool-has-locked-out-some-transgender-drivers>.
- NATIONAL NON-DISCRIMINATION AND EQUALITY TRIBUNAL OF FINLAND, 21.3.2018, R.N. 216/2017. https://www.yvtltk.fi/material/attachments/ytalk/tapausselosteet/45LI2c6dD/YVtltk-tapausseloste-21.3.2018-luotto-moniperusteinen_syrjinta-S-en_2.pdf.
- NEMITZ, P. (2018). Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. *Philosophical Transactions of the Royal Society*.
- NICITA, A. (2019). *Has the Time Come for a Digital Regulatory Authority? – Legacy and Challenges*. <https://www.iicom.org/wp-content/uploads/NICITA-2.pdf>.
- NOBLE, S. U. (2018). *Algorithm of Oppression*. New York: New York University Press.
- NUNN, R. (2021). Discrimination in the Age of Algorithms. In W. Barfield (Ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms* (pp. 182-198). Cambridge University Press.

- OBERMEYER, Z., Powers, B., Vogeli, C. & Mullainathan, S. (2019). Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations. *Science*, 366(6464), pp. 447-453.
- O'NEIL, C. (2016). *Weapons of Math Destruction*. New York: Crown Pub.
- PASQUALE, F. (2015). *The Black Box Society*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.
- PAUL, A., JOLLEY, C. & ANTHONY, A. (2018, September 5). *Reflecting the Past, Shaping the Future: making AI Work for International Development*. <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/15396/AI-ML-in-Development.pdf>.
- PAUL, D. (2016). Algorithms and their others: Algorithmic culture in context. *Big Data & Society*, 3(2).
- PERULLI, A. (2021, January 14). La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna. *Lavoro, Diritti, Europa*, 1.
- POLLICINO, O. (2019, November 5). L'“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale. *Federalismi.it*.
- POLLICINO, O. & DE GREGORIO, G. (2020, November 11). Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics. *MediaLaws*.
- R (*on the application of Bridges*) v *Chief Constable of South Wales Police* ([2020] EWCA) Civ 1058. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/R-Bridges-v-CC-South-Wales-ors-Judgment.pdf>.
- RANDAZZO, A. (2020, November 9). Internet e democrazia: prime notazioni su tre possibili svolgimenti di un rapporto complesso. *Consulta Online*.
- RUFFOLO, U. (Ed.). (2020). *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*. Milano: Giuffrè.
- SCHWARTZ, O. (2019, April 15). *Untold History of AI: Algorithmic Bias Was Born in the 1980s*. <https://spectrum.ieee.org/tech-talk/tech-history/dawn-of-electronics/untold-history-of-ai-the-birth-of-machine-bias>.
- SEKIGUCHI, W. (2020, October 16). *A digital agency would crown Japan's IT strategy*. <https://www.japantimes.co.jp/opinion/2020/10/16/commentary/japan-commentary/digital-agency-crown-japans-strategy/>.
- Select Committee on Communications - House Of Lords (2019, March 9). *Regulating in a Digital World - 2nd Report of Session 2017-19*, HL Paper 299. HYPERLINK "<https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldcomuni/299/29902.htm>"
- <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldcomuni/299/29902.htm>.

- SHAHBAZ, A. (2018). *The Rise of Digital Authoritarianism*. <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2018/rise-digital-authoritarianism>.
- SIMONCINI, A. (2019). L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà. *BioLaw Journal*. 1, pp. 63-89.
- SIMONCINI, A. & SUWEIS, S. (2019). Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale. *Rivista di filosofia del diritto*, 8(1), pp. 87-106.
- SINGER, H. (2020, March 30). *Testimony to House Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law*. <https://www.econone.com/wp-content/uploads/2020/03/Singer-Letter-to-Chairman-Cicilline-and-Ranking-Member-Sensenbrenner.pdf>.
- State of Wisconsin v. Eric L. Loomis* (2016), No. 2015AP157-CR. <https://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=171690>.
- STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE (2019). *Stigler Committee on Digital Platforms - Final Report*. HYPERLINK "<https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>" <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>.
- THE NEW YORK TIMES (2013, August 12). *Racial discrimination in stop-and-frisk*. <https://www.nytimes.com/2013/08/13/opinion/racial-discrimination-in-stop-and-frisk.html>.
- The Social Dilemma*. 2020. [Film] Diretto da Jeff Orlowski. USA.
- TRIBUNALE DI BOLOGNA, ord. 31.12.2020, RG n. 2949/2019. <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/01/Ordinanza-Bologna.pdf>.
- VON DER LEYEN, U. (2019). *Un'Unione più ambiziosa - Il mio programma per l'Europa*. https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_it.pdf.
- WAGNER, B., SCHULZ, W. & TURK, K. (2018, March). *Algorithms and Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe.
- WHEELER, T., VERVEER, P. & KIMMELMAN, G. (2020, August). *New Digital Realities*. https://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2020/08/New-Digital-Realities_August-2020.pdf.
- ZUBOFF, S. (2019). *Il capitalismo della sorveglianza*. Roma: Luiss University Press.

LA CIBERESFERA Y SU IMPLICACIÓN
EN LOS DERECHOS HUMANOS:
LA DESINFORMACIÓN EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

NIEVES ALONSO GARCÍA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Perspectiva normativa de las libertades de expresión y comunicación. – 2.1. Regulación en la Carta Magna Española. – 2.2. Marco jurídico internacional de los derechos a la libertad de expresión e información. – 3. Los avances tecnológicos y su incidencia en la información política. – 3.1. El deber de hacer público lo que debe ser público. – 3.2. Las funciones y disfunciones del Parlamento en los medios de comunicación. – 3.3. Hacia la utilización positiva de los medios de comunicación. – 4. Capacidad de adaptación de las sociedades a los cambios tecnológicos. – 4.1. La senda marcada por la Unión Europea. – 4.2. La respuesta del Gobierno español. – 5. Conclusiones. – 6. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

El siglo XXI parte de una realidad incuestionable en el marco del ejercicio de los derechos humanos: la existencia de una sociedad donde las nuevas tecnologías han devenido como símbolo emblemático de nuestra cultura. La revolución tecnológica ha supuesto una mutación de las relaciones del ser humano que incide en la esfera de los derechos humanos. (TERUEL LOZANO, G. M; PÉREZ MIRAS, A. Y RAFFIOTTA, E., 2013).

La evolución digital conlleva la aparición de nuevas necesidades humanas, así como el surgimiento de nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades, que exigen ser tenidas en cuenta y remediadas.

Uno de los desafíos a los que nos enfrentamos en la actualidad es la delimitación de la garantía de las libertades de expresión e información ante el fenómeno de la desinformación.

Esta desafía las garantías constitucionales de la opinión pública en Internet, principalmente en las redes sociales. Se requiere, además de otras medidas tecnológicas, repensar el derecho fundamental a la información y la formación de la libre opinión pública en las redes.

A este respecto, es importante delimitar semánticamente el concepto de desinformación, dentro del cual se hace referencia a la difusión de contenidos falsos en redes sociales y plataformas, la publicidad segmentada, la utili-

zación de plataformas para operaciones de influencia e injerencia extranjera, la amplificación de discursos del odio y propagandísticos a través de trolls y bots, así como contenidos de *clickbait* que buscan optimizar el consumo de las redes sociales.

Claire Wardle y Hossein Derakhshan publicaron en septiembre de 2017 un informe en el que distinguen entre *misinformation* (información errónea), *disinformation* (propaganda) y *malinformation* (desinformación). (WARDLE, C. Y DERAQSHAN, 3, 2017).

El avance de la desinformación, la propaganda digital y las popularmente denominadas *fake news* suponen una serie de problemáticas que inciden en la calidad de nuestra esfera pública y que requieren de medidas legislativas, formativas y sociales que reduzcan sus efectos. En este mismo ámbito será preciso velar por la información que se transmite por los medios de comunicación sobre la actuación de los órganos políticos (ALONSO, 2018).

2. Perspectiva normativa de las libertades de expresión y comunicación

2.1. Regulación en la Carta Magna Española

Una visión sucinta de la regulación constitucional de la divulgación de información nos lleva al artículo 20.1 a) en virtud del cual se reconoce y protege, en primer lugar, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y en segundo lugar y conforme al apartado d) del citado precepto se contempla el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Asimismo, se añade una serie de límites a estas libertades vinculados al respeto a los derechos reconocidos en este Título I de la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de expresión se proclama en el artículo 20.1.a) de la Constitución Española como un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos¹.

El constituyente abogó por la protección constitucional a las libertades de expresión, y comunicación, activa y pasiva, veraz, sólo limitadas por los

¹ Un interesante estudio sobre libertad de expresión puede verse en: PRESNO LINERA, M.A. (2020).

derechos del Título I de la Constitución, sus normas reguladoras, y los específicos derechos del artículo 18, protegidos, en el ámbito civil, por *la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

Debemos distinguir esta libertad de expresión del derecho recogido en el artículo 20.1. d) de la CE, en el que se señala que se reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y que está centrado en el derecho de todos a conocer los hechos que puedan tener trascendencia pública, pero que se concreten en la recepción de una información veraz (GARCÍA MORALES, 2020). El texto recogido en el apartado 1.a. del artículo 20 de la CE, alude a la libertad de expresión y se refiere al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. El derecho recogido en el apartado 1.d) del mismo artículo 20 de la CE, se refiere a la libertad de información (DROGUETT GONZÁLEZ, 2020, 32).

Distingamos, por tanto, la libertad de expresión, recogida en el apartado 1.a), del artículo 20 de la CE, de la libertad de información que se recoge en el apartado 1.d) del mismo artículo. La libertad de expresión que reconoce el artículo 20.1.a) CE, es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que los protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley, e incluso frente a la propia ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución admite (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ, 3º).

También como derecho fundamental, encontramos la libertad de información recogida en el artículo 20.1.d) de la CE, que reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y está centrado en el derecho de todos a conocer los hechos que puedan tener trascendencia pública pero que se concreten en la recepción de una información veraz.

Estas libertades, reza el apartado 4 del referido artículo 20 de la CE, tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Señala la STC 168/1986, de 22 de diciembre, que los sujetos de este derecho no son solamente los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino primordialmente “la colectividad y cada uno de sus miembros”. Al incluir estos derechos en el ar-

título 20, la Constitución tiene en cuenta ciertamente la posición jurídica subjetiva de quienes comunican la información, pero protege también, con la garantía reforzada que otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas, la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos (ALEXY, 1993).

Añade el referido artículo 20 de la CE, en su apartado 2, que “el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previo”. A este respecto, cabe indicar que solamente podrá acordarse el secuestro de una publicación si media una resolución judicial, como así se contempla expresamente en el apartado 5, del referido artículo, al señalar que solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Ahora bien, debemos señalar que el apartado 4, de este artículo 20, indica que estas libertades tienen su límite, como así lo tienen todos los derechos. Y estos límites están en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

2.2. Marco jurídico internacional de los derechos a la libertad de expresión e información

El derecho de acceso a la información pública ha adquirido una importancia fundamental en el desarrollo de los derechos humanos, directamente vinculado a otros derechos fundamentales, como lo son el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la verdad, el derecho a tomar decisiones ciudadanas y políticas debidamente informados, al desarrollo democrático y a la transparencia en la gestión pública. (TORRES MANRIQUE, 8, 2013).

Sobre este sustrato, y desde una visión sucinta de la regulación internacional se mencionarán aquellos textos normativos con especial incidencia en los derechos a la libertad de expresión e información.

En primer lugar, es especialmente significativa la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuyo artículo 19, en referencia directa a las libertades de expresión y de información, señala que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Es notorio a este respecto, que se está señalando directa y expresamente

a las libertades de expresión, de opinión y de información, y al poder difundirlas sin limitación alguna.

Añade la declaración en el artículo 29 que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará “solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Recordemos, no obstante, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es una declaración y, consecuentemente, contiene una serie de principios y normas que se comprometen a cumplir las partes, pero quienes la firman no adquieren la obligación de incluirla en su ordenamiento jurídico. (BENEYTO BERENGUER, 2013).

El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 es el siguiente texto para considerar en el devenir del reconocimiento de las libertades de expresión y de información en el ámbito internacional. El artículo 10 del convenio, bajo el epígrafe de libertad de expresión, señala que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades y sin consideración de fronteras”.

A tenor de los textos internacionales aludidos hasta el momento, es preciso destacar que se encuentran implantadas en un mismo texto la libertad de expresión y la libertad de información.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos² que, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, reconoce derechos civiles y políticos estableciendo un sistema para su protección. Este pacto es consecuencia de la no imposición de obligaciones vinculantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, consecuentemente, se consideró necesario un pacto que tuviera como fin imponer obligaciones a las partes en este contexto.

El día 28 de septiembre de 1976, España firmó en Nueva York este Pacto internacional de derechos civiles y políticos, cuyo texto fue aprobado y ratificado mediante instrumento de ratificación, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 103, de 30 de abril de 1977. El artículo 19 del Pacto, señala que, “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informacio-

² Sobre este particular, un exhaustivo análisis puede verse en: BELTRÁN VERDES, E. (2009).

nes e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Añade el texto que el ejercicio de este derecho “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

De nuevo, cabe señalar la unión y el reconocimiento de los derechos de la libertad de expresión y la libertad de información, tal como venimos señalando.

La Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en su artículo 13 reconoce los derechos a la libertad de expresión y la libertad de información del niño, y se señala que el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

El ejercicio de estos derechos se añade, podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, aunque no entró en vigor hasta el 4 de enero de 1969, fecha en la que se logró el número de ratificaciones que fueron consideradas como necesarias. En su primer artículo la convención define el concepto de «discriminación racial» adoptando un criterio amplio que alcanza a diferentes modalidades de discriminación, distinción, restricciones o preferencias, ya sea por motivo de «raza, color, linaje u origen nacional o étnico». Sin embargo, el tratado se cuida de aclarar que el mismo no puede ser utilizado de ningún modo para afectar las normas internas de los Estados en materia de ciudadanía e inmigración, en tanto no se establezcan discriminaciones en contra de ciertas nacionalidades³.

³ Sobre este particular, *Vid.*: ÁLVAREZ MOLINERO, N. (2004). “La convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial”, en *La protección internacional de los*

En su artículo 4, los Estados parte condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación y declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley.

En el ámbito de esta contribución, es preciso señalar que el artículo 5 de la Convención indica que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes, destacando, bajo el epígrafe de «Otros derechos civiles», en particular, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y el derecho a la libertad de opinión y de expresión, comprometiéndose los Estados partes, según señala el artículo 7, a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente convención.

El Parlamento Europeo en su *Resolución, de 25 de noviembre de 2020,*

sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas, condena todo tipo de incidentes de delitos de odio, discurso del odio y acusaciones infundadas o formuladas de mala fe motivados por la discriminación por cualquier razón, como el sexo, la raza, el color, los orígenes étnicos o sociales, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. A este respecto, solicita a los Estados miembros que condenen y sancionen con dureza los delitos y discursos de odio a todos los niveles y en cualquier medio de comunicación. Deben aplicar y hacer cumplir nuevas medidas para prevenir, condenar y combatirlos.

En esta misma línea, indica que los Estados miembros deben garantizar que los medios de comunicación, incluidos los medios en línea y sociales, así como la publicidad, no contengan incitación alguna a la violencia o al odio contra cualquier persona o grupo de personas y expresa su preocupación por el hecho de que las víctimas de delitos de odio no denuncien tales actos debido a la falta de garantías adecuadas y a la incapacidad de las autoridades para investigar adecuadamente dichos casos y poner fin a la impunidad por los delitos de odio.

Los nuevos desafíos a los derechos humanos no significan una pérdida de vigencia de las Declaraciones mencionadas, sino más bien estimulan a ampliar y actualizar su contenido. Implican, en suma, que los derechos humanos y las declaraciones que los enuncian son categorías históricas.

3. Los avances tecnológicos y su incidencia en la información política

3.1. El deber de hacer público lo que debe ser público

En este contexto, es preciso poner de manifiesto la información que se transmite por los medios de comunicación sobre la actuación de los órganos políticos⁴ en la cual se percibe una tendencia a implicarse en poner siempre

⁴ La STC 161/1988 matiza que el derecho de los parlamentarios a recabar datos, informes y documentos que obren en poder de la Administración viene garantizado por el artículo 23.2 CE puesto que la privación denunciada supondría impedir el ejercicio de una facultad que una norma con fuerza de ley en su sentido material les atribuye en su condición de titulares del cargo público de diputados. Se trata por lo tanto de un derecho fundamental si bien tiene

el acento en la búsqueda de la exageración, el escándalo y la descalificación institucional permanente. (DE URBANO CASTRILLO, 2007).

Lo fundamental de los Parlamentos es hacer público lo que debe ser público, arrojando publicidad sobre los actos del Gobierno y contrastando ante la opinión los planteamientos de los distintos actores.

Stuart Mill resumía las funciones del Parlamento en “vigilar y controlar al gobierno, y arrojar publicidad sobre sus actos, obligar a la correcta exposición y justificación de los cuestionables y censurar los condenables” (STUART MILL, 185, 1985).

Sería de la mano de Bentham de la que se obtiene una de las primeras aportaciones doctrinales y prácticas a la publicidad parlamentaria en la que muestra las virtudes que puede aportar para el fortalecimiento de la democracia representativa. La primera de las virtudes que destaca en este sentido es el valor que genera para la pedagogía política, en tanto en cuanto, mediante la publicidad parlamentaria, las ideas y los proyectos buenos se difunden y penetran en la sociedad, mientras que los prejuicios pueden ser combatidos y aniquilados. En segundo lugar, defiende que la publicidad es el mejor instrumento para combatir la corrupción y la arbitrariedad, el poder se siente observado y limitado por el ojo público. Otro de sus virtudes es la contribución a romper, en parte, la distancia que separa en los sistemas representativos al representante y los representados, de manera que esta forma se contribuye a que los ciudadanos puedan interiorizar las medidas legislativas como propias. En último lugar, sostiene que la publicidad contribuye al buen funcionamiento del sistema electoral (BENTHAM, 71, 1991).

Aranda Álvarez introduce factores de cautela a esta exaltación de virtudes. Este autor defiende que los excesos de publicidad en algunos casos pueden llegar a ser contraproducentes para la deliberación parlamentaria (ARANDA ÁLVAREZ, 2017). Basa su argumentación ejemplificando que, en un contexto de lucha entre partidos, la publicidad puede ser un incentivo para una retórica plebiscitaria, una retórica donde lo único que se pretende con el discurso es quedar mejor ante los medios que el adversario político y donde existe nula voluntad de negociación y acuerdo. Por ello, considera que en ciertos procedimientos parlamentarios no se debe despreciar la posibilidad de que las negociaciones entre los representantes se desarrollen sin la presencia de los medios de comunicación, por ejemplo, la fase de ponencia en la actividad legislativa (DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, 2020).

un carácter instrumental... se inserta y forma parte del derecho fundamental que garantiza el artículo 23 CE.

No obstante, es indispensable abogar porque el debate parlamentario sea abierto y plural y que sus protagonistas se sientan estimulados para celebrarlo.

3.2. Las funciones y disfunciones del Parlamento en los medios de comunicación

La relación parlamento-medios encuentra su fundamento en dos preceptos constitucionales. El primero de ellos, el artículo 20.1 a) y el segundo en el apartado d) del citado precepto, en el cual se contempla el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

El apartado 3 contempla esta previsión matizando que la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

Asimismo, se añade una serie de límites a estas libertades vinculados al respeto a los derechos reconocidos en este Título I de la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Vinculado concretamente al ámbito parlamentario, nuestra Carta Magna en su artículo 80 establece que las sesiones plenarias de las Cámaras serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento.

Este predicado constitucional de publicidad de las sesiones de Pleno, que se refiere no sólo a estas, sino también a las de las Comisiones para los medios de comunicación social, tiene diferentes aspectos. Conforme a la literalidad del precepto se refiere a la asistencia del público a las sesiones del Pleno y no a las de Comisión.

No obstante, también en Comisión, se facilita ese acceso del público mediante el circuito interno de televisión. A esta manifestación del principio de publicidad se ha de incorporar la publicidad proporcionada por los Diarios de Sesiones del Pleno y de las Comisiones tanto del Congreso y como del Senado, y por el resto de las publicaciones oficiales. (DE VEGA GARCÍA, 1985, 54).

En primer lugar, y conforme al artículo 63 del Reglamento del Congreso las sesiones serán secretas cuando se traten cuestiones concernientes al decoro de la Cámara o de sus miembros, o de la suspensión de un Diputado; cuando se debatan propuestas, dictámenes, informes o conclusiones elabo-

radas en el seno de la Comisión del Estatuto de los Diputados que no afecten a las incompatibilidades parlamentarias; cuando lo acuerde el Pleno por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de la Mesa del Congreso, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Asimismo, y en virtud del artículo 64 las sesiones de las Comisiones no serán públicas. No obstante, podrán asistir los representantes debidamente acreditados de los medios de comunicación social, excepto cuando aquellas tengan carácter secreto.

En segundo lugar, las sesiones de las Comisiones, incluidas las de Investigación, serán secretas cuando lo acuerden por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de su respectiva Mesa, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de sus componentes.

En tercer lugar, serán secretas, en todo caso, las sesiones y los trabajos de la Comisión del Estatuto de los Diputados. En cuarto lugar, las sesiones de las Comisiones de Investigación preparatorias de su plan de trabajo o las decisiones del Pleno, o de deliberación interna, o las reuniones de las Ponencias que se creen en su seno, no serán públicas. Serán también secretos los datos, informes o documentos facilitados a estas Comisiones para el cumplimiento de sus funciones, cuando lo disponga una Ley o cuando así lo acuerde la propia Comisión. Por el contrario, se ajustarán a lo previsto en el apartado 1 de este artículo las sesiones que tengan por objeto la celebración de comparecencias informativas ante las Comisiones de Investigación, salvo que concurra alguno de los supuestos siguientes: cuando la comparecencia verse sobre materias que hayan sido declaradas reservadas o secretas conforme a la legislación vigente o cuando a juicio de la Comisión los asuntos a tratar coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas.

En el caso del Senado, la cuestión está contemplada en los artículos 72 y 75 de su Reglamento conforme a los cuales las sesiones plenarias del Senado serán públicas, a no ser que a petición razonada del Gobierno o de cincuenta Senadores se acuerde lo contrario por la mayoría absoluta de la Cámara. Se establece, no obstante, que serán secretas las sesiones de las Comisiones o aquellos puntos de las mismas que tengan por objeto el estudio de incompatibilidades, suplicatorios y cuestiones personales que afecten a Senadores. Asimismo, se otorga la posibilidad de que las Comisiones celebren reuniones a puerta cerrada cuando, sin afectar a los temas antes expuestos, sea acordado por la mayoría absoluta de sus miembros.

Es conveniente apreciar la tendencia de los medios de comunicación a implicarse en poner siempre el acento en las disfunciones y no en las funcio-

nes del Parlamento, así como en la búsqueda de la exageración, el escándalo y la descalificación institucional permanente (GÓMEZ GÓMEZ, 2015).

Asimismo, se aprecia el interés de los gobernantes de centrar y propiciar la información con la finalidad de obtener rédito político. A esta tendencia cabría denominarla “legislación a golpe de titular de prensa” y es especialmente visible en los ámbitos más sensibles a los ciudadanos, como son el penal o el laboral.

La democracia se rige por los sondeos de opinión, o por las manifestaciones y sus contramanifestaciones, lo que deriva en políticas impredecibles, pendulares que abrazan la inestabilidad y el descrédito.

3.3. Hacia la utilización positiva de los medios de comunicación

En el siglo XXI nos hallamos inmersos, en lo que Bernard Manin denominaba la democracia de audiencia, en la que prima la relevancia mediática de los candidatos dando protagonismo a los expertos en medios de comunicación y a los candidatos con mayor repercusión mediática.

En íntima conexión con esta concepción se refleja la existencia de una propaganda electoral en la que predomina la imagen del cabeza de lista y aspirante a Presidente del Gobierno. Los aspirantes a parlamentarios no son foco de repercusión mediática, quedando relegados a un segundo plano.

Los medios de comunicación y especialmente los criterios con los que la prensa da cobertura de los actos y mensajes de la campaña, y los criterios para decidir qué es noticia fomentan la “personalización” de la información. El candidato destaca sobre los temas que se quieren comunicar, “es más fácil comunicar la información a través de la proyección de personalidades que a través de ideas complejas o abstractas” (MANIN, 1998, 72).

Una visión positiva de la utilización de los medios de comunicación es defendida por Rodríguez Morillo quien se cuestiona cómo pueden utilizarse los medios de comunicación online y demás soportes digitales para fomentar el empoderamiento político. Siguiendo su razonamiento sobre las potencialidades y riesgos de este modelo, establece el formato que debería tener un medio online que mejore el empoderamiento. Se basa en el estudio del INJUVE sobre jóvenes, política y TICs el cual acredita que la falta de confianza de la población entre 18 y 30 años hacia canales de participación tradicionales no es incompatible con el interés de la política. De hecho, es el segundo tema más consultado en blogs, sólo por detrás del deporte y por delante de trabajo u ocio. (RODRÍGUEZ MORILLO, 2016).

Por ello propone incluir los siguientes extremos: información accesible, ve-

raz y de calidad; las propias instituciones públicas deben poner al servicio de la ciudadanía datos relevantes, presentados de manera comprensible e interesante cuidando el lenguaje y los canales según el segmento de público al que vaya dirigido. De esta forma se harán más útiles, legitimándose y punteando a los medios de comunicación, y, por tanto, evitando su posible sesgo o distorsión del mensaje original. Espacios de debate, discusión y participación: posibilidad de implicarse en el debate público a través de las redes sociales, foros y espacios destinados al efecto. Esto ya funciona a través de plataformas como Twitter o Appgree, tanto en procesos políticos como de entretenimiento.

Por ejemplo, los legisladores modifican sus prioridades políticas para ajustarse a cambios en la atención que el público presta a temas concretos cuando los ciudadanos los expresan a través de Twitter. Cuando estos incrementaban el número de mensajes publicados sobre asuntos como inmigración, gasto público o cambio climático, los miembros del Congreso en Estados Unidos respondían dedicando un mayor porcentaje de su tiempo a hablar públicamente, tanto en redes sociales como en intervenciones en el Parlamento, sobre esos mismos temas. Sin embargo, sin un mejor entendimiento de qué voces reciben mayor difusión en estos procesos participativos, se corre el riesgo de incrementar la desigualdad política: el hecho de que las redes sociales ofrezcan nuevas posibilidades para expresarse políticamente no quiere decir que todos los grupos sociales se vean representados de igual manera. De hecho, los legisladores prestan mayor atención a ciudadanos que son más activos en las redes sociales, especialmente cuando son de su misma orientación política (BARBERÁ, 2020, 237).

Es preciso velar porque sean los medios de comunicación los que informen de los temas tratados en el Parlamento, en lugar de que el Parlamento centre sus debates en los temas que se tratan en los medios de comunicación.

4. Capacidad de adaptación de las sociedades a los cambios tecnológicos

4.1. La senda marcada por la Unión Europea

Para la Unión Europea, “las noticias falsas consisten en una difusión intencional de la desinformación a través de plataformas sociales en línea, medios de difusión o impresión tradicional. El fenómeno tiene un impacto mayor que nunca, ya que es más fácil para cualquier persona publicar y compartir noticias o información en línea. Las redes sociales y las plataformas en línea desempeñan un papel importante para acelerar la difusión de estas no-

ticias y permiten un alcance global sin mucho esfuerzo por parte del autor”⁵.

Desde la Unión Europea, y fundamentalmente desde la difusión masiva de información no veraz en las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos, o sobre el Brexit comenzó a tomar conciencia de la necesidad de hacer frente al fenómeno de la desinformación en Europa.

El Consejo Europeo en diciembre de 2018 aprobó el Plan de Acción para la lucha contra la desinformación, valorándose incluso la posibilidad de intervenir a nivel legislativo a fin de detener este fenómeno. Recientemente, en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas*, el Parlamento reitera su preocupación por la amenaza potencial que supone la desinformación para la libertad de información, la libertad de expresión, el discurso democrático, la independencia de los medios de comunicación y la salud pública, y señala que las medidas para combatir la desinformación deben centrarse en fomentar una pluralidad de opiniones a través de la promoción de un periodismo de alta calidad, que ofrezca información fiable, basada en hechos y verificada.

Asimismo, solicita una mayor colaboración entre las plataformas en línea y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a fin de abordar eficazmente la divulgación de mensajes de incitación al odio o a la violencia, eliminando contenidos ilícitos para frenar su propagación incontrolada, pero sin que dichas plataformas se conviertan en órganos de censura privados.

Por otra parte, el Parlamento muestra su preocupación por la injerencia de terceros en la manipulación de la información en el período que precede a todas las principales elecciones nacionales y de la Unión. Además, en el contexto de la situación de emergencia de la COVID-19, la desinformación y las noticias sensacionalistas de los medios de comunicación relacionadas con la pandemia también han sido utilizadas por grupos y políticos de extrema derecha y populistas para atacar a grupos minoritarios y contribuir a la retórica contraria a la inmigración, lo que ha llevado a un aumento de los episodios de discurso del odio racista y xenófobo, así como de la discriminación. Por ello, considera necesario adoptar medidas de lucha contra la desinformación, incluidas las adoptadas en el contexto de la situación de emergencia de la COVID-19, proporcionadas, transparentes y temporales y sometidas a un control periódico.

⁵ Fake news and online disinformation”. Véase: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/fake-news-disinformation> .

También pide a la Comisión que refuerce su colaboración con las plataformas digitales y que intensifique los esfuerzos para poner fin efectivamente a estas prácticas de desinformación, combatiendo la llevada a cabo a través del uso de bots o perfiles falsos en línea y aumentando la transparencia respecto a la financiación y la distribución de la publicidad en línea. Además, pide a todas las plataformas en línea que garanticen que los algoritmos que sustentan sus funciones de búsqueda no se basen principalmente en la publicidad. Y anima a las empresas de medios sociales y a las plataformas en línea a que estudien las posibilidades de ofrecer herramientas que permitan a los usuarios denunciar y notificar posibles casos de desinformación. (COTINO HUESO, 2002).

4.2. La respuesta del Gobierno español

Tras la pandemia del coronavirus, que supuso un incremento de la difusión de informaciones falsas, la Comisión estableció una hoja de ruta contra la desinformación con diferentes propuestas.

Entre las medidas que deberían adoptarse destaca el reforzamiento de la libertad y pluralismo de los medios de comunicación y la protección de los periodistas, sus derechos y condiciones de trabajo.

Fruto de la misma, el Gobierno español ha aprobado recientemente la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional la cual se establece un “Procedimiento de actuación contra la desinformación” sustentado conforme expone la orden en un “contexto en el que el acceso a información veraz y diversa es uno de los pilares que sustentan a las sociedades democráticas y que deben asegurar las instituciones y administraciones públicas, porque se conforma como el instrumento que permite a los ciudadanos formarse una opinión sobre los distintos asuntos políticos y sociales”.

El documento señala que resulta imprescindible, dado el rápido progreso del entorno digital y el uso intensivo de los medios digitales, establecer medios de funcionamiento y mecanismos dirigidos a evaluar de manera continua el fenómeno de la desinformación a nivel global y particularmente para España.

El texto acoge la definición que la Comisión Europea hace de la desinformación como la «información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público», e incluye en este

perjuicio público las amenazas a los procesos democráticos y a bienes públicos tales como la salud, el medio ambiente o la seguridad. Señala asimismo que, en la lucha contra la desinformación, los ciudadanos consideran que los medios de comunicación, las autoridades públicas y las plataformas de medios sociales son los principales responsables de frenar la divulgación de noticias falsas.

Por tanto, y con la finalidad de dar cumplimiento a los requerimientos establecidos por la Unión Europea en el Plan de Acción para la lucha contra la desinformación, el texto identifica los órganos, organismos y autoridades que forman el sistema y marca el procedimiento de sus actuaciones. El Procedimiento tiene, entre otros fines, establecer los niveles para la prevención, detección, alerta temprana, análisis, respuesta, y evaluación y describir los cometidos específicos implicados para los niveles establecidos en la lucha contra la desinformación.

5. Conclusiones

Sobre la base de esta normativa se plantea el desafío de hacer frente a la desinformación, que supondrá para el legislador remar a contracorriente ante la velocidad de los avances tecnológicos y el mantenimiento de la legalidad y la garantía de los derechos fundamentales.

El término desinformación se ha convertido en habitual en el lenguaje político y periodístico, habiéndose incorporado también al acervo popular, en el que aparece vinculado a la manipulación de los medios, al control de la información en beneficio de intereses políticos o económicos y a las estrategias de gobiernos, partidos o grandes empresas para engañar a la opinión pública.

El desarrollo de la tecnología pone a prueba la capacidad de adaptación de las sociedades a los cambios tecnológicos. La esfera digital ha premiado la interconectividad en detrimento de la seguridad. No obstante, mantener el equilibrio de esta balanza representa un desafío para los Gobiernos y los ciudadanos.

Uno de los retos del legislador es asentar las bases para el tratamiento del acceso a la información como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español. Como pilar de esta argumentación, es basamento clave el reconocimiento internacional del acceso a la información y la obligatoriedad de interpretación constitucional en virtud del artículo 10. 2º CE.

Asimismo, el acceso a la información se halla implícito en los derechos a la libertad de expresión e información, reconocidos como fundamentales en

nuestra Carta Magna. A mayor abundamiento sobre su carácter fundamental, es preciso tener en consideración el reconocimiento del derecho de acceso a los documentos previsto en el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La democracia se rige por los sondeos de opinión, o por las manifestaciones y sus contramanifestaciones, lo que deriva en políticas impredecibles, pendulares que abrazan la inestabilidad y el descrédito.

A modo de reflexión final, es preciso abogar por una concepción amplia de los derechos fundamentales, en tanto que, la democracia se concibe como el gobierno de lo visible. Una sociedad democrática necesita transparencia para acceder a la actuación de sus autoridades y, con ello, ser capaz de opinar, fiscalizar y supervisar. No podemos hablar de democracia sin posibilidad real de acceder a aquella información que es de interés público.

6. Referencias bibliográficas

- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- ALCÁZAR, L. (2020). “La lucha contra la desinformación en la comunicación digital durante la pandemia de COVID-19: estudio de caso de El Método del Lab RTVE”. *RAEIC. Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*. vol. 7, núm. 14, 78-103.
- ALONSO GARCÍA, M^a N. (2018). *Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI*. Dykinson. Madrid.
- ÁLVAREZ MOLINERO, N. (2004). “La convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (coord. por GÓMEZ ISA, F. y PUREZA, J.M). Universidad de Deusto. Bilbao.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (2017). “<Parlamento abierto>: una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 111, 29-30.
- BARBERÁ, P. (2020). “Internet y política: consecuencias políticas y sociales de la revolución digital”. *Revista de las Cortes Generales*. núm. 108. 223-243.
- BENEYTO BERENGUER, (2018). *Derecho y libertades fundamentales. Análisis transversal*, Aranzadi Thomson Reuters. Navarra.
- BELTRÁN VERDES, E (2009). “El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derecho internacional de los derechos humanos su vigencia*

para los estados y para los ciudadanos, (coord. por Ollé Sesé, M.; Acebal Monfort, L. y García Sanz, N.), Asociación Pro Derechos Humanos de España, Madrid, pp. 72-77.

BENTHAM, J. (1991). *Tácticas parlamentarias*, Congresos de los Diputados, Madrid.

COTINO HUESO, L. (2002). Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. De «valor en alza» a derecho, *Jornadas Internacionales sobre "Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, celebrada los días 7 y 8 de noviembre de 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Disponible en: http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/cotinohueso11.doc.

DE LA NUEZ SANCHEZ-CASCADO, E. (2020). "Inteligencia artificial y transparencia", *Derecho Digital e Innovación, Diario La Ley*. núm. 5, versión on-line.

DE URBANO CASTRILLO, E. (2007). "Sobre los límites de los derechos de expresión e información (Consideraciones sobre su problemática actual)". *Diario La Ley*. núm. 6720, versión on-line.

DE VEGA GARCÍA, P. (1985). "El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional". *Revista de estudios políticos*. núm. 43, 45-66.

DROGUETT GONZÁLEZ, C.G. (2020). *El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: Análisis de su reconocimiento, naturaleza jurídica y de las circunstancias que determinan que un interés sea público*. Tirant lo Blanch. Valencia.

GARCÍA MORALES, V.Y. (2020). "Donde habitan las mentiras: libertades de expresión e información en tiempos de odio e hiperinformación". *Revista CIDOB d'afers internacionals*. núm. 124, 25-47.

GÓMEZ GÓMEZ, F.J. (2015). "El papel de los medios de comunicación en la política". *Temas para el debate*. núm. 245, 10-12.

MANIN, B. (1998). *Los principios del gobierno representativo*. Alianza. Madrid.

RODRÍGUEZ MORILLO, M.J. (2016). "Medios de comunicación online y empoderamiento ciudadano: oportunidades y riesgos". *Revista Internacional de Pensamiento Político*. núm. 11, 105-112.

PRESNO LINERA, M.A. (2020). "La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. núm. 276, 461-492.

RALLO LOMBARTE, A. (2020). "Una nueva generación de derechos digitales". *Revista de estudios políticos*. núm. 187, 101-135.

STUART MILL, J. (1985). *Del Gobierno representativo*. Tecnos. Madrid.

- TERUEL LOZANO, G. M; PÉREZ MIRAS, A. Y RAFFIOTTA, E. (2013). *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*. Aranzadi Thomson Reuters. Navarra.
- TORRES MANRIQUE, F. (2013). “Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, información pública y rendición de cuentas”. *Derecho y Cambio Social*. núm. 35, versión on-line.
- WARDLE, C. Y DERAQSHAN, H. (2017). “Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making”. Council of Europe. Disponible en: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>

LA FORMAZIONE DELLE *BLACK BOX*: GARANZIE DELLA PRIVACY E TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

ELENA FALLETTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di realtà, sua rappresentazione e la raccolta massiva di dati. – 3. Rappresentazione e discriminazione: una questione non solo terminologica. – 4. La formazione delle *black box* tra privacy e principio di non discriminazione. – 5. Sommarie conclusioni: aderire o manipolare la realtà? – 6. Bibliografia.

1. Introduzione

Scrive Shoshana Zuboff: “*Can the digital future be our home?*” (ZUBOFF, 2019, 4). La domanda sembra essere già superata: il “futuro digitale” è la nostra casa perché ciò che noi idealizziamo come “futuro” ci sta avvolgendo adesso, facendoci inconsapevolmente assimilare la digitalizzazione delle nostre vite. Invece, le domande che mantengono la loro attualità sono: con quali strumenti noi possiamo difendere la nostra casa, e le nostre vite, dall’invadenza digitale? Come possiamo rafforzare le nostre difese per arginare l’intrusione delle conseguenze indesiderate e nocive di questa nuova forma di creazione del nostro futuro? (HARARI, 2017, 513). In particolare, ai fini di arginare la crescente influenza delle decisioni automatizzate (*automated decision making*) sulla nostra esistenza.

Per rispondere adeguatamente a siffatte domande bisogna porsi su un duplice piano di investigazione: da un lato è opportuno comprendere più a fondo i rapporti tra informazione e le sue fonti di produzione e di gestione; dall’altro lato è necessario apprendere cosa siano e come funzionino le c.d. “*black box*”, cioè i luoghi virtuali dove la natura algoritmica delle decisioni automatizzate prendono corpo.

La definizione di algoritmo non è univoca ma comprende “*un’ampia gamma di processi computazionali, fra cui: la stretta sorveglianza del comportamento degli utenti, l’aggregazione in forma di big data delle informazioni risultanti, motori analitici che mettono insieme diverse forme di calcolo statistico per analizzare questi dati e, infine, un corpus di azioni, raccomandazioni e interfacce rivolte agli esseri umani che in genere riflettono solo una piccola parte dell’elaborazione culturale in corso dietro le quinte*” (FINN, 2017, 3 ss.).

Il punto di partenza dell'indagine concerne l'intrusività della tecnologia nello svolgimento della vita quotidiana di ciascuno di noi: per avere quantità massive di dati, è necessario che tali dati provengano indistintamente da ogni possibile fonte di approvvigionamento informativo. Una volta ottenuto il carburante informativo che nutre le *black box* occorre riflettere su come gestirne il rifornimento e il consumo. Se la quantità massiva di dati (*big data*) rappresenta la conoscenza, e una *black box* si nutre di conoscenza, è d'uopo individuare chi ha l'autorità di gestirla e il potere di disporne (ZUBOFF, cit., 180 ss.). Sul punto è d'uopo chiedersi:

a) chi conosce cosa? Si tratta di un interrogativo relativo alla distribuzione della conoscenza e se, sull'accesso a tali fonti informative, possono essere legittimamente poste barriere.

b) Chi decide cosa è possibile conoscere? (e quindi come sia possibile accedere ai dati raccolti). Siffatta questione concerne lo svolgimento di un ruolo da parte di ogni elemento coinvolto nella filiera informativa, nello specifico: 1. la sorgente stessa dei dati (cioè il singolo individuo, attraverso la sua adesione o negazione del consenso al trattamento, nonostante i dati provenienti da costui siano trattati massivamente), 2. le istituzioni preposte al controllo dell'uso dei dati medesimi (come i Garanti della Privacy, nazionali o europei), nonché 3. gli operatori che da tali dati traggono linfa per le loro *black box*.

c) infine, chi decide chi debba decidere? Cioè l'individuazione di chi rivesta la titolarità dell'esercizio del potere di controllo sulla condivisione o sulla sottrazione dei dati raccolti e conoscibili.

A parere di chi scrive, il fattore che funge da perno della bilancia relativamente a ciascuna questione riguarda l'effettivo *enforcement* della tutela della privacy. Per esempio, in merito alla questione n. 1) la privacy, considerata quale barriera all'intrusività altrui (tanto da enti privati ovvero pertinenti alla pubblica amministrazione) nella sfera privata personale, rappresenta un limite alla possibilità di raccolta di elementi discriminatori, e quindi di continuazione della discriminazione stessa, nel momento di formazione delle *black box*.

Relativamente alla seconda istanza, in merito a quale autorità possa consentire la raccolta massiva di dati, i ruoli di responsabilità e garanzia devono essere svolti, avendo quale fulcro la privacy, da un lato rispettivamente dai *Data Protection Officer* di ciascun ente (tanto pubblico, quanto privato) coinvolto nella raccolta e nel trattamento dei dati. Dall'altro lato, il ruolo di mallevadori della correttezza del sistema nel suo complesso è svolto dalle istituzioni europee e nazionali (le summenzionate autorità garanti della privacy, tanto a livello nazionale, quanto a livello UE).

Infine, rispetto alla domanda su chi abbia il potere di stabilire quali siano i decisori, sembra essere opportuno che questo ruolo debba essere svolto da parte dello Stato, inteso quale ente rappresentativo dei consociati, sottoposto alle regole della *rule of law* e al principio di separazione dei poteri. In altri termini, lo stato secondo una concezione più neutra e illuministica possibile nella quale i consociati possano riconoscersi esprimendo i loro rappresentanti attraverso elezioni democratiche, confrontarsi con pubbliche amministrazioni gestite secondo trasparenza e meritocrazia e sottoporre le loro istanze a giudici indipendenti.

Tale fattispecie ha esibito tutta la sua urgente problematicità quando Donald Trump è stato bannato da Facebook e Twitter a seguito dell'assalto al Congresso americano avvenuto il 6 gennaio 2021 da parte di sostenitori del Presidente degli Stati Uniti, eccitati dai suoi discorsi. Sono quindi emerse tutte le criticità conseguenti al controllo sul potere delle grandi piattaforme online che gestiscono il dibattito pubblico, influenzando la libertà di parola attraverso gli obblighi contrattuali predisposti unilateralmente al momento dell'accesso alla piattaforma stessa (CARAVITA, 2021. In senso contrario, MORELLI, 2021). Nel summenzionato caso si tratta dell'espletamento della funzione di una (rilevantissima) carica politica, mentre, per quanto qui interessa, la gestione massiva dei dati personali degli utenti non soffre di minori difficoltà dovuta alla posizione dominante delle medesime piattaforme (ZUBOFF, cit., 495 ss.).

2. Il principio di realtà, sua rappresentazione e la raccolta massiva di dati

Di fronte alla grande diffusione di notizie alterate, se non addirittura false degli ultimi tempi, in grado di manipolare il dibattito pubblico e la scena politica [a questo proposito vi è chi parla di "infodemia" (BUCHANAN, 2020, 864)], ci si può chiedere se quella ipotizzata appena sopra consista in una situazione idealizzata e non attinente al principio di realtà? In considerazione del dilagare, tanto online quanto off line, di "post verità", dell'elaborazione di concetti quali "democrazia autoritaria" (KIRSCH, WELZEL, 2019, 59 ss.) o addirittura di "democrazia" (RUPNIK, 2019; PORTINARO, 2019; ZAGREBELSKY, 2014) quanto scritto potrebbe sembrare contraddittorio, tuttavia non ci si può esimere dal rivolgersi alla situazione il più possibile vicina all'ideale per misurare il divario con la realtà e predisporre i necessari strumenti al fine di abolire gli elementi discriminatori che inevitabilmente si presentano in condizioni affette da distorsioni presenti nel mondo esistente. In questo con-

testo si inserisce una riflessione provocata dall'interazione dei soggetti in una società senza Stato quale è la Rete Internet ove non sussistono differenze sostanziali tra relazioni sociali e politiche in quanto il singolo utente da un lato considera se stesso come unità di misura del proprio mondo, ma dall'altro lato si dissolve nel magma informativo presente nella vita online o, come meglio teorizzato da autorevole dottrina, "onlife" (FLORIDI, 2014, *passim*).

In siffatta prospettiva, gli studiosi di scienze comportamentali sottolineano che la relazione tra le piattaforme di condivisione della conoscenza e i loro fruitori sono "profondamente asimmetriche", dato che le piattaforme conoscono ogni aspetto del comportamento online degli utenti, mentre questi hanno poca consapevolezza di come i loro dati sono trattati e sfruttati per scopi politici e commerciali. Siffatta asimmetria, sulla quale il business model delle Big Tech è stato costruito, ha creato una ecologia dell'informazione opaca che minaccia non soltanto l'autonomia del singolo utente, ma soprattutto la modalità dello scambio trasparente di informazioni sulla base della quale le società democratiche sono state costruite nel tempo (LORENZ-SPREEN, LEWANDOWSKY, SUNSTEIN, HERTWIG, 2020, 1102 ss.).

Alla luce di ciò ci si potrebbe domandare se Internet, e le espressioni di sé manifestate attraverso le piattaforme, i siti, i blog che su di esso trovano esistenza, possa essere considerato una sorta di formazione sociale ex art. 2 della Costituzione e se pertanto possa godere delle tutele di natura costituzionale contro le possibili discriminazioni risultanti dal procedimento di decisione automatica, che a sua volta utilizza i dati raccolti attraverso la Rete stessa.

In un certo senso si potrebbe affermare che uno studio sulle *black box* e sulle discriminazioni in esse assorbite sia uno specchio in cui la realtà medesima si riflette e tale specchio sia utile, soprattutto da un punto di vista giuridico, al fine di trovare strumenti per porvi rimedio.

Sotto questo profilo, il diuturno sviluppo degli strumenti inerenti alle decisioni automatizzate rappresenta un mutamento di paradigma rispetto al passato (KUHN, 1962, *passim*) e sottopone a continui stimoli il mondo giuridico. Si tratta di una corsa a due velocità tra la conoscenza tecnologica che rapidamente muta le nostre vite migliorandone la qualità, ma rendendole dipendenti, fisicamente ed emotivamente, dello strumento tecnico, e la lentezza del mondo giuridico che necessita sia di riflessione per bilanciare interessi contrapposti sia di tempo per rinnovare gli equilibri politici al fine di disciplinare materie dai confini non ancora precisamente definiti.

In questo ambito, come viene regolata la raccolta massiva di dati personali (c.d. "big data")? Anzi, quando l'insieme dei dati raccolti diventa di interesse, creando valore informativo, e quindi diventando esso stesso "big da-

ta”? (MORO VISCONTI, 2017, 4, 358 ss., TAN, ZHAN, GI, 2015, 164, 223 ss.). Secondo la dottrina, “(L)a catena del valore relativa alla filiera informativa è fondata su una serie di passaggi progressivi e di processi (organizzativi, gestionali, manageriali, etc.), singolarmente rappresentati da anelli consequenziali, esprimibili a livello informatico tramite algoritmi. Ogni anello della catena rappresenta un punto di congiunzione con i passaggi precedenti e successivi, con un valore aggiunto incrementale che assume un rilievo economico e giuridico (a livello contrattuale e, se del caso, in sede di contenzioso). Ciò che rileva, al fine della valorizzazione, è il contributo sinergico dei singoli anelli alla composizione di una catena unitaria” (MORO VISCONTI, 2017, cit., 358).

I passaggi rilevanti (specie sotto un profilo giuridico) che portano alla creazione delle banche dati riguardano le seguenti fasi: la raccolta dei dati, la loro organizzazione ed elaborazione, la successiva analisi, l’archiviazione (*storage*, attraverso piattaforme *cloud*) e indicizzazione, la fruibilità e la relativa condivisione (MORO VISCONTI, 2017, cit.). Tali passaggi sono preliminari, seppure fondamentali, alla formazione della catena di valore che avviene attraverso scambio e transazioni di dati attraverso piattaforme digitali, i sensori (strumenti tipici dell’*Internet of Things*), social network, protocolli wireless e accessi tracciati a Internet (MORO VISCONTI, 2016, 536 ss.).

Siffatte raccolte vengono organizzate attraverso quattro elementi innovativi rispetto al trattamento delle informazioni effettuato nelle banche dati tradizionali, ma comuni alla elaborazione massiva dei “big data”, ovvero:

a) il “Volume” (V1), il quale riguarda l’accumulo dei dati (FUMAGALLI, 2018, 52 ss.);

b) la “Velocità” (V2), la quale si riferisce alla necessaria riduzione al minimo dei tempi di analisi dei dati, in quanto da un lato essi potrebbero diventare obsoleti in breve tempo, mentre dall’altro lato la rapida elaborazione dei medesimi consente di ottenere un vantaggio competitivo rispetto alla concorrenza;

c) la “Varietà” (V3) che introduce valore e complessità i quali incidono sul valore di rete generato. A sua volta V3 può essere suddivisa in tre classi:

1. Dati strutturati, cioè organizzati in tabelle e schemi rigidi, raccolti all’interno di un database con una lunghezza e un formato predefiniti (FUMAGALLI, cit.);

2. Dati non strutturati, cioè quelli conservati senza schemi predefiniti, composti da un elevato numero di metadati (cioè informazioni che specificano il contenuto di una pagina web) (FUMAGALLI, cit.)¹;

¹ Si tratta di file audio, video ovvero linguaggio naturale. In questi casi vengono utilizzati

3. Dati semi-strutturati, dove si mescolano le caratteristiche delle due summenzionate classi, ma che costituiscono la larga maggioranza dei dati esistenti (FUMAGALLI, cit.)².

d) la “Veridicità” (4), la quale indica il grado di accuratezza e attendibilità dei dati (FUMAGALLI, cit.)³.

In altri termini, la velocità concerne la rapidità con cui si formano le raccolte di dati; il volume concerne la numerosità e diversità delle fonti di provenienza dei dati e della loro tipologia; la variabilità inerisce all’interpretazione che cambia in funzione del contesto in cui il dato viene raccolto e indicizzato; la veridicità connota qualificativamente i dati, quali punto di partenza della attività di analisi e di interpretazione (DEL MASTRO, NICITA, 2019, *passim*; VESPIGNANI, 2019, *passim*). In merito alla relazione tra dato e conoscenza, si osserva che più un dato è specifico, attendibile e accurato (e quindi consente di fornire informazioni più dettagliate), tanto più tale dato è sottoposto a norme di proprietà intellettuale che ne limitano la circolazione (FUMAGALLI, cit. 55).

I successivi flussi relativi all’organizzazione, all’elaborazione, all’analisi, alla archiviazione e alla condivisione dei dati raccolti avvengono attraverso algoritmi automatizzati, spesso anche guidati da programmi di intelligenza artificiale, che operano in modalità sequenziale. In questo senso, l’organizzazione dei dati è effettuata dapprima attraverso la loro classificazione, correlazioni, connettività, mentre la loro elaborazione è basata su metodi computazionali o strumenti di calcolo. Per quel che concerne l’archiviazione, essa viene effettuata ormai attraverso archivi remoti in cloud, con significativi

sistemi di information retrieveval associati a tecniche finalizzate a gestire la rappresentazione, l’organizzazione e l’accesso a oggetti contenenti informazioni reperibili online (documento, pagine web, cataloghi online).

² A siffatta categoria possono appartenere sia dati generati dalle macchine, sia quelli prodotti dall’uomo. I primi (computer or machine generated, come i dati prodotti dai sensori RFID (Radio Frequency Identification), utilizzano la propagazione nell’aria di onde elettromagnetiche per la rilevazione a distanza di oggetti ovvero esseri viventi, dispositivi medici e i dati GPS (Global Positioning System). Tali dati consentono di comprendere i comportamenti dei consumatori. I secondi (human generated) includono: gli input data (ovvero i dati che possono essere immessi nell’elaboratore da qualsiasi persona riguardando, per esempio dati personali); click-stream data (concernenti qualsiasi click effettuato dall’utente. Si tratta di dati che consentono di profilare il comportamento del cliente e di adattargli i modelli d’acquisto); Game related data: dati provenienti dai giochi, ove ogni mossa dell’utente (inerente quindi i suoi sentimenti e le sue reazioni caratteriali) viene registrata.

³ Si tratta di una condizione necessaria, ma non sufficiente, per estrarre valore dai dati, a seconda della loro replicabilità automatizzata.

problemi in materia di conservazione, tutela della proprietà intellettuale, accesso e privacy (MORO VISCONTI 2017, cit.).

L'estrazione automatica di saperi o conoscenze da tali grandi quantità di dati e l'utilizzo scientifico, industriale o operativo di queste conoscenze è definito "data mining" (MORO VISCONTI, 2017, cit.; PELLECCCHIA, 2018, 1209; ANGIOLINI, 2020, 240). Tali processi stanno estendendosi nella quotidianità delle persone attraverso la diffusione massiva di sensori biometrici, di domotica o semi automatici, conosciuti come *Internet of Thing* (IoT). Come si vedrà in seguito, l'IoT, utilizza una serie di tecnologie innovative (di *design* o *fashion*) connesse tra loro attraverso wireless, tags, codici qr o identificazioni RFID che collegano gli oggetti (things), tradizionalmente inerti, in dispositivi "smart" sempre connessi alla rete per raccogliere e processare dati in tempo reale (MORO VISCONTI, 2017, cit.).

Nonostante ciò, occorre evidenziare che la tecnologia non è mai imparziale. Già Carl Schmitt aveva intuito che la tecnologia è insieme uno strumento ed un'arma e come un'arma non può essere considerata neutrale. Al contrario, data la cecità insita nella tecnologia, ogni cultura popolo e religione, in guerra o in pace, può utilizzarla come un'arma (SCHMITT, 1929).

La domanda che ci si può porre, quindi, riguarda come ci si possa difendere da una tecnologia cieca. Questa domanda, già impegnativa, diventa ancora più pressante, se non angosciata, di fronte alle questioni inerenti l'Intelligenza Artificiale. Tuttavia l'ambito dell'Intelligenza artificiale che al momento riveste un ruolo centrale nella ricerca in materia concerne i sistemi neurali e il loro "*learning approach*", relativo alla capacità di apprendere dall'esperienza accumulata nei data base di riferimento. Essi hanno superato la logica simbolica che reagiva in un modo predefinito a precisi stimoli come accade con i sistemi simbolici. Il significativo passo ulteriore effettuato concerne la capacità degli algoritmi di reagire agli stimoli cui sono sottoposti in modo da elaborare metodi accurati per la previsione di particolari eventi, siano questi fisici ovvero logici (COCKBURN, HENDERSON, STERN, 2018, 9 ss.).

Relativamente a questo passaggio, occorrerebbe riflettere, seppure sommariamente in questa sede, sulla relazione tra i profili tecnici e quelli umani di questa elaborazione. A questo proposito, sovrviene alla mente il pensiero di Günther Anders, secondo cui nel corso delle rivoluzioni industriali, l'ascesa della tecnica ha rappresentato un processo di ribaltamento radicale nel rapporto tra bisogni, mezzi e fini, il quale provoca una profonda crisi della conoscenza umana (ANDERS, 1956; BODEI, 2019; MENCARIELLO, 2012). Il filosofo boemo poneva la sua attenzione sulle conseguenze provocate dalla mag-

giore velocità e intelligenza sugli “uomini antiquati” giungendo alla conclusione che la tecnica fosse diventata il soggetto della Storia, nella quale gli esseri umani sono diventati soltanto i “costorici” (ANDERS, cit.). Si tratterebbe di una “vergogna prometeica”, rappresentativa di una posizione di sudditanza crescente tra l’uomo e i suoi prodotti, che consiste nella “asincronizzazione” crescente tra l’origine umana e la qualità degli oggetti prodotti dagli stessi esseri umani. Siffatta condizione consente una spersonalizzazione o addirittura un dominio dell’anonimato, già denunciato da Adorno e Lukács (LATINI, 2011) dovuto al fatto che nel capitalismo maturo l’individuo è trasformato in variabile numerica, in un essere in serie. Nelle fasi attuali di tale evoluzione tecnologica “anche siffatta individualità numerica è andata perduta (LATINI, 2011). Tale fenomeno è ben esemplificato dalla raccolta massiva dei dati personali, dove l’individuo non è soltanto rappresentato da una sequenza di rappresentazioni numeriche individuali, specie in riferimento ai dati biometrici (*Privacy Commissioner of Canada, the Information and Privacy Commissioner of Alberta, and the Information and Privacy Commissioner for British Columbia*, 2020, *passim*), ma è trasformato in un *divisum*, cioè scomposto in una pluralità di funzioni matematiche (LATINI, 2011, cit.).

3. Rappresentazione e discriminazione: una questione non solo terminologica

Sotto un profilo rappresentativo, la differenza tra “discriminare” e “distinguere” riguarda la valutazione di una differenza: entrambi i concetti riguardano il procedimento di misurazione di persone o cose che possedano differenti caratteristiche (MILLER, 2020). In altri termini, in senso rappresentativo la discriminazione si inserisce nello spazio lasciato tra la distinzione effettuata dall’algoritmo tra i concetti ovvero i soggetti o gli oggetti. Se la distinzione è necessaria per effettuare classificazioni e individuare concetti, la discriminazione riflette un elemento negativo, cioè una scelta effettuata su parametri non appropriati, non etici ovvero rifiutati dalla legge. Sotto questo profilo, un sistema di intelligenza artificiale è una macchina in grado di effettuare distinzioni: paradossalmente si tratta di una macchina che per sua natura è “discriminante” (MILLER, cit., 182 ss.).

La capacità di classificare rapidamente, e su set di dati di grandi dimensioni, è uno dei maggiori punti di forza dell’AI di adozione più recente, che si basa sulle reti neurali ed è per siffatta ragione che essa è stata adottata e incorporata nei sistemi intelligenti coinvolti in gran parte della nostra quoti-

dianità. Ad esempio, assistenti AI come Cortana, Siri e Alexa si basano sull'elaborazione del linguaggio naturale, sul riconoscimento vocale e sugli algoritmi di apprendimento profondo (“*deep learning*”) che possono distinguere tra le parole (*o i suoni che usiamo per rappresentare le parole*) e i contesti in cui parole e suoni vengono utilizzati (KRYWKO, 2017).

In senso giuridico, il concetto di “discriminazione” non implica una semplice “distinzione” ovvero una “valutazione di una differenza”, ma comporta il trattamento di una persona in modo sfavorevole, e in conseguenza di ciò, inserita in una categoria protetta dalla legge. Quali esempi, quasi banali, ci si può riferire ai casi di una persona non assunta, ovvero licenziata, a causa del suo genere, della sua origine etnica, della sua disabilità ovvero orientamento sessuale. Come è noto, il divieto di discriminazione è un pilastro che sostiene tutte le fonti dell'ordinamento: dalle fondamenta costituzionali alle strutture portanti di diritto nazionale ed europeo. Si tratta di uno degli ambiti ove la protezione giurisprudenziale multilivello dei diritti fondamentali è di maggiore evidenza. Esso è tra quelli più rilevanti per la realizzazione dell'esistenza “libera e dignitosa” della persona umana nonostante sia uno degli elementi dell'ordinamento più sfuggenti e di complessa applicazione poiché, come indica il significato medesimo della parola “discriminazione”, essa contiene in sé il concetto di diversità. Questa può essere suffragata da corrette ragioni di legittimità ovvero può essere basata sull'antigiuridicità. Il principio di non discriminazione contrasta l'infondatezza delle fattispecie appartenenti a quest'ultima categoria.

In questo senso, il rapporto tra linguaggio, tanto giuridico quanto di programmazione, e discriminazione è molto stretto, dato che:

a) In primo luogo, poiché il punteggio algoritmico appare oggettivo, pertanto qualsiasi cambiamento positivo o negativo sarà probabilmente attribuito al carattere o alle azioni dell'individuo a cui viene assegnato un punteggio piuttosto che a pregiudizi, *feedback* o varianza nell'algoritmo. Infatti, i calcoli dell'algoritmo sembrano riflettere oggettivamente il comportamento scelto, e così diventano un indicatore eticamente significativo del carattere individuale;

b) in conseguenza di ciò il calcolo algoritmico attribuisce quindi un nesso causale dal passaggio della misurazione al giudizio e dal giudizio attuariale alle conseguenze legali. Ciò suggerisce che le metriche legali algoritmiche, intese o meno come dispositive in una decisione legale, avranno un peso superiore di quanto necessario (BURK, 2020).

Alla luce di queste considerazioni, la persona che interagisce sulla Rete, sia attraverso Internet o un social network, può appartenere a una certa cate-

goria che raggruppa soggetti aventi in comune determinate caratteristiche focalizzate su certe qualità identitarie, che possono delineare sia ciò che si è, sia ciò che si pensa di essere (FLORIDI, 2017, cit.). La prima prospettiva afferisce a ciò che effettivamente delinea la persona, il suo carattere e le note distintive quali identità di genere, orientamento sessuale, credenza religiosa, peculiarità fisiche o abilità che una persona presenta, manifesta o esprime; mentre la seconda prospettiva concerne la costruzione sociale di sé, ovvero ciò che “gli altri”, tanto offline, quanto online, pensano, attribuiscono, riferiscono alla persona in questione. Il primo punto concerne la nostra identità individuale, formata da alcuni elementi che ci accompagnano sin dalla nostra nascita e da altri aspetti che si sono formati con l’esperienza che ha contraddistinto la nostra esistenza. Il secondo punto riguarda ciò che traspare di noi guardando l’immagine riflessa nello specchio sociale.

Entrambi questi aspetti della nostra individualità possono essere passibili di atteggiamenti discriminatori altrui, alimentati dallo svelamento delle caratteristiche personali individuali, e quindi della frammentazione della personalità, con il conseguente indebolimento della tutela della medesima. Lo scollamento dei dati dalle loro sorgenti produttive lascia i medesimi senza difese di fronte a trattamenti discriminatori. La risalita a ritroso del percorso relativo alle fasi della raccolta e del trattamento consente la ricostruzione delle caratteristiche dei loro titolari e quindi la loro profilazione, lasciando spazio alla discriminazione. Pertanto, il dato personale ha una duplice valenza: inserito in un contesto massivo consente l’acquisizione di informazioni, il miglioramento dell’autoapprendimento delle black box, il potenziamento delle ricerche e dei risultati, ma se ricollegato alla sua fonte originaria può dare adito a trattamenti discriminatori.

Ci si potrebbe chiedere come la *ratio* discriminatoria possa venire integrata in un contesto come quello cui ci stiamo approcciando ad analizzare. Innanzitutto, va osservato che la doglianza su una asserita discriminazione basata su caratteristiche personali è rilevante quando è lesiva di diritti fondamentali. A questo proposito, per quanto concerne la tutela antidiscriminatoria è necessario distinguere tra discriminazione diretta ovvero discriminazione indiretta. Si ha discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga. Mentre si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone por-

tatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone⁴.

Ai fini della tutela antidiscriminatoria, se da un lato l'introduzione dell'obbligo positivo di rispettare e proteggere la dignità umana è posto a carico delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri (CHALMERS, IDA, 2007, 157), dall'altro lato l'adempimento del medesimo non è di facile individuazione e attuazione poiché la dignità umana consiste in un concetto indeterminato, il cui significato non può essere predeterminato in via assoluta ex ante, ma solo dopo la sua contestualizzazione in un certo periodo storico, entro un determinato territorio e riferito a precisi soggetti concreti (BARTOLOMEI, 1987, *passim*). Spetta soprattutto alla giurisprudenza il compito di riempire di contenuti il concetto vago di dignità e contestualizzarlo nella prospettiva antidiscriminatoria della quale si chiede la tutela. (PISTORIO, 2009, 39 ss.).

4. La formazione delle *black box* tra privacy e principio di non discriminazione

A questo proposito, occorre sottolineare che l'avvenuto sviluppo dell'intelligenza artificiale ha reso il concetto di consenso informato (*sul quale si fonda l'intera impalcatura normativa della GDPR*) obsoleto, come se si trattasse di una normativa che presenta la sua disciplina regolatoria rivolta verso il passato, dato che l'utilizzo di algoritmi automatizzati presenta la potenzialità di trasformare tutti i dati personali in dati sensibili, senza distinzione. Infatti, gli algoritmi consentono la coordinazione dei dati "sensibili" (*per i quali è richiesto il consenso dell'avente diritto*) con quelli non sensibili, ricostruendo l'intero profilo individuale di ciascuna persona, ledendo in questo modo sia la sua privacy (*a causa dell'invasività totale nella sfera privata di questa*), sia la sua dignità (*rendendola "nuda" e "trasparente" di fronte a chi entra in possesso dei suoi dati rielaborati*), e sottoponendola a un serio pericolo discriminatorio. Tale circostanza avviene con maggiore facilità in presenza di grandi quantità di informazioni, seppure anonimizzate, per esempio attraverso l'incrocio di diverse banche dati, quindi consentendo alla reidentificazione dei soggetti anche muovendo da dati anonimi (PELLECCHIA, 2020, 360; OHM, 2010, 1701). In siffatto contesto si può parlare della raccolta massiva di dati personali dopo la manifestazione di un "*Consenso consapevolmente disinformato*" (ZUBOFF, cit.), dato anche per stanchezza, in considerazione

⁴ Cass. 26 maggio 2004 n. 10179, in Lav. e prev. Oggi, 2004, 1839.

della costante reiterazione, una sorta di “stalking”, delle richieste di adesione alle informative privacy presenti sui siti Internet sui quali navigano gli utenti.

Consapevoli di ciò, ci si può chiedere se siano gli algoritmi ad essere discriminatori nel loro procedimento formativo oppure, semplicemente, essi assorbono le discriminazioni presenti nei dati reali, dai quali i medesimi traggono linfa attraverso nelle *black box*. Il tema che qui si sta approcciando presenta una caratteristica paradossale in relazione al rapporto tra diritto alla privacy e divieto di discriminazione: da un lato i dati raccolti e trattati massivamente devono essere anonimizzati; ma dall'altro lato ciascun consociato coinvolto nelle decisioni effettuate dall'algoritmo si trova di fronte all'onere di dimostrare di essere stato discriminato, non in quanto categoria (elemento generalizzato e in via astratta protetto dall'anonimizzazione generalizzata), ma in quanto singolo, cioè un soggetto, cittadino o consociato, che presenta caratteristiche proprie e peculiari. Tuttavia, per cogliere appieno tali sfaccettature è necessario analizzare assai brevemente gli sviluppi cognitivi recentemente raggiunti dai programmi in grado di effettuare decisioni automatizzate.

Come è stato osservato, l'intelligenza artificiale è già stata oggetto di approfondimento teorico da molti anni (RENDA, 2019, *passim*), tuttavia essa non poteva essere sperimentata a causa “*dell'assenza di una grande quantità di dati a disposizione*” (FINOCCHIARO, 2019, 1670). Gli sviluppi scientifici in materia di intelligenza artificiale sono stati significativi, specie sotto il profilo classificatorio e concettuale. A questo proposito, una delle opinioni più recenti in materia distingue la ricerca relativa all'intelligenza artificiale sotto tre aree correlate, seppure separate: i sistemi simbolici (FLORIDI, 2017, 154), che seguono l'impostazione originaria di Turing, la robotica e i network neurali (NILSSON, 2010, 13).

L'utilizzo di sistemi imitativi automatizzati dell'intelligenza umana nella gestione di operazioni complesse ha conosciuto uno sviluppo significativo a partire dagli Anni Sessanta del XX secolo, grazie all'implementazione di macchine controllate anche da remoto in ambiti lavorativi conosciuti con comportamenti ripetitivi, come per esempio quel che concerne i “robot” industriali, in particolare nel settore automobilistico per poi venire adattati anche nella logistica o nei trasporti (COCKBURN, HENDERSON, STERN, 2018, *cit.*).

Per quel che concerne l'ambito concettuale, l'esperienza giuridica ha accolto programmi in grado di agevolare la soluzione di questioni complesse sperimentando l'uso dei c.d. “sistemi esperti” (ASHLEY, 2017, 8; SUSSKIND, 1986, 168 *ss.*). Siffatti programmi sono in grado di interagire con un modello di “*question/answering*” (Q/A) secondo cui ad una domanda su una partico-

lare fattispecie il programma risulta essere in grado di fornire una risposta appropriata secondo un paradigma c.d. ad “albero” (BOSTROM, 2014, 7 ss.; HÉNIN, 2019, 43), il quale consente la ricostruzione dei passaggi logici tra domanda posta al sistema (una banca dati, per esempio) e la sua risposta. La caratteristica principale riguarda la possibilità di controllare il percorso logico-argomentativo effettuato, anche a ritroso (TEGERMARK, 2017, 66). Tuttavia, si osserva che tale schema, seppure implementato con un certo successo commerciale, è ormai superato e non rappresenta più il riferimento innovativo in materia.

Al momento, l'ambito dell'intelligenza artificiale che riveste un ruolo centrale nella ricerca in materia concerne i sistemi neurali e il loro “*learning approach*”, relativo alla capacità di auto-apprendere dall'esperienza accumulata nei data base di riferimento. Essi hanno superato la logica simbolica, che reagiva in un modo predefinito a precisi stimoli come accade con i sistemi esperti. Il significativo passo in avanti compiuto concerne la capacità degli algoritmi di reagire agli stimoli cui sono sottoposti in modo da elaborare metodi accurati per la previsione di particolari eventi, siano questi fisici ovvero logici (COCKBURN, HENDERSON, STERN, 2018 cit.).

Se il modello “Q/A” non pone significativi problemi relativamente alla tutela della persona, al rispetto del principio della trasparenza sulle modalità di formazione della decisione automatizzata, tali problemi sorgono invece con maggiore evidenza nel modello di *machine learning* realizzato con reti neurali artificiali (ANN) (COCKBURN, HENDERSON, STERN, 2018, cit.; SHEEHAN, SONG, 2016, 17; BODEI, 2019, 314). Questi ultimi imitano ciò che avviene nei neuroni biologici attraverso lo scambio informativo delle sinapsi, cioè del procedimento che consente al cervello umano di imparare (HÉNIN, 2019 cit., BODEN, 2019 cit.). Nel modello più noto, elaborato dal matematico A. IVAKHNENKO (HÉNIN, 2019, cit.), si riconosce uno strato di ingresso (*input layer*) connesso a sensori che percepiscono le informazioni digitalizzate da elaborare. Queste possono essere immagini, testi, numeri, operazioni, presenti in diversi strati intermedi nascosti (*hidden layers*) ove le operazioni di calcolo e apprendimento vengono effettuate e uno strato di uscita (*output layer*) che trasmette i risultati dell'elaborazione. Ogni neurone di uno strato è connesso con tutti gli altri e ciascun collegamento ha un suo peso, tuttavia la ricostruzione del percorso logico seguito dalle unità di apprendimento è confusa e di difficile interpretazione. Nonostante abbiano catalizzato su di sé molti entusiasmi e siano parte integrante del dibattito sullo sviluppo dell'AI, le ANN sono (ancora) troppo ordinate (dato che, a differenza dei cervelli biologici, prediligono l'eleganza e la potenza della matematica), troppo sem-

plici, troppo limitate nel numero di componenti e troppo aride (perché ignorano molti altri fattori biologici come ad esempio i fattori temporali delle sequenze sinaptiche) (BODEN, cit., 90 ss.), se confrontate con un cervello umano. Da ciò si evidenzia la differenza tra i modelli dei sistemi esperti (ormai utilizzati residualmente), rispetto alle reti neurali.

Ricapitolando, le reti neurali raccolgono e immagazzinano dati dall'esperienza passata e li elaborano in procedimenti non visibili: le c.d. "black box", dove vengono effettuati i calcoli matriciali, non ricostruibili nel loro percorso logico. Seguendo la mentalità del giurista si potrebbe paragonare siffatta differenza tra l'approccio tradizionale dell'*id quod plerumque accidit* con l'approccio quantistico del principio di indeterminazione (BODEN, cit., 90-91). Infatti, calcoli matriciali effettuati dall'AI nelle *black box* non si limitano a ripetere le esperienze già immagazzinate, ma le ricombinano, con il rischio di perpetuare i *bias* e i possibili elementi discriminatori in esse presenti.

Brevemente è necessario illustrare cosa si intende in questo contesto per "bias". Si tratta di un termine polisemico utilizzato in modo diverso dagli esperti di fisica e ingegneria elettronica che si occupano di AI e significa "errore sistematico" inteso come una variabile che può essere già presente oppure venire introdotta. Nel linguaggio comune si riferisce a "pregiudizio" o "imprecisione". Nel contesto di questa esposizione, bias è un termine esatto sotto differenti punti di vista:

a) nel senso del linguaggio comune, dato che i pregiudizi rappresentano una variabile che può influenzare negativamente la comprensione di una situazione;

b) in senso giuridico dato che: i pregiudizi discriminatori sono illegittimi;

c) in senso tecnico, dato che tali pregiudizi, in quanto tali sono da considerare un errore sistematico inevitabilmente presente nella realtà e che viene assorbito dalle black box.

Un esempio significativo della perpetuazione di siffatti *bias* riguarda l'uso dei c.d. *risk assessment algorithm*. Tali algoritmi vengono utilizzati a scopo predittivo, per esempio ai fini di verificare quale probabilità possa avere un condannato di commettere reati della stessa natura, ma possono recepire gli stereotipi comunemente presenti nella società in particolare su base etnica, economica e sessuale, oltre a presentare questioni etiche e di costituzionalità⁵

⁵ La Corte Suprema del Wisconsin ha deciso proprio una controversia su uno di tali algoritmi decisionali su istanze di libertà vigilata e rischio di recidiva delle persone arrestate, cioè il *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS). La Corte Suprema del Wisconsin affermava che tale strumento non presentava problemi di costituzio-

(STARR, 2014, 806 ss.; ISRANI, 2017; ENDO, 2018, 821 ss.; FREEMAN, 2018, 75 ss.; SIMMONS, 2017-2018, 573).

Tra i molti casi possibili in ambito medico, sociale, tecnologico, ci sono diversi ambiti della vita umana dove l'applicazione di software di intelligenza artificiale possono avere effetti discriminatori, cioè non "neutrali" (SUNSTEIN, 2018, 5 ss.). A questo proposito, quale esempio dell'importanza della corretta formazione delle black box ai fini dell'utilizzo di un software predittivo si è analizzato, seppur brevemente, il sistema di monitoraggio integrale in caso di violenze di genere applicato in Spagna e denominato "*Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén)*"⁶. Esso è un sistema informatico promosso dalla *Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior*, entrato in funzione a partire dal 26 luglio 2007 in ottemperanza della "*Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*" 1/2004. Si tratta di algoritmo di monitoraggio dei casi di abusi familiari, in particolare nei confronti di donne e minori. Lo scopo di siffatto algoritmo è di prevenire il compimento di recidive, questo aspetto del *Sistema VioGén* è, per il momento, il più sviluppato, essendo la "valutazione di polizia del rischio di nuova violenza" una delle sue principali funzionalità. Esso si basa su due questionari attuariali (VPR e VPER) con più di tre milioni di valutazioni, che di conseguenza consentono di valutare aspetti forensi, penitenziarie e assistenziali degli imputati per violenza di genere (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, LÓPEZ OSSORIO, URRUELA CORTÉS, RODRÍGUEZ DÍAZ, 2018, 29 ss.; LÓPEZ-OSSORIO, GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, LOINAZ, MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, PINEDA, 2020, *passim*).

Cosa ci insegna l'esperienza di contrasto della violenza di genere attuata con *VioGén*? Essa presenta sicuramente alcuni aspetti positivi rilevanti e qualche criticità. I primi riguardano le soluzioni effettive che è possibile adottare attraverso questo programma predittivo: ad esempio l'obbligo per il partner asserito violento di indossare il braccialetto elettronico per controllare che il divieto di avvicinamento al domicilio della vittima di violenza sia rispettato. Tuttavia, *VioGén* presenta diversi casi di falsi negativi (cioè di sog-

nalità in materia di *due process* dell'imputato nel caso in cui il software avesse trattato i singoli casi individuali, utilizzando informazioni accurate, pertanto, è necessario che nella fase di addestramento o di apprendimento, la rete neurale debba essere nutrita con dati oggettivi e veritieri.

⁶ <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen>

getti che sono stati classificati come non a rischio di recidiva e poi hanno aggredito o addirittura ucciso la loro (ex) compagna (CATANZARO, 2020, 224).

Ulteriore elemento di criticità, sulla base del principio di presunzione di innocenza, riguarda quale sia il possibile equilibrio raggiungibile con la possibilità di predizione sulla recidiva, nonché sulla questione dell'adattabilità e indicizzazione delle fattispecie ai fini della sussistenza della recidiva stessa, nel senso che in generale questo tipo di sistemi sistema non tengono conto né della possibile rieducazione del reo, né delle cause che possono portare alla reiterazione del reato per cui è richiesto il calcolo in questione.

Nel sistema giuridico italiano, alla luce degli artt. 24 e 27 della Costituzione, l'uso di tali software sembrerebbe essere bandito dal nostro panorama giuridico penale, tuttavia chi scrive ritiene che l'analisi da un punto di vista giuridico del loro funzionamento sia necessaria perché software analoghi vengono utilizzati in altri ambiti non penalistici, come quelli per la selezione delle candidature per il mercato del lavoro, presentano analoghe questioni in materia di non discriminazione.

5. Sommarie conclusioni: aderire o manipolare la realtà?

Alla luce di quanto finora esposto, come è possibile utilizzare la privacy quale baluardo di difesa dalle decisioni automatizzate elaborate nelle black box?

In questa sede si può tentare di abbozzare una risposta considerando in prima battuta che la privacy è l'ago del bilanciamento dei diritti in gioco ed essa consente che la questa bilancia penda a favore della persona cui i dati vengono processati. A questo proposito, va sottolineato che tale ago è sorretto dal Regolamento UE 679/2016, ovvero gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Siffatta architettura giuridica sostiene la tutela della privacy garantendo altresì la protezione situazioni giuridiche più ampie e complesse come il diritto all'integrità personale, fisica e psichica, dell'individuo contro influenze provenienti da terzi, siano questi soggetti fisici, enti giuridici, ovvero lo Stato stesso. In questo senso, la privacy è diventata il baluardo della tutela della personalità tanto online quanto offline. Essa è uno scudo contro la ricostruzione dell'individualità da parte di soggetti terzi, pubblici o privati, a seguito della tracciabilità dei dati che ogni persona lascia durante lo svolgimento della sua giornata attraverso la geolocalizzazione effettuata dalle app del suo telefono smartphone, dai pagamenti effettuati, dalle condivisioni di materiali e luoghi. La privacy difende l'identità

e la reputazione individuale (grazie al riconoscimento del diritto all'oblio, che della privacy è un elemento) tanto nella vita personale reale, quanto in quella virtuale.

A tali fini si reputa necessaria la pseudonomizzazione dei dati personali, soprattutto di quelli reperibili *onlife*. Essa consiste in un trattamento che impedisca l'attribuzione dei medesimi alla specifica persona dalla quale provengono, a condizione che siffatte informazioni siano soggette a misure adeguate a impedire l'attribuzione ad una persona identificata o identificabile (PEREGO, 2020, 457 ss.).

In questa prospettiva, il ruolo rivestito dalla discriminazione è più subdolo e difficile da far emergere con nitidezza e riguarda il suo aspetto manipolativo: dal momento in cui le black box raccolgono massivamente i dati personali, frantumando (MESSINETTI, 2019, 861 ss.) la personalità e l'identità di ciascun individuo, di fatto annullandola nella massa di informazioni, compiono per questo fatto stesso una operazione di manipolazione dei singoli dati che a seconda della prospettiva di osservazione comporta due risultati opposti. Da un lato se la black box viene formata inserendo i dati raccolti in modo più neutro possibile, essa riflette la realtà sociale e pertanto, come uno specchio, la medesima elabora risultati discriminatori in riporta le distorsioni contenute nella società nella quale viviamo immersi. Invece, dall'altro lato, se l'immissione dei dati nella black box è depurata dai contenuti discriminatori, essa rappresenta una immagine distorta e manipolata della realtà medesima, che restituisce una black box più aderente agli ideali di coloro che hanno raccolto i big data, ma è ancora più pericolosa perché non raffigura più la realtà, ma una visione della medesima che, oltre ad essere parziale, irrealistica, nonché legata ad un giudizio di valore orientato agli scopi di chi gestisce la black box e i suoi risultati.

Pertanto, la formazione della black box, base di partenza ai fini di elaborare i processi decisionali automatizzati, deve essere effettuata con massime trasparenza e attenzione agli obiettivi dei promotori. Si tratta di procedimenti nei quali sono necessarie competenze multidisciplinari di data scientists, matematici, filosofi, giuristi, in particolare quelli che si rivolgono allo studio dei sistemi comparati per apprendere e comprendere orientamenti e risultati ottenuti negli altri ordinamenti giuridici che hanno affrontato la materia.

6. Riferimenti bibliografici

ANDERS, G. (1956), *Die Antiquiertheit des Menschen*, München: Beck.

- ANGIOLINI, C. (2020), *Lo statuto dei dati personali*, Torino: Giappichelli.
- ASHLEY, K. D. (2017), *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 1^a ed., Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- BARTOLOMEI, F. (1987), *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino: Giappichelli
- BODEI, R. (2019), *Dominio e Sottomissione*, 1^a ed., Bologna: Il Mulino.
- BODEN, M. A. (2019), *L'intelligenza artificiale*, 1^a ed., Bologna: Il Mulino.
- BOSTROM, N., (2014), *Superintelligence. Paths, Dangers, Strategies*, 1^a ed., Oxford: Oxford University Press,
- BUCHANAN, M. (2020), «Managing the infodemic», *Nature Physics*, 16, p. 894.
- BURK, D. (2020), «The Jurisprudence of Datafied Law» [online]. Disponibile in <http://spir.aoir.org>.
- CARAVITA, B., (2021), «Davanti ad un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg?» [online] disponibile in: <https://www.federalismi.it>.
- CATANZARO, M., (2020), «In Spain, the VioGén algorithm attempts to forecast gender violence» [online]. Disponibile in <https://algorithmwatch.org/en/story/viogen-algorithm-gender-violence/>.
- CHALMERS D., IDA R. (2007) «On the International Legal Aspects of Human Dignity», MALPAS J., LICKISS N. (eds) *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, pp. 157-168.
- COCKBURN, M., HENDERSON, R., STERN, S. (2018), *The Impact of Artificial Intelligence on Innovation*, Cambridge: National Bureau of Economic Research.
- DELMASTRO, M., NICITA, A. (2019), *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, 1^a ed. Bologna: Il Mulino.
- ENDO, S. K. (2018), Technological Opacity & Procedural Injustice, 59 B.C.L. Rev. 821 (2018);
- FINN, E. (2017), *Che cosa vogliono gli algoritmi*, Torino: Einaudi.
- FINOCCHIARO, G. (2019), «Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali», *Giurisprudenza Italiana*, 7, pp. 1670-1677.
- FLORIDI, L. (2014), *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, 1^a ed., Cham: Springer.
- FLORIDI, L. (2017), *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, 1^a ed., Milano: Raffaello Cortina Editore.
- FREEMAN, K. (2018), «Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State V. Loomis», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15, pp.75-106

- GAMBETTA, D. (2018), *Datacrazia. Politica, cultura algoritmica e conflitti al tempo dei big data*, Ladispoli: D. Editore, pp. 14-45.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., LÓPEZ OSSORIO, J. J., URRUELA CORTÉS, C., RODRÍGUEZ DÍAZ, M. (2018), «Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence VioGén System», *Behavior & Law Journal*, 4, pp. 29-40.
- HARARI, Y. N. (2017), *Sapiens. Da Animali a dèi*, Milano e Firenze: Bompiani
- HÉNIN, S. (2019), *AI. Intelligenza Artificiale tra incubo e sogno*, Milano: Hoepli.
- ISRANI, E. (2017), «Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis» [online]. Disponibile in <https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>;
- KIRSCH, H., WELZEL, C. (2019), «Democracy Misunderstood: Authoritarian Notions of Democracy around the Globe» *Social Forces*, pp. 59–92.
- KRYWKO, J. (2017), «Siri can't talk to me: The challenge of teaching language to voice assistants» [online]. Disponibile in <https://arstechnica.com/information-technology/2017/12/teaching-old-virtual-assistants-new-language-tricks/>.
- KUHN, T., (1962), *The Structure of Scientific Revolutions*, 1.^a ed., Chicago: Chicago University Press.
- LATINI, M. (2011), «Uomini senza mondo. Guenther Anders tra filosofia e letteratura» [online]. Disponibile in <http://www.giornaledifilosofia.net/public/pdf/M.%20Latini%20Anders.pdf>.
- LÓPEZ-OSSORIO, J. J., GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J. L., LOINAZ, I., MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, A., PINEDA, D. (2020), «Intimate Partner Homicide Risk Assessment by Police in Spain: The Dual Protocol VPR5.0-H», *Psychosocial Intervention*, pp. 47-55.
- LORENZ-SPREEN, P., LEWANDOWSKY, S., SUNSTEIN, C. R., HERTWIG, R. (2020), «How behavioural sciences can promote truth, autonomy and democratic discourse online», *Nature Human Behaviour*, pp. 1102-1109.
- MENCARIELLO, A. (2012), «L'uomo è antiquato I: Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale» [online]. Disponibile in <http://www.scienzaefilosofia.com/?portfolio=gunther-anders-luomo-e-antiquato-i-considerazioni-sullanima-nellepoca-della-seconda-rivoluzione-industriale-tr-it-a-cura-di-l-dallapiccola-bollati-boringhieri-torino-2003>.
- MESSINETTI, R. (2019), «La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata», *Contratto e Impresa*, pp. 861-864.
- MILLER, K., (2020), «A Matter of Perspective: Discrimination, Bias, and Inequality in AI», M. Jackson, M., Shelly, M. (eds.), *Legal Regulations, Implications, and Issues Surrounding Digital Data*, Hershey: IGI Global, pp. 182-202.

- MORELLI, A. (2021), «Non scomodiamo Voltaire a proposito di Trump e dei social» [online] disponibile in <http://www.lacostituzione.info/index.php/2021/01/10/non-scomodiamo-voltaire-a-proposito-di-trump-e-dei-social/>
- MORO VISCONTI, R. (2016), «Internet delle cose, networks e plusvalore della connettività», *Il Diritto Industriale*, 6, pp. 536-544.
- MORO VISCONTI, R. (2017), «La valutazione economica dei data base (banche dati)», *Il Diritto Industriale*, 4, pp. 358-364.
- NILSSON, N. (2010), *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- OHM, P. (2010), «Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization», *UCLA Law Review*, 57, pp. 1701-1744.
- PELLECCHIA, E. (2018), «Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della Black Box Society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation», *Nuove Leggi Civ. Comm.* 5, pp. 1209-1235.
- PEREGO, B. (2020) «Predictive policing: trasparenza degli algoritmi, impatto sulla privacy e risvolti discriminatori», *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*.
- PISTORIO, G. (2009), «Art. 1. Dignità umana» in BISOGNI, G., BRONZINI, G., PICCONE, V. *La Carta dei diritti dell'Unione Europea*, Taranto, Chimienti, pp. 39-50.
- PORTINARO, P. P. (2019), «Dittatura. Il potere nello stato d'eccezione» *Teoria politica. Nuova serie Annali*, 9, pp. 119-137.
- RENDA, A. (2019), *Artificial Intelligence: Ethics, Governance and Policy Challenges*, Bruxelles: Centre for European Policy Studies.
- RUPNIK, J. (2019) *Senza il Muro. Le due Europe dopo il crollo del comunismo*, Roma: Donzelli.
- SCHMITT, C. (1929/1993), «The Age of Neutralizations and Depoliticizations», *Telos*, 96, pp. 130-142
- SHEEHAN, S., SONG, Y. S. (2016), «Deep Learning for Population Genetic Inference» [online]. Disponibile in <https://journals.plos.org/ploscompbiol/article?id=10.1371/journal.pcbi.1004845>
- SIMMONS, R. (2018), «Big Data and Procedural Justice: Legitimizing Algorithms in the Criminal Justice System» *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15, pp. 573-581.
- STARR, S. B. (2014), «Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination» *Stanford Law Review* 66 pp. 803-872.
- SUNSTEIN, C. (2018), «Algorithms, Correcting Biases» [online]. Disponibile in <https://ssrn.com/abstract=3300171>.
- SUSSKIND, R. (1986), «Expert Systems in Law: A Jurisprudential Approach To Artificial Intelligence and Legal Reasoning», *Modern Law Review*, pp. 168-194.

TAN K.H., ZHAN Y. Z., JI G., et al. (2015), «Harvesting big data to enhance supply chain innovation capabilities: an analytic infrastructure based on deduction graph», *International Journal of Production Economics*, 165, pp. 223-233.

TEGERMARK, M. (2017), *Life 3.0. Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, New York: Vintage Books.

VESPIGNANI, A. (2019), *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano: Il Saggiatore.

ZAGREBELSKY, G. (2014), *Contro la dittatura del presente*, Bari e Roma: Laterza.

ZUBOFF, S. (2019), *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, London: Profile Books.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL INDIVIDUO FRENTE A LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS EN LA UNIÓN EUROPEA

ANA GASCÓN MARCÉN

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Las medidas de la Unión Europea para limitar los efectos negativos de los sistemas automatizados de toma de decisiones. – 2.1. El Reglamento General de Protección de Datos. – 2.2. El Reglamento sobre la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. – 2.3. El Código de buenas prácticas contra la desinformación. – 3. Las futuras medidas de la Unión Europea para regular la inteligencia artificial. – 3.1. El Libro blanco sobre la inteligencia artificial. – 3.2. La propuesta de *Digital Services Act*. – 3.3. La inteligencia artificial en el comercio electrónico de la Unión Europea. – 3.4. Algunos elementos esenciales para las futuras medidas de la Unión Europea. – 4. Conclusiones.

1. Introducción

El continuo avance de la inteligencia artificial (AI) supone múltiples ventajas en infinidad de sectores, por lo que poco a poco va permeando prácticamente todos los ámbitos de la vida (ALGORITHM WATCH, 2019). Es una tecnología especialmente útil para la automatización de los procesos. Lo que antes requería la participación de una o varias personas para analizar la información y tomar decisiones ahora puede ser hecho por un programa informático reduciendo exponencialmente el coste económico y temporal.

El problema es cómo se despliegan estos programas de inteligencia artificial y si deberían utilizarse en según qué casos. En ocasiones, su utilización se explica como una manera de tomar decisiones objetivas frente a los sesgos discriminatorios que pueden tener interiorizados consciente o subconscientemente las personas, mientras que la forma en que son entrenados puede resultar en una automatización de esos sesgos, e incluso su amplificación (ZUIDERVEEN BORGESIU, 2018). Otro problema de estos sistemas es que pueden ser opacos, hasta el punto de ser comparados con una caja negra (PASQUALE, 2015). En muchas ocasiones no se sabe por qué han tomado una determinada decisión, eso hace que sea casi imposible recurrirlas al carecer de motivación, a lo que se añade que muchos algoritmos están protegidos por el secreto comercial. Además, los algoritmos pueden ir cambiando los

factores que tienen en cuenta o el peso que les dan a medida que van aprendiendo a través del *machine learning*.

En ocasiones son varios los derechos violados a la vez. Es usual encontrar situaciones en las que se produce una discriminación y además se vulnera el derecho a un juicio justo. Un ejemplo paradigmático es el del extendido uso por parte de los tribunales estadounidenses del programa COMPAS para calcular la probabilidad de reincidencia en casos penales. Un informe de ProPublica, tras un estudio pormenorizado de sus resultados (porque es imposible acceder al *software* dado que está protegido), reveló que 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 (ANGWIN ET AL., 2016).

Las principales organizaciones internacionales de protección de los derechos humanos han constatado que las decisiones automatizadas pueden afectar a la privacidad, la protección de datos personales, la prohibición de la discriminación, el derecho a un juicio equitativo y a un remedio efectivo, la libertad de expresión, asociación y reunión (KAYE, 2018b y WAGNER, 2018). Pero cada día se descubren consecuencias en otros derechos, citando sólo dos ejemplos recientes ligados a los efectos de la COVID-19, se puede observar cómo afectan al derecho a la educación y a la salud.

En Reino Unido, como consecuencia del confinamiento, se decidió que se iba a utilizar un programa algorítmico para fijar las calificaciones de los estudiantes para su acceso a la universidad, dado que no pudieron realizar los exámenes finales presencialmente. El programa tomaba como factor relevante el historial de la escuela de la que provenían. Esto supuso que los alumnos de alto rendimiento de escuelas en zonas desfavorecidas se veían afectados de manera desproporcionada por una rebaja de sus notas (ELBANNA y ENGESMO, 2020). Esto dio lugar a un gran escándalo que llevó al gobierno a decidir que no se tuvieran en cuenta los resultados del algoritmo, sino las consideraciones de los profesores, porque lo contrario hubiera sido claramente discriminatorio. Otro ejemplo en el que los resultados de un algoritmo resultaron socialmente inaceptables por su efecto en la salud fueron los del encargado de fijar el orden de la vacunación en Stanford Medicine. El algoritmo priorizó a dermatólogos, ortopedas o incluso profesores que trabajaban desde casa sobre los residentes que estaban en la primera línea tratando a los pacientes de COVID-19 (CHEN, 2020).

En los dos últimos casos estudiados, el rechazo social hizo a las autoridades cambiar sus planes y buscar soluciones ajenas a las del algoritmo, pero

cada vez hay más situaciones en las que la aplicación de estos programas es recurrida ante los tribunales. Es una tendencia especialmente extendida en los Estados Unidos con ejemplos en el ámbito de la salud (*Medicaid*) o las evaluaciones de los profesores o del riesgo criminal (AI NOW INSTITUTE, 2018). Pero también han empezado a darse en Europa, dos ejemplos recientes serían los de la lucha contra el fraude en Países Bajos y la gestión de los visados en el Reino Unido.

En el caso de los Países Bajos, se utilizaba un programa de análisis de riesgo de fraude fiscal y en los subsidios sociales (SyRI) que cruzaba una gran cantidad de datos personales recopilados por varias agencias gubernamentales, desde registros de empleo hasta información sobre ayudas sociales, informes de deudas personales y antecedentes educativos y de vivienda, y se empezó a usar con los residentes de los barrios más pobres del país. El Gobierno se negó a revelar cómo funcionaba SyRI, por temor a que explicar su algoritmo de cálculo de riesgos le restara eficacia y permitiera evadir el sistema. Su uso fue recurrido y un tribunal de La Haya suspendió su aplicación por ser incompatible con el art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece la protección de la vida privada y familiar.¹ El Tribunal consideró que el Gobierno no había establecido un equilibrio adecuado entre los diferentes intereses en presencia y que SyRI no era suficientemente transparente (LOMAS, 2020).

El Reino Unido también utilizaba un algoritmo para decidir el orden en el que se procesaban las peticiones de visados. El *Joint Council for the Welfare of Immigrants* sospechaba que el algoritmo afianzaba la toma de decisiones injusta y racista en el sistema de visados creando un sistema de “embarque rápido para los blancos”. No obstante, no tenía manera de confirmarlo porque carecía de la posibilidad de acceder al código fuente por lo que lo denunció ante los tribunales. El Gobierno decidió dejar de aplicarlo antes de que el tribunal en cuestión pudiera pronunciarse (MCDONALD, 2020).

Diferentes relatores de las Naciones Unidas han subrayado los riesgos de la utilización de este tipo de sistemas. El Relator sobre la extrema pobreza y los derechos humanos ha avisado de que a medida que la humanidad avanza, tal vez inexorablemente, hacia un futuro sistema de cobertura social digital, necesita alterar el rumbo de manera significativa y rápida para evitar “caer como un zombi en una distopía del bienestar digital” (ALSTON, 2019a). En

¹ Sentencia del *Rechtbank Den Haag* de 5 de febrero de 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

su opinión, la digitalización de estos sistemas se ha utilizado con mucha frecuencia para promover reducciones profundas de presupuesto, limitar los beneficiarios, eliminar ciertos servicios, introducir formas de condicionalidad exigentes e intrusivas, modificar conductas, imponer regímenes de sanciones más estrictos e invertir la noción tradicional de que el Estado debe rendir cuentas al individuo (ALSTON, 2019b). La Relatora sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas ha denunciado que muchas tecnologías digitales emergentes impulsadas por *big data* e inteligencia artificial están afianzando la desigualdad racial, la discriminación y la intolerancia (ACHIUME, 2020a y 2020b).

Todo esto muestra la necesidad de crear un marco legislativo que fije los principios que deben regir el diseño, uso y despliegue de los programas de esta naturaleza que automatizan estas decisiones, muy especialmente cuando estos se aplican en el sector público. Porque no se pueden menoscabar derechos fundamentales para hacer a la administración más eficiente y luego esconderse detrás de un algoritmo cuando se descubre algún problema (GASCÓN MARCÉN, 2020).

Lo ideal sería que se elaborase un marco jurídico internacional, pero, teniendo en cuenta las diferentes posturas de los Estados, parece más realista ceñirse a un territorio más limitado y homogéneo como es Europa, que además parte de valores comunes como son la democracia, los derechos humanos, el estado derecho, y también de manera importante, aunque a otro nivel, la protección de los consumidores. A esto se añade que los marcos regulatorios adoptados en la Unión Europea (UE) para las tecnologías digitales tienden a tener un efecto extensivo más allá de sus fronteras, como ha ocurrido, por ejemplo, con el Reglamento General de Protección de Datos, en lo que se ha denominado como el “efecto Bruselas” (BRADFORD, 2020).

Este capítulo analizará las actuales medidas de la Unión Europea para mitigar los perjuicios de los sistemas de toma de decisiones automatizadas (apartado 2), a continuación, examinará cuáles son las futuras medidas que se plantea o debería plantearse tomar a corto plazo (apartado 3), para terminar con unas breves conclusiones (apartado 4).

2. Las medidas de la Unión Europea para limitar los efectos negativos de los sistemas automatizados de toma de decisiones

La Unión Europea no cuenta con una norma general que regule los procesos de automatización de toma de decisiones, lo que tiene son normas es-

pecíficas para sectores concretos, ya sea para proteger los datos personales o para fomentar la transparencia de aquellos algoritmos que priorizan la información que recibimos, ya sea como resultado de los motores de búsqueda o los anuncios políticos. En este apartado se estudiarán algunos elementos de este marco fragmentario.

2.1. El Reglamento General de Protección de Datos

La primera y principal referencia al hablar de las normas de la UE que limitan los efectos negativos de los sistemas automatizados de toma de decisiones es el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).² Su artículo 13 establece que el responsable del tratamiento informará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente, de la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. Además, dará información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

A esto se suma que el artículo 22 establece que todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Existen excepciones para los casos en que esto sea necesario para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; esté autorizado por el Derecho de la UE o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; o se base en el consentimiento explícito del interesado. Pero, incluso en estos casos, el responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

Estos artículos dejaban bastantes incógnitas, por lo que el Grupo de Trabajo del Artículo 29, que sería sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos, elaboró unas orientaciones (37 páginas). En ellas se aclara que por “efectos jurídicos” se puede entender, por ejemplo, la cancelación

² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE L 119, 4.5.2016, pp. 1-88.

de un contrato; el derecho o denegación de un beneficio social otorgado por la ley; o la denegación de entrada en un país o de la concesión de la nacionalidad. Esto es bastante limitado, pero hay que añadir los casos en los que al sujeto la decisión “le afecte significativamente”, lo que, cubriría la elegibilidad para recibir un crédito; el acceso de una persona a los servicios de salud; la denegación de una oportunidad de empleo o las decisiones que afectan el acceso de alguien a la educación, por ejemplo, admisiones a la universidad (GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, 2018). Se ha argumentado que estas orientaciones van más allá de una simple interpretación y se aventuran en cuestiones que realmente no fueron identificadas por el RGPD pero que son muy relevantes como la discriminación algorítmica, los anuncios o los datos personales inferidos (VEALE y EDWARDS, 2018).

Ciertos Estados a la hora de especificar las salvaguardas mencionadas han optado por enfoques innovadores: algunos garantizan el derecho a la legibilidad/explicación sobre las decisiones algorítmicas (Francia y Hungría); otros (Irlanda y Reino Unido) regulan la intervención humana en las decisiones algorítmicas mediante un mecanismo de rendición de cuentas eficaz (por ejemplo, la notificación o la explicación de por qué no se ha aceptado una impugnación); y otro (Eslovenia) requiere una forma innovadora de evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos en la toma de decisiones automatizada (MALGIERI, 2019).

Según algunos autores, el RGPD plantea 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 RGPD sólo exige que los interesados reciban información significativa (pero debidamente limitada) 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 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” (del cual se deriva el presunto “derecho a explicación”) plantea dudas sobre la protección realmente otorgada a los interesados. Estos problemas muestran que el RGPD 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.*, 2017).

En la misma línea algunos autores argumentan que es poco probable que el derecho a una explicación en el RGDP sea efectivo porque es restrictivo y poco claro, y, además, la concepción legal de las explicaciones como “información significativa sobre la lógica del procesamiento” puede no ser proporcionada por el tipo de “explicaciones” que los científicos de datos han desarrollado como respuesta. No obstante, defienden que otras partes del RGPD como el derecho al olvido, la portabilidad de datos, la privacidad desde el diseño, las evaluaciones de impacto de la protección de datos y los sellos de certificación pueden utilizarse para hacer que los algoritmos sean más responsables, explicables y centrados en el ser humano (EDWARDS y VEALE, 2017).

Algunos autores sostienen que se necesita una interpretación sistémica en este campo, ya que puede ser beneficiosa no solo para las personas sino también para las empresas. Puede ser una oportunidad para auditar algoritmos y corregir sesgos desconocidos, mejorando así de manera similar la calidad de los resultados de la toma de decisiones (MALGIERI y COMANDÉ, 2017).

2.2. El Reglamento sobre la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea

En lo relativo a la mejora de la transparencia algorítmica, existen otras iniciativas sectoriales en la UE, un ejemplo sería el Reglamento (UE) 2019/1150³ sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Aunque este Reglamento tiene un campo de aplicación muy preciso, muestra cómo puede avanzarse en este sector. Su Artículo 5 establece que los proveedores de servicios de intermediación en línea señalarán en sus condiciones generales los parámetros principales que rigen la clasificación y los motivos por lo que aquellos cuentan con una importancia relativa superior a la de otros parámetros. En particular, los proveedores de motores de búsqueda en línea expondrán los parámetros principales que, de forma individual o colectiva, sean

³ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, DOUE L 186 de 11.7.2019, pp. 57-79. Para un análisis detallado de este Reglamento se puede consultar IAMICELI (2019), DE MIGUEL ASENSIO (2019) y BUSCH (2020).

más significativos a la hora de determinar la clasificación y la importancia relativa de esos parámetros principales, presentando una descripción de acceso fácil y público, redactada de manera sencilla y comprensible. La descripción debe mantenerse actualizada. Esto comprende cuando estas clasificaciones son realizadas de manera automática por algoritmos, que es la mayoría de las veces, si bien es cierto que no se exigirá revelar algoritmos o información que, dentro de un grado de certeza razonable, podría inducir a error a los consumidores o causarles un perjuicio mediante la manipulación de los resultados de las búsquedas.

Dada la complejidad de la tarea en cuestión, la Comisión Europea tuvo que publicar unas Directrices sobre cómo hacer esto en la práctica.⁴ En las mismas se aclaraba que los proveedores no pueden limitarse a referirse al hecho de que la clasificación está regida por algoritmos que utilizan inteligencia artificial. Además, cuando se utiliza “aprendizaje automático” los proveedores tienen que determinar si éste es un “parámetro principal”, y, de ser así, explicar el “alcance” esperado, es decir, la envergadura de su efecto en la clasificación. Esto podría incluir si este afecta a todos los parámetros principales por igual y, por ejemplo, ofrecer una indicación del momento y la frecuencia con la que el aprendizaje automático puede dar lugar al cambio de los “parámetros principales”. Si dichos parámetros principales cambian como resultado del aprendizaje automático, los proveedores deben ajustar la descripción exigida.

2.3. El Código de buenas prácticas contra la desinformación

Más allá de las medidas legislativas, la Comisión Europea ha desarrollado otras iniciativas de co-regulación para mejorar la transparencia de la toma de decisiones. En 2018, acordó con Facebook, Google, Twitter, Mozilla y ciertas asociaciones de la industria de los anuncios en línea⁵ un Código de buenas prácticas contra la desinformación. El tema de la desinformación (también denominada *fake-news* o noticias falsas) es complejo. Por una parte, una noticia no es ilícita por ser falsa, sino que estaría cubierta por la libertad de expresión por lo que las autoridades públicas no deberían/podrían obligar a

⁴ *Comunicación de la Comisión Directrices sobre la transparencia de la clasificación con arreglo al Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo*, DOUE C 424 de 8.12.2020, pp. 1-26.

⁵ A estos se unirían más tarde Microsoft y Tiktok.

los intermediarios a retirarlas, pero, por otra parte, puede tener efectos sociales muy perniciosos.

A través del Código las compañías se comprometieron, entre otras cosas, a invertir en medios tecnológicos para priorizar información relevante, auténtica, precisa y autorizada en búsquedas, *feeds* u otros canales de distribución clasificados automáticamente, y diluir la visibilidad de la desinformación mejorando la posibilidad de encontrar contenido confiable.⁶ Esto quiere decir que las empresas tienen que modificar sus algoritmos para cumplir con estos parámetros. Uno de los elementos más interesantes del Código es que establece el compromiso de las empresas de garantizar la transparencia sobre la publicidad política y por temas y permitir que los usuarios comprendan por qué un anuncio determinado les ha sido mostrado; y adoptar medidas razonables para permitir el acceso a los datos de conformidad con la privacidad para las actividades de verificación de hechos y de investigación y cooperar proporcionando datos relevantes sobre el funcionamiento de sus servicios, incluidos datos para la investigación independiente por parte de investigadores académicos e información general sobre algoritmos. Esto responde a un llamamiento constante por parte de los investigadores en la materia (HELDT *et al.*, 2020 y AUSLOOS *et al.*, 2020) y es un avance bienvenido, pero se redactó en términos excesivamente ambiguos.

La Comisión ha considerado los avances insuficientes y ha decidido modificar y reforzar el Código en su Plan de Acción para la Democracia⁷ incluyendo más obligaciones y rendición de cuentas para las plataformas, buscando, entre otras cosas, poner coto a la publicidad política falsa o engañosa en plataformas o en sitios web de terceros, así como a la colocación de anuncios en sitios web que distribuyen desinformación. Las organizaciones de la sociedad civil han acogido con satisfacción los esfuerzos de la Comisión para fortalecer la transparencia en torno al *microtargeting* político, la amplificación de contenido potencialmente dañino y el establecimiento de un marco de acceso a los datos para los investigadores (ACCESS NOW, 2020c).

⁶ Esto supone toda una serie de problemas que han sido criticados por KUCZERAWY (2019).

⁷ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea*, COM(2020) 790 final.

3. Las futuras medidas de la Unión Europea para regular la inteligencia artificial

El desarrollo del Mercado Único Digital es una de las prioridades de la Comisión Europea y parte de esta tarea es crear un marco jurídico apropiado para la inteligencia artificial. Para ello, la Comisión reunió un Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre la Inteligencia Artificial que publicó, entre otros resultados, unas Directrices éticas para una IA Fiable en 2018, revisadas en 2019 tras un período de consulta.

En ellas, se establecía que los sistemas de IA debían respetar los principios éticos de: respeto de la autonomía humana, prevención del daño, equidad y explicabilidad. Para ello, se debía garantizar que el desarrollo, despliegue y utilización de los sistemas de IA cumpliera con los siguientes requisitos: 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 social, y rendición de cuentas. Por último, las Directrices facilitaban una lista para que las empresas pudieran comprobar si cumplían estos requisitos. Algunos autores han criticado las Directrices por presentar un maratón de recomendaciones sin priorizar que olvida algunos de los aspectos principales que la UE debería tener en cuenta en la gobernanza de los datos como pueden ser las relaciones de poder y las infraestructuras (VEALE, 2020)

En 2021, la Comisión Europea presentará una iniciativa legislativa para regular la inteligencia artificial de manera más general. En este apartado se examinará el Libro blanco que marca el camino, otra iniciativa presentada recientemente que tendrá impacto en la materia como la *Digital Services Act*, las cuestiones en torno a este tema con impacto en la política comercial común de la UE y una serie de medidas relacionadas que la Comisión tendrá que tener en cuenta.

3.1. El Libro blanco sobre la inteligencia artificial

En 2020, la Comisión Europea publicó el Libro blanco sobre la inteligencia artificial.⁸ Su objetivo era formular alternativas políticas para promover la adopción de la IA y a la vez abordar los riesgos vinculados a la misma. En relación al tema del presente capítulo, el apartado relevante del Libro es

⁸ Comisión Europea, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM(2020) 65 final.

el dedicado a la creación de un “ecosistema de confianza” a través del marco regulador de la IA.

El Libro destacaba que la IA ya está sujeta a una serie de normas europeas en materia de derechos fundamentales (protección de datos, privacidad o no discriminación), protección de los consumidores y normas sobre la seguridad de los productos y responsabilidad civil. La cuestión es si era necesario adoptar nuevas normas específicas para la IA. Países como Alemania, Malta, Dinamarca estaban empezando a tomar iniciativas concretas de regulación lo que podía suponer la fragmentación del mercado único.

La Comisión detectó riesgos concretos para: los derechos fundamentales, especialmente la protección de los datos personales, la privacidad y la no discriminación; la seguridad y el funcionamiento eficaz del régimen de responsabilidad civil. Por ello, la Comisión consideró necesario modificar el marco legislativo ya existente para mejorar su aplicación a la IA y, además, elaborar un marco regulador específico con un enfoque basado en el riesgo. En ese sentido, los requisitos del nuevo marco regulador sólo se exigirían en los casos de elevado riesgo por el sector concreto y el tipo de utilización del programa. Los requisitos estarían relacionados con: los datos de entrenamiento, los datos y registros de datos, la información que debe facilitarse, la solidez y exactitud, y la supervisión humana. Además, se fijarían requisitos específicos en el caso de determinadas aplicaciones de IA, como las empleadas para la identificación biométrica remota.⁹ Tras la publicación del Libro blanco, la Comisión Europea abrió una consulta sobre la misma.

En respuesta a la misma, EDRI criticó que la promoción de la IA en el sector público en su conjunto, sin pruebas científicas que justifiquen la necesidad o el propósito de tales aplicaciones, tendrá consecuencias dañinas sobre las personas, en particular en los grupos vulnerables, destacando ejemplos de los impactos negativos de los sistemas automatizados usados para la gestión de fronteras, en los sistemas policiales predictivos que exacerbaban la vigilancia excesiva de las comunidades racializadas, y en sistemas de detección de fraude que se dirigen a zonas pobres, de clase trabajadora y de inmigrantes (EDRI, 2020).

Hay autores muy críticos con la decisión de la UE de legislar sobre la materia porque consideran que, si la UE va demasiado lejos en la regulación de la IA, esto aseguraría que las empresas europeas competirán con una mano

⁹ Hubo mucha presión para que se planteara la prohibición del reconocimiento facial remoto y, de hecho, esto aparecía como una posibilidad en una versión anterior que se filtró de Libro blanco, pero no en la versión definitiva.

atada a la espalda y se encontrarán con restricciones que los rivales de China y Estados Unidos no tienen (SCOTT, 2020). Un elemento concreto que se ha criticado es la propuesta de establecer evaluaciones de conformidad *ex ante* y externas para aplicaciones de IA de alto riesgo. Porque ralentizará la entrada en el mercado de tecnologías que ayudarían a la industria europea a mejorar su rendimiento y competitividad, y les incentivarían a trasladarse a otras jurisdicciones con requisitos menos exigentes (BAUER y ERIXON, 2020: 17). No obstante, apreciaciones similares llevarían a la UE a no legislar para mejorar las condiciones de los trabajadores o la protección del medio ambiente. A esto se suma que catorce Estados miembros enviaron un *position paper* a la Comisión abogando por no establecer barreras y requisitos demasiado onerosos que puedan ser un obstáculo para la innovación (KOLLERUP ET AL, 2020).

El Parlamento Europeo también respondió al Libro blanco a través de tres resoluciones en octubre de 2020.¹⁰ En lo relativo al presente capítulo, la más relevante es la dedicada al marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. El Parlamento coincidía con la Comisión en que era necesario contar con un marco regulador efectivo y armonizado basado en el Derecho de la UE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el Derecho internacional de los derechos humanos y aplicable, en particular, a las tecnologías de alto riesgo, con el fin de establecer normas iguales en toda la UE y proteger eficazmente los valores de la UE. Opinaba que este marco debía perseguir el respeto de la dignidad humana, la autonomía y la autodeterminación de la persona, la prevención de daños, la promoción de la equidad, la inclusión y la transparencia, la eliminación de los sesgos y la discriminación, también en lo que respecta a los grupos minoritarios, así como respetar los principios de limitación de las externalidades negativas de la tecnología empleada, de explicabilidad de las tecnologías y de garantía de que las tecnologías sirvan a las personas y no las sustituyan ni decidan por ellas, con el objetivo último de elevar el bienestar de todos los seres humanos. Este marco debía ser ético por defecto y ético desde el diseño, tener un modelo de gobernanza claro y coherente, y respetar los princi-

¹⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)); Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial (2020/2015(INI)); y Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)).

pios de necesidad, proporcionalidad y precaución. El Parlamento hizo unas recomendaciones muy detalladas, hasta el punto de adoptar una propuesta de Reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas para la Comisión. Habrá que ver hasta qué punto la propuesta que adoptó la Comisión recoge las recomendaciones del Parlamento Europeo.

3.2. La propuesta de *Digital Services Act*

En la Unión Europea, la responsabilidad de los intermediarios de Internet está regulada en la Directiva de Comercio Electrónico, que básicamente exime a los intermediarios de responsabilidad por el material compartido por terceros siempre que no tengan control sobre el mismo y no tengan conocimiento de la ilicitud de la información y que, en cuanto tengan conocimiento de la misma, actúen con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

La Directiva al adoptarse hace veinte años ha quedado desfasada en lo relativo a las categorías de intermediarios que recoge. En este tiempo se ha multiplicado el contenido creado por los usuarios y compartido en Internet y han surgido nuevos servicios con una gran importancia como las redes sociales o los *marketplaces*. Estos intermediarios no son meros canales de la información creada por terceros (para lo que se creó la Directiva), sino que sus algoritmos ordenan la información, hacen recomendaciones, etc. Para dar respuesta a esta cuestión la Comisión propuso la *Digital Services Act* (DSA)¹¹ en diciembre de 2020.

La DSA, en pro de la transparencia, recoge en varios de sus artículos la necesidad de informar cuando se utilizan sistemas de decisión automatizada, por ejemplo, cuando se responde a denuncias de contenidos ilícitos (art. 14) o filtrado automático de contenidos (art. 15.2). Otras iniciativas recientes de la UE que fomentan el uso del filtrado automático para la protección de la propiedad intelectual¹² y la lucha contra los contenidos terroristas¹³ han sido

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final.

¹² Artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

¹³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea. Contribución de la Comisión Europea a la

criticadas, entre otras razones, por su alto número de falsos positivos por varios relatores de Naciones Unidas (KAYE, 2018a y KHAN y NÍ AOLÁIN, 2020).

La DSA también establece que las plataformas en línea garantizarán que las decisiones relativas a la gestión de controversias que puedan surgir relativas a la retirada de contenidos no se tomen únicamente por sistemas automatizados (art. 17.5).

Las plataformas en línea muy grandes (con más de 45 millones de usuarios en la UE) tienen obligaciones adicionales como dar acceso a los investigadores a algunos de sus datos (art. 31), evaluar los riesgos sistémicos que pueden suponer el uso de determinados algoritmos (art. 26), y para mitigarlos pueden tener que modificar su funcionamiento (art. 27), por ejemplo, adaptando los sistemas de moderación o recomendación de contenidos y sus procesos de toma de decisiones, o tomando medidas específicas destinadas a limitar la visualización de anuncios en asociación con el servicio que prestan. Además, estas plataformas cuando utilicen sistemas de recomendación deberán exponer de manera clara, accesible y fácilmente comprensible, los principales parámetros utilizados, así como las opciones que los destinatarios del servicio pueden modificar, incluida al menos una posibilidad que no se base en la elaboración de perfiles (art. 29). En general el esfuerzo por mejorar la transparencia de la DSA ha sido bien recibido, aunque los defensores de los derechos de los usuarios esperan que el Parlamento Europeo mejore la propuesta en algunos puntos (ACCESS NOW, 2020a).

3.3. La inteligencia artificial en el comercio electrónico de la Unión Europea

La Unión Europea es una firme defensora de la liberalización del comercio, pero con garantías como la protección de la propiedad intelectual. Durante los últimos años el comercio electrónico está ganando importancia en los acuerdos de liberalización comercial. En el marco de la Organización Mundial del Comercio, la UE ha defendido que los Estados no puedan requerir la transferencia ni el acceso al código fuente del *software* propiedad de una persona física o jurídica de otro Estado, creando excepciones para responder a una orden de un tribunal o una autoridad de competencia para remediar una violación del derecho de la competencia; la protección y apli-

reunión de los dirigentes de Salzburgo los días 19 y 20 de septiembre de 2018, COM/2018/640 final.

cación de los derechos de propiedad intelectual; y el derecho a tomar cualquier acción o no divulgar cualquier información que se considere necesaria para la protección de intereses esenciales de seguridad o de defensa nacional (UNIÓN EUROPEA, 2019). Disposiciones en este sentido han sido incorporadas en los últimos grandes acuerdos comerciales de la UE con Japón¹⁴ y el Reino Unido.¹⁵

Esta disposición se entiende mejor poniéndola en contexto, porque se trata de una reacción a las transferencias forzadas de tecnología que regula, por ejemplo, China para entrar en su mercado y que son muy perjudiciales para las empresas extranjeras, además de que suponen una carga desproporcionada e injustificada.

Sin embargo, no se entiende que se protejan intereses como la propiedad intelectual o la competencia y no los derechos humanos, cuando un juez debe poder juzgar si un algoritmo produce resultados discriminatorios o conocer los factores para sus decisiones para que la persona afectada pueda tener un mecanismo de recurso efectivo. La política comercial de la UE no debe descartar medidas nacionales que, en virtud del interés público, exijan la transparencia del código fuente, la responsabilidad y la posibilidad de auditar los sistemas de inteligencia artificial (IRION y WILLIAMS, 2019).

3.4. Algunos elementos esenciales para las futuras medidas de la Unión Europea

La Unión Europea debería tener en cuenta de cara a una futura legislación las sugerencias del Relator de Naciones Unidas para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión que recomendaba evaluaciones del efecto en los derechos humanos, auditorías y medidas correctivas (KAYE, 2018b). En lo relativo a las evaluaciones, el RGPD (art. 35) establece que, cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos per-

¹⁴ Art. 8.73 del Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una asociación económica, DOUE L 330, 27.12.2018, pp. 3-899.

¹⁵ Art. DIGIT.12 Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra. DOUE L 444 de 31.12.2020, pp. 14-1462.

sonales. Esto evidentemente se aplica a la IA, pero, como se ha explicado, la protección de datos personales no es el único derecho que puede verse vulnerado, por lo que es necesaria una evaluación de impacto más amplia que analice también los posibles sesgos o cómo afecta el uso de la IA a la libertad de expresión o asociación, por ejemplo (AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE, 2020). Las auditorías también son importantes porque permiten que una entidad externa e independiente analice el algoritmo y sus resultados, además se están investigando maneras de realizar esas auditorías sin tener que dar publicidad a los algoritmos subyacentes. Por último, es necesario crear mecanismos para que cuando un algoritmo cometa un error que éste se pueda subsanar para asegurar un recurso efectivo.

La UE no es la única organización que está trabajando en la materia por eso debe colaborar con la OSCE y UNESCO. La coordinación es especialmente relevante en el marco del Consejo de Europa donde se está planteando el elaborar un tratado internacional que regule la IA desde una perspectiva de derechos humanos, democracia y estado de derecho.¹⁶ Además, por razones de coherencia a la hora de legislar debería tener en cuenta las recomendaciones de su Comité de Ministros¹⁷ y la Carta ética europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales de la Comisión Europea para Eficiencia de la Justicia. Respecto a esta última, existe un proyecto para crear una certificación de conformidad que es otro de los mecanismos que pueden explorarse.

Las compañías tecnológicas están llevando a cabo una completa ofensiva en Bruselas para influir a las instituciones europeas en la materia. Pero es importante que se preste también atención a las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos de los usuarios y plantean soluciones innovadoras. Por ejemplo, Access Now ha propuesto crear centros nacionales de expertos en IA para ayudar a los reguladores y establecer registros públicos para sistemas de IA y decisión automatizada de toma de decisiones en el sector público (ACCESS NOW, 2020b). Esto último es una gran idea, porque el primer problema de muchos de estos sistemas es que mucha gente ignora que las autoridades los están utilizando. Esta es una iniciativa que ya se ha puesto en marcha en ciudades como Ámsterdam o Helsinki (WRAY, 2020) y debería extenderse.

¹⁶ Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI). *Feasibility Study*, CAHAI(2020)23. <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da>

¹⁷ Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems (8 de abril de 2020).

En la UE, se deben tomar medidas legislativas, pero también de otra índole, por ejemplo, en el campo de la financiación de la investigación en el marco del Programa Horizonte Europa. Así se podrá estudiar no sólo cómo crear programas más avanzados y nuevas aplicaciones de la IA, sino también su impacto en los derechos, cómo mitigarlo (a través de tecnologías más protectoras como el *split-learning*,¹⁸ por ejemplo) y desarrollar algunas cuestiones mencionadas en este capítulo como las evaluaciones de derechos humanos y la explicabilidad. Ante todo, hace falta una buena base científica para legislar esta materia y también para llevar las normas a la práctica.

Para esto sería necesario, por una parte, una mejora de la formación de los juristas que puedan entender el funcionamiento de las tecnologías de la información y la comunicación y sus retos, y, por otra, una formación de los ingenieros de las cuestiones éticas y de derechos humanos para que así diseñen programas respetuosos de los derechos humanos por diseño y por defecto (como ya están obligados a hacer respecto a la protección de datos personales). Hace falta un trabajo multidisciplinar para alcanzar las mejores soluciones (LARSSON, 2020).

4. Conclusiones

Los próximos años van a ser claves en lo que se refiere a la regulación de la inteligencia artificial. La UE tiene la oportunidad de crear una legislación que se extienda más allá de sus fronteras y proteja los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho. El RGPD fue un buen primer paso en ese sentido, pero la actual normativa es insuficiente, porque hace falta afrontar vulneraciones de derechos más allá de los datos personales, como la discriminación o la limitación de un recurso efectivo, y también las restricciones en el ejercicio de derechos sociales con una administración cada vez más automatizada.

Se requiere un nuevo marco jurídico que a la par que fomenta la innovación sea consciente de los riesgos de un uso indiscriminado de la IA. Las últimas iniciativas de la UE parecen optar por impulsar la transparencia, lo

¹⁸ El *split-learning* es una metodología que permite el aprendizaje profundo (*deep learning*) federado sin tener que compartir los datos de origen. Esto es especialmente importante cuando se trata de programas que necesitan para entrenarse gran cantidad de datos, pero que deben nutrirse de datos muy sensibles. Un ejemplo práctico serían los modelos de diagnóstico médico.

cual es un paso bienvenido pero insuficiente, hacen falta evaluaciones de impacto en los derechos humanos, auditorías y medidas correctivas. Especialmente el sector público no puede lanzarse en una carrera en pro de la eficiencia y desatender principios básicos de una buena administración como la motivación de sus decisiones y la rendición de cuentas. Estas cuestiones además no se solucionarán sólo a través de una nueva iniciativa legislativa, sino que se extienden a otros ámbitos como el del comercio internacional, la financiación de la innovación o la formación, para lo que es necesario una política decidida y coherente.

El Libro blanco y la DSA presentan orientaciones interesantes, pero será necesario prestar mucha atención a la iniciativa legislativa que presentará la Comisión Europea en 2021 y los debates en el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo, además de todas las partes interesadas que intentaran influenciarlos. Porque el nuevo marco regulatorio de la UE para la IA tendrá un gran impacto en cómo desarrollamos nuestras vidas y hacemos efectivos nuestros derechos en un mundo con una presencia cada día mayor de los mecanismos de toma de decisiones automatizadas.

Referencias bibliográficas

- Access Now (2020a). “DSA: European Commission delivers on the first step toward systemic rules for online platforms”. *Access Now*. 15/12/2020. Disponible en: <https://www.accessnow.org/dsa-systemic-rules-for-online-platforms/> (consultado el 4/1/2021).
- Access Now (2020b). *Access Now's submission to the Consultation on the “White Paper on Artificial Intelligence - a European approach to excellence and trust”*. Disponible en: https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2020/06/EU-white-paper-consultation_Access_Now_June2020.pdf (consultado el 4/1/2021).
- Access Now (2020c). “A step closer to digital rights protections: EU calls for transparency in the fight against disinfo”. 3/12/2020. Disponible en: <https://www.accessnow.org/eu-transparency-fight-against-disinfo/> (consultado el 4/1/2021).
- ACHIUME, T. (2020a). “Emerging digital technologies entrench racial inequality, UN expert warns”. *UNHR*. 15/7/2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26101> (consultado el 3/1/2021).
- ACHIUME, T. (2020b). *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. La discriminación racial y las tecnologías digitales emergentes: un análisis de los derechos humanos*. A/HRC/44/57.

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE (2020). *Getting the Future Right. Artificial Intelligence and Fundamental Rights*. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf (consultado el 5/1/2021).
- AI NOW INSTITUTE (2018). *Litigating algorithms: challenging government use of algorithmic decision systems*. Disponible en: <https://ainowinstitute.org/litigatingalgorithms.pdf> (consultado el 3/1/2021).
- ALGORITHM WATCH (2019). *Automating Society. Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU*. Disponible en: https://algorithmwatch.org/wp-content/uploads/2019/02/Automating_Society_Report_2019.pdf (consultado el 4/1/2021).
- ALSTON, P. (2019a). "World stumbling zombie-like into a digital welfare dystopia, warns UN human rights expert". *UNHR*, 17/10/2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25156> (consultado el 4/1/2021).
- ALSTON, P. (2019b). *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos a la Asamblea General*. A/74/493.
- 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*. 23/5/2016. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (consultado el 3/1/2021).
- AUSLOOS, J.; LEERSSEN, P.; TEN THIJE, P. (2020). *Operationalizing Research Access in Platform Governance. What to learn from other industries?*. Algorithm Watch.
- BAUER, M.; ERIXON, F. (2020). *Europe's Quest for Technology Sovereignty: Opportunities and Pitfalls*, ECIPE, Occasional Paper. Disponible en: https://ecipe.org/wp-content/uploads/2020/05/ECI_20_OccPaper_02_2020_Technology_LY02.pdf (consultado el 4/1/2021).
- BRADFORD, A. (2020). *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*. Oxford University Press.
- BUSCH, C. (2020). "The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "procedural turn" in EU platform regulation?". *Journal of European Consumer and Market Law*, 9(4), 133-178.
- CHEN, C. (2020). "Only Seven of Stanford's First 5,000 Vaccines Were Designated for Medical Residents", *ProPublica*, 18/12/2020. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/only-seven-of-stanfords-first-5-000-vaccines-were-designated-for-medical-residents> (consultado el 4/1/2021).
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2019). "Nuevo Reglamento sobre servicios de intermediación en línea", *La Ley Unión Europea* (74). 1-10.

- EDRi (2020). “Can the EU make AI “trustworthy”? No – but they can make it just”, *EDRi*. 4/6/2020. Disponible en: <https://edri.org/our-work/can-the-eu-make-ai-trustworthy-no-but-they-can-make-it-just/> (consultado el 5/1/2021).
- EDWARDS, L.; VEALE, M. (2017). “Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For”. *Duke Law & Technology Review* 16, pp. 18-84.
- ELBANNA, A.; ENGESMO, J. (2020). “A-level results: why algorithms get things so wrong – and what we can do to fix them”. *The Conversation*. 19/8/2020. <https://theconversation.com/a-level-results-why-algorithms-get-things-so-wrong-and-what-we-can-do-to-fix-them-142879> (consultado el 3/1/2021).
- GASCÓN MARCÉN, A. (2020). “Derechos humanos e inteligencia artificial.”. *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*. Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta, María Pia Iadico (dir.), Vol. 5, (*Retos en el siglo XXI*. coord. por Silvia Romboli) Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 335-350.
- GOODMAN, B.; 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.
- Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2018). *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. WP251rev.01.
- HELDT, A.; KETTEMANN, M. C.; LEERSSEN, P. (2020) “The Sorrows of Scraping for Science: Why Platforms Struggle with Ensuring Data Access for Academics”. *VerfassungBlog*. 30/11/2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/the-sorrows-of-scraping-for-science/> (consultado el 3/1/2021).
- IAMICELI, P. (2019). “Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity”, *European Review of Contract Law*, 15(4).
- IRION, K.; WILLIAMS, J. (2019). *Prospective Policy Study on Artificial Intelligence and EU Trade Policy*. The Institute for information Law. Amsterdam.
- KAYE, D. (2018a). Carta de 13 de junio de 2018, OTH41/2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf> (consultado el 4/1/2021).
- KAYE, D. (2018b). *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.
- KHAN, I.; NÍ AOLÁIN, F. (2020). Carta de 3 de noviembre de 2020. OL OTH

- 73/2020. Disponible en: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25661> (consultado el 4/1/2021).
- KOLLERUP, S. (por Dinamarca); DE BACKER, P. (por Bélgica); HAVLÍČEK, H. (por República Checa); LINTILÄ, M. (por Finlandia); O, C. (por Francia); SIEM, R. (por Estonia); TROY, R. (por Irlanda); PŪCE, J. (por Letonia); BETTEL, X. (por Luxemburgo), KEIJZER, M. (por Países Bajos); ZAGÓRSKI, M. (por Polonia); ARAGÃO DE AZEVEDO, A. (por Portugal), ARTIGAS BRUGAL, C. (por España); NILSSON, K. (por Suecia) (2020). *Innovative and trustworthy ai: two sides of the same coin*. Disponible en: <https://em.dk/media/13914/non-paper-innovative-and-trustworthy-ai-two-side-of-the-same-coin.pdf> (consultado el 4/1/2021).
- KUCZERAWY, A. (2019). "Fighting Online Disinformation: Did the EU Code of Practice Forget about Freedom of Expression?". *Disinformation and Digital Media as a Challenge for Democracy*. Intersentia, pp. 291-308.
- LARSSON, S. (2020). "On the Governance of Artificial Intelligence through Ethics Guidelines". *Asian Journal of Law and Society*, 1-15.
- LOMAS, N. (2020). "Blackbox welfare fraud detection system breaches human rights, Dutch court rules", *TechCrunch*, 6/2/2020. Disponible en: <https://techcrunch.com/2020/02/06/blackbox-welfare-fraud-detection-system-breaches-human-rights-dutch-court-rules/> (consultado el 4/1/2021).
- MALGIERI, G. (2019). "Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations", *Computer Law & Security Review*, 35(5).
- MALGIERI, G. y COMANDÉ G. (2017). "Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, 7 (4), pp. 243-265.
- MCDONALD, H. (2020). "Home Office to scrap 'racist algorithm' for UK visa applicants", *The Guardian*, 4/8/2020. Disponible en: <https://www.theguardian.com/uk-news/2020/aug/04/home-office-to-scrap-racist-algorithm-for-uk-visa-applicants> (consultado el 4/1/2021).
- PASQUALE, F. (2015). *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press.
- SCOTT, M. (2020). "Europe is fighting tech battle with one hand tied behind its back", *Politico.eu*, 24/2/2020. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/digital-strategy-data-artificial-intelligence-europe-china-us/> (consultado el 4/1/2021).
- UNIÓN EUROPEA (2019). *EU Proposal for WTO disciplines and commitments relating to electronic commerce*. WTO INF/ECOM/22.

- VEALE, M. (2020). “A Critical Take on the Policy Recommendations of the EU High-Level Expert Group on Artificial Intelligence”. *European Journal of Risk Regulation*, pp. 1–10.
- VEALE, M.; EDWARDS, L. (2018). “Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”. *Computer Law & Security Review*, 34 (2), pp. 398-404.
- WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; FLORIDI, L. (2017). “Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*. 7 (2), pp. 76–99.
- WAGNER, B. (2018). *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*. Consejo de Europa. Estrasburgo.
- WRAY, R. (2020). “Helsinki and Amsterdam launch AI registers to detail city systems”. *MyITU*. Disponible en: <https://www.itu.int/en/myitu/News/2020/09/30/07/41/Helsinki-Amsterdam-AI-registers-city-systems-Cities-Today>
- ZUIDERVEEN BORGESIU, F. (2018). *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*. Council of Europe. Estrasburgo.

LA CONSERVAZIONE DEI DATI ASSOCIATI
ALLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE:
REGOLAMENTAZIONE NORMATIVA FRENETICA
E PROTEZIONE FONDAMENTALE*

JUAN OCÓN GARCÍA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I dati associati alle comunicazioni elettroniche. – 3. La corposa regolamentazione relativa alla conservazione dei dati associati alle comunicazioni. – 3.1. Possibilità di acquisizione dei dati associati. – 3.2. L’obbligo generale di conservazione dei dati nella Direttiva 2006/24/CE e il suo adeguamento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. – 3.3. La conservazione di massa dei dati nelle normative nazionali: i casi *Tele2 Sverige AB* e *La Quadrature du Net*. – 4. La protezione giuridica fondamentale dei dati associati alle comunicazioni. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

I dati associati alle comunicazioni elettroniche costituiscono una fonte di informazioni molto utile per lo svolgimento delle funzioni proprie degli Stati, come la protezione della sicurezza nazionale o l’indagine e il perseguimento di crimini.

Poiché tali dati consentono di tracciare un profilo molto preciso della vita e delle relazioni private delle persone, la loro acquisizione apre un evidente conflitto tra libertà e sicurezza di dimensioni sovranazionali. La normativa europea sulla conservazione dei dati e l’interpretazione della sua conformità alla Carta dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia dell’Unione europea pongono in luce tale difficile equilibrio.

Il lavoro tiene conto della regolamentazione normativa particolarmente corposa in tale ambito e fornisce una serie di criteri di delimitazione nel quadro *fondamentale* di detti dati.

* Lavoro svolto nell’ambito del Progetto DERFUNDAT, “El nexa dato científico-tecnológico derecho fundamental: un desafío para los actuales ordenamientos constitucionales” (PGC20-18-093737-B-I00), finanziato da: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación.

2. I dati associati alle comunicazioni elettroniche

Quando si avvia una comunicazione elettronica, viene generata – indipendentemente dalla volontà del mittente e del destinatario – una serie di dati necessari al dispositivo che si sta utilizzando per abilitare la comunicazione dal punto di visto tecnico.

Sono dati *associati* a tutte le comunicazioni che, seppur *diversi e slegati* dai contenuti scambiati, costituiscono un legame essenziale con il processo comunicativo. Tra questi l'identificazione dell'emittente e del destinatario – o del *luogo* di consegna – e, a seconda del caso, il *percorso* – routing – che deve essere seguito per un'adeguata trasmissione della comunicazione.

Inoltre, ai fornitori di servizi di comunicazione è consentito l'accesso, per la stessa natura tecnologica del processo e/o in virtù del rapporto contrattuale instaurato, anche ad altri dati non strettamente legati a specifici processi di comunicazione. Data la gamma variegata di tali dati, è necessario chiarire alcuni concetti.

In primo luogo, vi sono i “dati indubbiamente relativi al traffico”, ovvero quelli che hanno origine nel processo di comunicazione e che non esisterebbero senza l'attivazione di quest'ultimo. Sono legati alla comunicazione da un rapporto di dipendenza funzionale di natura tecnologica (GONZÁLEZ LÓPEZ, 2007, pp. 63 ss.). Tale categoria include i dati che indicano l'origine della comunicazione (es. il numero di telefono del mittente), la destinazione della comunicazione, il percorso seguito dalla comunicazione o il routing, l'ora e la durata della comunicazione, il volume delle informazioni trasmesse e il tipo di comunicazione.

In secondo luogo, vi sono i “dati eventualmente relativi al traffico”, ovvero quelli che occasionalmente possono essere classificati o meno come dati sul traffico: ciò accade perché non sempre sembrano essere legati a processi di comunicazione. L'esempio più calzante è quello dei dati relativi all'ubicazione. Tali dati possono essere dati relativi al traffico, quando sono necessari per effettuare una comunicazione, ma possono essere utilizzati anche dagli operatori al fine di localizzare il dispositivo nello spazio radioelettrico (dati di copertura) o anche quando il contenuto materiale di cui consiste la comunicazione è l'ubicazione stessa (ad esempio, quando viene condivisa tramite *WhatsApp*)¹.

¹ I dati relativi all'ubicazione sono definiti all'art. 2.c) della Direttiva 2002/58/CE come “ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica che indichi la posizione geografica

Infine, non rientrano nel quadro dei dati relativi al traffico i “dati relativi agli abbonamenti o agli abbonati”, ovvero quelli che il fornitore di servizi di comunicazione raccoglie dall’abbonato al momento della firma del contratto. Non sono dati relativi al traffico, in quanto vengono generati prima di ogni comunicazione e non sono legati alla realizzazione di una comunicazione. Tuttavia, alcuni di questi dati – numero di telefono assegnato al momento della sottoscrizione al servizio – sono anche e contemporaneamente dati relativi al traffico nel corso di una comunicazione².

Tutti rientrano nella categoria dei dati associati in quanto *associabili* in qualche modo a servizi di comunicazione: l’associazione può riferirsi sia al processo di comunicazione – dati relativi al traffico in senso stretto –, sia all’utente dei servizi di comunicazione – dati relativi all’abbonato – o al terminale comunicativo – dati di copertura –.

3. La corposa regolamentazione relativa alla conservazione dei dati associati alle comunicazioni

3.1. Possibilità di acquisizione dei dati associati

Il traffico comunicativo genera, nell’attuale società iperconnessa, un volume esorbitante di dati che costituisce una fonte di informazioni molto preziosa, tra numerosi altri scopi, per il mantenimento della sicurezza nei vari Stati³.

Tuttavia, le possibilità di acquisizione sono condizionate dalla loro volatilità. In tal senso, gli Stati hanno iniziato a cercare soluzioni che consentissero, oltre all’intercettazione in tempo reale, di mantenere la possibilità di accedere a tali dati anche dopo il momento in cui vengono generati.

dell’apparecchiatura terminale dell’utente di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico”.

² Cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ (2007, p. 74) e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2016, p. 97). Tale distinzione tra dati relativi al traffico (funzionalmente dipendenti da una reale comunicazione) e dati relativi all’abbonato (compresi i dati di identificazione) è stata evidenziata dalla giurisprudenza spagnola – si cita ad esempio la sentenza STS, Sezione Penale, del 18 marzo 2010 – ed è ora normativamente contemplata nel Codice di procedura penale (artt. 588 *ter.j* a 588 *ter.m* LECrim).

³ Cfr. MURRAY, FUSSEY (2019).

Pertanto, sono state create delle formule volte all'imposizione di obblighi di conservazione rapida e generalizzata dei dati ai fornitori di servizi di comunicazione.

La "conservazione rapida dei dati" è la misura cautelare volta a perpetuare la memorizzazione di determinati dati relativi a persone specifiche e comunicazioni reali, il cui carattere di obbligatorietà è imposto dall'autorità competente nell'ambito di un'indagine penale.

Tale misura, detta anche *quick freeze*, è prevista dall'art. 16 della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica. La conservazione rapida riguarda i dati già memorizzati dagli operatori per finalità legittime, quali l'erogazione del servizio e la relativa fatturazione, e mira a depositarli per periodi più lunghi al fine di garantirne la disponibilità quando l'accesso agli stessi è autorizzato.

A differenza della conservazione generalizzata dei dati, la conservazione rapida è finalizzata a dati specifici, pertanto costituisce un'alternativa efficace e meno invasiva dei diritti fondamentali⁴.

Da canto suo, la "conservazione dei dati" è l'obbligo generale degli operatori di memorizzare determinate categorie di dati legate alle comunicazioni gestite dagli stessi, al fine di renderli disponibili per un eventuale successivo utilizzo.

Si tratta di un obbligo *ope legis* riguardante i dati trattati dagli operatori che, altrimenti, verrebbero eliminati o resi anonimi una volta adempiuta la loro funzione di mediazione della comunicazione o cessati gli utilizzi del

⁴ "Esistono altri mezzi utili da considerare a fini investigativi, con un impatto minore sui diritti fondamentali del cittadino, come la cosiddetta "procedura quick freeze (congelamento rapido)" nella quale né i fornitori di comunicazione né i fornitori di servizi Internet sono tenuti a memorizzare i dati sul traffico. Per esempio, nei casi che lo giustificano, gli organi di contrasto consultano le società e chiedono di memorizzare certi dati. Quegli organi dispongono quindi di alcune settimane per raccogliere le prove necessarie per ottenere un provvedimento giudiziario. Solo allora potranno accedere ai dati." *Gruppo di lavoro ex articolo 29 per la protezione dei dati, Parere 4/2005 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la conservazione di dati trattati nell'ambito della fornitura di servizi pubblici di comunicazione elettronica e che modifica la direttiva 2002/58/CE*, 2005, p. 6. Cfr. VILASAU SOLANA (2006, p. 6). Nel caso della Spagna, tale misura è contemplata dall'art. 588 *octies* LECrim sotto il titolo di *obbligo di conservazione dei dati*. La CGUE ha approvato la conformità alla Direttiva 2002/58 della misura di conservazione rapida dei dati a condizione che il suo utilizzo sia finalizzato alla lotta contro i reati gravi e alla protezione della sicurezza nazionale e la sua applicazione sia soggetta a un effettivo controllo giurisdizionale (CGUE del 6 ottobre 2020; caso *La Quadrature du Net* – §160 e ss. –).

rapporto contrattuale di fornitura del servizio (RODRÍGUEZ LAINZ, 2017, p. 2; GONZÁLEZ LÓPEZ, 2007, pp. 387-388).

3.2. L'obbligo generale di conservazione dei dati nella Direttiva 2006/24/CE e il suo adeguamento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

La regolamentazione della conservazione dei dati è frutto dell'iniziativa europea e consiste di speciali norme relative alla protezione dei dati in risposta all'effetto o all'impatto di determinati atti terroristici particolarmente violenti⁵.

Successivamente agli attentati dell'11 settembre, l'Unione Europea e alcuni Stati hanno sollevato la necessità di mettere a disposizione delle autorità strumenti che permettessero di indagare sui reati la cui commissione richiedeva l'uso di sistemi di comunicazione elettronica (GUERRERO PICÓ, 2005, p. 117). A distanza di pochi mesi è stata approvata la Direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nell'ambito delle comunicazioni elettroniche.

L'art. 5 della suddetta direttiva stabilisce, come regola generale, la riservatezza delle comunicazioni e dei dati ad esse associati e, conseguentemente, l'art. 6.1 prevede l'obbligo di eliminare o anonimizzare i dati trattati "quando non sono più necessari ai fini della trasmissione di una comunicazione", pur consentendone il trattamento ai fini della fatturazione fino alla scadenza del periodo durante il quale la fattura può essere legalmente contestata o il suo pagamento richiesto (art. 6.2).

Tuttavia, l'art. 15 consente eccezioni a tale obbligo di cancellazione dei dati quando necessario, tra gli altri scopi, ai fini della prevenzione, dell'indagine, del rilevamento e del perseguimento dei crimini e della protezione della sicurezza nazionale. E, a tale scopo, autorizza gli Stati ad adottare "misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato".

Sulla base di tale previsione, gli Stati hanno iniziato ad approvare regolamenti volti ad imporre la conservazione generalizzata dei dati⁶.

⁵ Per informazioni circa l'influenza del terrorismo sulle normative europee relative alla conservazione dei dati, si veda GONZÁLEZ LÓPEZ (2006) e VEDASCHI (2014).

⁶ Allo stato attuale, l'obbligo di conservazione dei dati è previsto, in Spagna, dalla Legge 25/2007 del 18 ottobre sulla conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche e

La commissione di nuovi atti terroristici ha riaperto il dibattito sulla conservazione dei dati. In risposta agli attentati dell'11 marzo, il 25 marzo 2004, il Consiglio Europeo ha emanato la *Dichiarazione sulla lotta al terrorismo*, nella quale si afferma la necessità di “dare priorità alle proposte relative alla conservazione dei dati di traffico delle comunicazioni”. Analogamente, la *Dichiarazione del Consiglio sulla risposta dell'UE agli attentati di Londra*, del 13 luglio 2005, accetta di dare “priorità immediata” all'approvazione del regolamento relativo alla “conservazione dei dati delle telecomunicazioni”.

Il risultato sarà l'approvazione della Direttiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, relativa alla conservazione dei dati generati o trattati in relazione alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica di pubblico accesso o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE.

La nuova norma cambia la prospettiva sulla conservazione dei dati di traffico che cessa di essere, come nella precedente, un'eccezione, per diventare la regola generale, non senza attirare numerose critiche.⁷

Essa pertanto impone agli Stati membri l'obbligo di conservare una serie di dati relativi al traffico di varie categorie – elencati nell'art. 5 – per un periodo di tempo non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni.

Tuttavia, l'obbligo di conservazione non si limita esclusivamente ai dati relativi al traffico nel senso *sopra* definito, ma si applica anche ai “dati relativi all'ubicazione di persone fisiche e giuridiche e dati correlati necessari per identificare l'abbonato o l'utente registrato” (art. 1.2), che risultano così tutti soggetti allo stesso regime giuridico (RODRÍGUEZ LAINZ, 2008, pp. 6-7).

Dopo alcuni anni in cui ha goduto di una certa stabilità, malgrado le critiche, il sistema di conservazione generalizzata dei dati associati alle comuni-

alle reti di comunicazioni pubbliche, formalmente in vigore, ma materialmente contraria alla giurisprudenza della CGUE. L'art. 5 della suddetta legge stabilisce un periodo di conservazione di 12 mesi per tutte le categorie di dati. Da canto suo, il *Codice in materia di protezione dei dati personali* italiano prevede nel proprio art. 132 diversi periodi di conservazione a seconda delle categorie di dati: 24 mesi per i dati relativi al traffico telefonico, 12 per il traffico telematico e 30 giorni per i dati relativi alle chiamate non andate a buon fine. Tuttavia, la Legge n. 167 del 20 novembre 2017 ha introdotto, al fine di garantire misure efficaci nella lotta al terrorismo, il dovere di conservare tutti i dati per un periodo di 72 mesi (art. 24). In tal modo la nuova norma ha comportato l'inapplicabilità delle disposizioni di conservazione previste dall'art. 132 *Codice privacy*, che converte in disciplina ordinaria la disciplina di emergenza nella lotta al terrorismo (SIGNORATO, 2018, p. 157).

⁷ Cfr. RODOTÁ (2006); VEDASCHI, LUBELLO (2015).

cazioni ha cominciato a vacillare⁸. Pertanto, la CGUE ha dovuto giudicare la validità della Direttiva del 2006 dal punto di vista dei diritti alla privacy e alla protezione dei dati riconosciuti nella CDFUE in risposta alle domande di pronuncia pregiudiziale riunite nelle cause C-293/12 e C -594/12.

Il risultato è stata la Sentenza della CGUE (Grande Sezione) dell'8 aprile 2014, nel caso noto come *Digital Rights Ireland*, in cui il tribunale ha dichiarato l'invalidità della suddetta Direttiva per mancato rispetto del principio di proporzionalità, alla luce dell'imposizione dell'obbligo di conservazione "generale a tutte le persone, i mezzi di comunicazione elettronica e i dati relativi al traffico senza [*stabilire*] alcuna distinzione, limitazione o eccezione basata sull'obiettivo di combattere i reati gravi" (§57).

3.3. La conservazione di massa dei dati nelle normative nazionali: i casi *Tele2 Sverige AB* e *La Quadrature du Net*

Nonostante la dichiarazione di nullità della Direttiva 2006/24/CE, l'art. 15 della Direttiva 2002/58/CE è rimasto in vigore, consentendo agli Stati di adottare misure legislative in materia di conservazione dei dati. In linea di principio, l'art. 15 ha costituito una valida base giuridica per le normative nazionali sulla conservazione dei dati emesse in virtù di esso (RODRÍGUEZ LAINZ, 2014)⁹.

Tuttavia, le difficoltà non hanno tardato a manifestarsi. Nell'aprile 2015, un tribunale svedese ha sottoposto una domanda pregiudiziale alla CGUE affinché valutasse se la legislazione svedese sulla conservazione dei dati fosse conforme all'art. 15 della Direttiva del 2002 alla luce dei diritti fondamentali della CDFUE.

La normativa svedese prevedeva, analogamente alla Direttiva del 2006, l'obbligo di conservare indiscriminatamente tutti i dati relativi alle comunicazioni elettroniche per un periodo di 6 mesi al fine di combattere la criminalità.

La risposta alla citata domanda pregiudiziale, unitamente a un'altra analoga sollevata dal Regno Unito sull'accesso ai dati conservati, è contenuta nella CGUE, Grande Sezione, del 21 dicembre 2016 (*caso Tele2 Sverige AB*)¹⁰.

⁸ Cfr. POLLICINO (2016).

⁹ Per informazioni circa l'impatto che la Sentenza della CGUE nel caso noto come *Digital Rights Ireland* ha avuto in altri Stati membri: VAINIO, MIETTINEN (2015).

¹⁰ Cfr. SPILLER (2017).

La Corte ritiene che una norma che impone un obbligo di conservazione generalizzata – come quella della legge svedese e, quindi, delle norme spagnole o italiane – trasforma in regola ciò che la Direttiva 2002/58 consente a titolo eccezionale (§ 89 e 104). Inoltre, non avendo superato il test di proporzionalità, non può essere ritenuta giustificata in una società democratica, come previsto dall'articolo 15.1 (§107). Pertanto, per il tribunale, la Direttiva:

“[...] osta ad una normativa nazionale la quale preveda, per finalità di lotta contro la criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti riguardante tutti i mezzi di comunicazione elettronica” (§112).

Da canto suo, la CGUE, Grande Sezione, del 6 ottobre 2020 (*caso La Quadrature du Net et al.*), esamina, tra le altre questioni, la conformità alla Direttiva di un regolamento nazionale che impone un obbligo generale di conservazione dei dati per garantire la sicurezza nazionale.

Sebbene l'art. 4.2 TUE demandi la sicurezza nazionale alla responsabilità esclusiva degli Stati membri e l'art. 1.3 della Direttiva 2002/58/CE preveda che essa non si applichi alle attività finalizzate alla sicurezza dello Stato, la CGUE ritiene che tale esclusione si riferisca unicamente alle attività proprie degli Stati e non ai casi in cui, come nella controversa norma nel caso in esame, impongono obblighi ai fornitori di servizi di comunicazione (§ 87 e ss.)¹¹.

Tuttavia, la CGUE ritiene che l'obiettivo di garantire la sicurezza nazionale sia di maggiore importanza rispetto alle altre finalità di cui all'art. 15 Direttiva 2002/58 e, quindi, consente l'adozione di misure che comportano un'ingerenza più grave nei diritti garantiti dalla Carta.

Per questo motivo, non ritiene che la conservazione generalizzata dei dati sia in tal caso ostativa, in quanto sproporzionata, alle disposizioni della Direttiva, purché si verifichino determinate circostanze e sia soggetta a determinate garanzie. Vale a dire: l'esistenza di una grave minaccia alla sicurezza nazionale che sia *reale e attuale o prevedibile*, che l'esistenza di tale circostanza sia soggetta al controllo effettivo da parte di un organo giudiziario o di un'entità amministrativa indipendente e che l'obbligo di conservazione imposto sia limitata al tempo strettamente necessario per far fronte a tale minaccia¹².

¹¹ Il parametro stabilito dalla CGUE riduce al minimo le possibilità per gli Stati di adottare misure in relazione ai dati associati alle comunicazioni senza essere soggetti alle disposizioni della Direttiva, poiché le procedure di cui gli Stati dispongono attualmente per acquisire questo tipo di dati dipendono in larga misura dalla collaborazione degli operatori dei servizi di comunicazione (RODRÍGUEZ LAINZ, 2020, p. 9). *Cfr.* VANONI (2019).

¹² Il conflitto in questa materia non si esaurisce con la Sentenza CGUE nel caso *La Quadrature du Net*. Il caso C-746/18 è ancora in attesa di risoluzione. Tale caso relativo all'Estonia

4. La protezione giuridica fondamentale dei dati associati alle comunicazioni

I dati associati alle comunicazioni elettroniche possono costituire l'oggetto della protezione di diversi diritti fondamentali in funzione della categoria di dati su cui ricade l'ingerenza e della specifica misura messa in atto per la loro acquisizione.

Pertanto, in primo luogo, l'accesso ai dati associati alle comunicazioni elettroniche può pregiudicare il diritto al rispetto delle comunicazioni garantito dall'art. 7 della Carta.

Tale diritto, riconosciuto praticamente in tutte le costituzioni nazionali, protegge le comunicazioni effettuate attraverso mezzi tecnici dall'accesso non autorizzato da parte di persone al di fuori del processo di comunicazione. Non solo preserva il contenuto materiale della comunicazione – il messaggio scambiato – ma anche l'occultamento dell'esistenza della comunicazione stessa e dei dati che ne rivelano le circostanze contestuali, quali l'ora, la durata o la destinazione¹³. Pertanto, non tutti i dati che sono stati classificati come *associati* fanno parte dell'oggetto di tale diritto, ma solo quelli che sono immancabilmente legati a specifici processi di comunicazione: dati di traffico in senso stretto.

Il diritto viene compromesso quando le immissioni nel suo oggetto di protezione provengono da terze parti esterne al processo di comunicazione.

sottopone alla CGUE la questione del rapporto di proporzionalità tra la gravità del reato oggetto di indagine e le categorie di dati e il periodo di accesso per la loro inclusione nel procedimento penale – come già fatto dalla CGUE nella sentenza del 2 ottobre 2018 –, nonché la qualificazione della posizione del pubblico ministero nel procedimento come “autorità indipendente”. Il Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rispetto della vita privata e sulla protezione dei dati personali nell'ambito delle comunicazioni elettroniche è attualmente in fase di elaborazione ed è finalizzato ad abrogare, se approvata, la Direttiva 2002/58/CE. La proposta mantiene il criterio della Direttiva del 2002 e, pertanto, impone come regola generale la soppressione o l'anonimizzazione dei dati quando non è più necessario trasmettere una comunicazione (art. 7.2), consentendone la conservazione fino alla scadenza del periodo durante il quale la fattura può essere legalmente impugnata o il suo pagamento richiesto ai sensi della legislazione nazionale (art. 7.3). Per quanto riguarda la conservazione dei dati oltre detto periodo, l'art. 11 consente agli Stati membri di sviluppare misure di conservazione specifiche, ma con la specifica avvertenza che “siano conformi al diritto dell'Unione, vista la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'interpretazione della Direttiva sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche e la Carta dei diritti fondamentali” (par. 1.3 del Memorandum esplicativo).

¹³ Si cita ad esempio la Sentenza CEDU del 2 agosto 1984 (caso *Malone c. Regno Unito*).

Pertanto, la mera acquisizione di dati relativi al traffico da parte dei fornitori di servizi di comunicazione non implica alcun effetto in diritto, poiché la loro conoscenza è tecnicamente essenziale affinché la comunicazione sia possibile e, a volte, necessaria per la fatturazione del servizio fornito. Per contro, l'intercettazione dei dati relativi al traffico dei processi di comunicazione in corso da parte delle autorità statali incaricate del procedimento penale o della protezione della sicurezza nazionale costituisce un'ingerenza con il diritto fondamentale¹⁴.

D'altro canto, la conservazione generalizzata dei dati incide di per sé sul diritto alla vita privata (art. 7 CDFUE).

La massiccia raccolta di dati associati consente di generare profili molto precisi della vita privata dei cittadini. Il trattamento automatizzato del grande volume di dati generato dall'uso delle comunicazioni elettroniche nelle società odierne consente di acquisire facilmente la conoscenza di informazioni sensibili quali abitudini di vita quotidiana, luoghi di residenza, viaggi, attività svolte e relazioni sociali¹⁵.

D'altra parte, una regolamentazione *orwelliana* come quelle finora descritte, che acquisisca tutti i dati di tutte le comunicazioni effettuate da tutte le persone indipendentemente dal loro collegamento ad attività criminali oggetto di indagini, genera nei cittadini una costante sensazione di essere sorvegliati, che può determinare l'effetto di dissuadere il cittadino dall'esprimersi liberamente, ledendo così il diritto garantito dall'art. 11 della Carta¹⁶.

Privato della sicurezza che la riservatezza delle comunicazioni gli garantisce, il cittadino non ha la libertà necessaria per avviare determinati processi di comunicazione o condividere liberamente i propri pensieri.

Infine, l'accesso ai dati di traffico conservati in relazione a comunicazioni passate deve essere considerato protetto dal diritto fondamentale alla prote-

¹⁴ Ciò vale anche quando l'intercettazione è materialmente eseguita dai fornitori dei servizi, ma agendo in modo strumentale al fine di rivelare i dati di traffico a vantaggio di dette autorità.

¹⁵ Sentenze CGUE dell'8 aprile 2014 (*Digital Rights*, §27), 21 dicembre 2016 (*Tele 2*, §99) e 6 ottobre 2020 (*La Quadrature du Net*, §117). Come RODOTÁ esemplifica graficamente, «solo la conservazione degli indirizzi del mittente e del destinatario ci permette di ricostruire la rete delle relazioni personali e sociali (quante volte ho chiamato una certa persona?), politiche e sindacali (con quali organizzazioni sono in contatto?), economiche (quali sono le aziende, gli intermediari con cui intrattengo rapporti?), riguardanti il credo religioso (il mio interlocutore è la parrocchia, la sinagoga, la moschea?)»; cfr. RODOTÁ (2006, pagg. 57-58).

¹⁶ Cfr. WHITE, ZIMBARDO (1975).

zione dei dati personali, e deve intendersi violato se i dati sono utilizzati per scopi diversi da quelli che ne hanno motivato l'acquisizione.

5. Conclusioni

Le attuali soluzioni tecnologiche per l'acquisizione dei dati associati alle comunicazioni elettroniche evidenziano un indiscutibile conflitto tra i beni costituzionali di importanza cruciale per le società democratiche. Gli Stati non possono rinunciare a uno strumento così prezioso per affrontare con esito sfide trascendenti quali la lotta al terrorismo o alle nuove forme di criminalità; al contempo devono garantire i diritti fondamentali dei propri cittadini.

La risoluzione di una situazione così complessa non può essere sistematicamente ostativa della libertà, approfittando, come è già accaduto, della predisposizione psicologica dei cittadini ad accettare misure maggiormente restrittive dei propri diritti in occasione di atti terroristici di grande impatto.

Il necessario rispetto del principio di proporzionalità richiede il rifiuto di misure di sorveglianza di massa quali l'archiviazione indiscriminata dei dati.

L'adozione di misure rivolte a specifiche persone per le quali esistono indicazioni razionali di criminalità, quali l'intercettazione dei dati in tempo reale o la conservazione rapida, o altre più generali in contesti di minaccia attuali, quali la conservazione selettiva dei dati, possono rappresentare delle alternative efficaci e ponderate per i diritti in conflitto, purché accompagnati da solide garanzie contro eventuali abusi.

Riferimenti bibliografici

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J. (2016). Los datos de tráfico de comunicaciones: en búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 93-122.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. (2006). La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión Europea: una aproximación crítica. *Diario La Ley*, 6456, 1-13.
- (2007). *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*. Madrid: La Ley.
- GUERRERO PICÓ, M.C. (2005). Protección de datos personales e Internet: la conservación indiscriminada de los datos de tráfico. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8, 109-139.

- MURRAY, D.; FUSSEY, P. (2019). Bulk surveillance in the digital age: rethinking the human rights law approach to bulk monitoring of communications data. *Israel Law Review*, 52 (1), 31-60.
- POLLICINO, O. (2016). La tutela de la *privacy* digital: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 195-244.
- RODOTÁ, S. (2006). La conservación de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 3, 53-60.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2008). El principio de proporcionalidad en la nueva Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones. *Diario La Ley*, 6859, 1-41.
- (2014). Sobre la incidencia de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE en la ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones. *Diario La Ley*, 8308, 1-15.
- (2017). La definitiva defenestración de la Ley Española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones. *Diario La Ley*, 8901, 1-24.
- (2020). ¿El renacer de la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones? (Comentario a la STJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2020). *Diario La Ley*, 9740, 1-27.
- SIGNORATO, S. (2018). Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 codice privacy da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101. *Diritto penale contemporaneo*, 11, 153-161.
- SPILLER, E. (2017). La sentenza *Tele2 Sverige*: verso una *digital rule of law* europea?. *IANUS*, 15-16, 279-302.
- VAINIO, N.; MIETTINEN, S. (2015). Telecommunications data retention after Digital Rights Ireland: legislative and judicial reactions in the Member States. *International Journal of Law and Information Technology*, 23, 290-309.
- VANONI, L.P. (2019). L'applicazione del Bill of Rights europeo tra bilanciamento asimmetrico e paradosso federale: il caso della privacy digitale. *DPCE online*, 2, 1209-1250.
- VEDASCHI, A. (2014). I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La "data retention" al test di legittimità. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 1224-1245.
- VEDASCHI, A.; LUBELLO, V. (2015). Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy. A European Perspective. *Tilburg Law Review*, 20, 14-34.
- VILASAU SOLANA, M. (2006). La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 3, 1-15.

WHITE, G.L.; ZIMBARDO, P.G. (1975). The Chilling Effects of Surveillance: Deindividuation and Reactance. *Stanford University Technical Report prepared for the Office of Naval Research*, 1-26 (<https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a013230.pdf>).

TRA ESIGENZE DI TRASPARENZA
E TUTELA DEI DATI DEI CONTRIBUENTI:
QUALE BILANCIAMENTO IN AMBITO
NAZIONALE ED EUROPEO?

ALESSIA TOMO

SOMMARIO: 1. *Onlife* e produzione inarrestabile di dati: aumento delle “occasioni” di bilanciamento. – 2. Dati per “finalità pubblicistiche”: il caso del “dovere di contribuire alle spese pubbliche”. – 3. Esigenze di trasparenza finanziaria: tra Italia e Spagna. – 4. Una ipotesi di “doppia pregiudizialità”: il bilanciamento tra dati per finalità pubblicistiche e tutela della riservatezza nel “dialogo tra le Corti”. – 5. Quale bilanciamento?

1. *Onlife* e produzione inarrestabile di dati: aumento delle “occasioni” di bilanciamento

Viviamo in quella acutamente definita da Luciano Floridi come *Onlife* (FLORIDI, 2017, 67)¹. La produzione di dati è ormai incalcolabile, poiché è pacifico che la stessa dipenda non solo da attività svolte *online* ma anche *offline*² ed è sempre più alimentata dalla diffusione della c.d. *Internet of Things*³. Questo *trend* appare ormai inarrestabile: la costante produzione di dati deriva dalla relativa utilizzabilità in diversi settori, per il perseguimento tanto di esigenze “privatistiche” quanto “pubblicistiche”. In merito alle prime basti sol pensare che la produzione, raccolta ed aggregazione dei dati è “giustificata” dall’indiscutibile ingente valore economico degli stessi.⁴ In

¹ L’espressione *Onlife* è stata coniata da FLORIDI, (2017), 67 e recentemente richiamata da PAPA, (2020), 1.

² Si ricorda in merito anche l’episodio di cronaca relativo al presunto accordo segreto, volto allo scambio dei dati, tra un noto motore di ricerca e una nota società di carte di credito.

³ L’*Internet of Things* è stato definito come quel fenomeno che “consente di trasformare oggetti, come auto, edifici, ma anche televisori ed elettrodomestici, in beni tra loro strettamente connessi, capaci di immagazzinare, trattare e scambiare reciprocamente migliaia di dati al fine di garantire esperienze di consumo sempre più avanzate e personalizzate”. Così MESSINA, (2018), 3.

⁴ Richiamando le “celebri” V dei Big Data, è noto che grande rilievo è attribuibile alla V relativa al “Valore” dei dati, che giustifica non solo un costante investimento delle Big Tech nello sviluppo di tecnologie atte all’aggregazione e utilizzo dei dati, ma anche la parallela

merito alle seconde si ricorda che i dati sono oggi ampiamente utilizzati per il perseguimento di finalità prettamente pubblicistiche quali esigenze di trasparenza, esigenze di contrasto al terrorismo⁵ e alla criminalità organizzata e, soprattutto in tempi più recenti, per esigenze di contrasto alla diffusione della pandemia.⁶

In relazione allo specifico ambito pubblicistico appare evidente che il perseguimento di tali finalità, che pur consentirebbero un più “pervasivo” utilizzo dei dati, si pone in potenziale contrasto con la tutela della riservatezza e della protezione dei dati personali, in linea con i principi riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, nonché dalla Carta Costituzionale, cosicché la “ricerca” di un adeguato bilanciamento tra interessi che, come si approfondirà *infra* appaiono contrapposti “nel nuovo scenario digitale”⁷, è uno dei principali argomenti oggetto di recente attenzione della dottrina nazionale ed europea. Nello specifico ambito nazionale, al riconoscimento della “copertura costituzionale” di quelli che sono stati definiti come “nuovi diritti”, nell’ambito del catalogo di cui all’art. 2 Cost., si è, difatti, accompagnato un aumento delle “occasioni” in cui al legislatore e all’interprete è richiesto di operare un corretto bilanciamento di interessi.

Questa attività di bilanciamento, in mancanza di interventi legislativi che possano essere ritenuti adeguati e, soprattutto, tempestivi rispetto ad esigenze concrete poste dal rapido avanzamento tecnologico, è spesso domanda all’attività delle Corti.⁸ Non è un caso che, difatti, sia stato autorevolmente evidenziato che “parlare di ragionevolezza e di proporzionalità equivale a parlare del lavoro quotidiano della Corte costituzionale. I giudizi di ragione-

“sostituzione” di questi ai tradizionali “asset fisici” aziendali. In merito alla tematica della c.d. *data driven economy* si rinvia senza alcuna pretesa di esaustività a MAYER-SCÖNBERGER, RAMGE, (2018), *passim*. Tale tematica è connessa alla problematica relativa ad una costante “erosione” della base imponibile e all’attenzione su scala internazionale in merito alla necessità di trovare un’adeguata tassazione di tali “beni intangibili”. Per un approfondimento si rinvia, senza pretesa di esaustività a DEL FEDERICO, (2019), 485 ss.; CARPENTIERI, (2018), 351 e ss.; GALLO, (2016), 153 ss..

⁵ Per un approfondimento si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a DE MINICO, (2017), 1 ss..

⁶ In merito a quest’ultima esigenza di natura pubblicistica e all’utilizzo di dati raccolti con l’utilizzo di tecnologie di c.d. “*contact tracing*” si rinvia, per un approfondimento, a MESSINA, (2020), 431 ss..

⁷ In tal senso anche Corte Costituzionale, sentenza n. 20/2019, su cui *infra*.

⁸ In merito all’attività di bilanciamento tra diritti fondamentali si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, ZAGREBELSKY, (1992), *passim*; BIN, (1992), *passim*; MORRONE, (2014), *passim*.

volezza e proporzionalità, infatti, attraversano – esplicitamente o implicitamente – un grande numero di questioni che giunge all’esame della Corte, nell’esercizio di ogni sua funzione” (CARTABIA, 2013, 1)⁹.

Considerando, in particolare, che la tutela dei dati personali e della riservatezza sono, come anticipato, tutelati dalle Carte di natura costituzionale di diversi livelli nell’ambito della *multilevel governance*, la relativa tutela pone una questione di “doppia pregiudizialità”, in virtù della duplicità di rimedi esperibili.

Premesso ciò, il presente contributo mira a puntare il riflettore su una tematica solo recentemente attenzionata dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale nazionale¹⁰ relativo ad un peculiare interesse pubblicistico: il dovere di contribuire alle spese pubbliche e delle correlate esigenze di trasparenza e di contrasto all’evasione fiscale, per il perseguimento di quelle finalità solidaristiche e redistributive proprie delle moderne democrazie.

Maggiore attenzione a tale tematica e al relativo bilanciamento con la tutela dei dati personali è invece riscontrabile in altri ordinamenti, tra i quali si menzionerà quello spagnolo, dove tale interesse è stato suscitato da recenti interventi legislativi rilevanti in materia e, principalmente, adottati per cercare di assicurare un maggior gettito erariale volto a far fronte alla crisi finanziaria iniziata nel 2008¹¹.

L’obiettivo è di sollecitare la riflessione anche nazionale sul rilievo di tale tematica, soprattutto alla luce dei principi enunciati in una recente pronuncia della Corte costituzionale che, in tema di bilanciamento, ha sottolineato la necessità di un non più rinviabile intervento legislativo.

2. Dati per “finalità pubblicistiche”: il caso del “dovere di contribuire alle spese pubbliche”

Come anticipato, i dati trovano sempre maggiore applicazione nell’ambito di quelle attività volte al perseguimento di finalità di rilievo pubblicistico. Basti sol pensare al ricordato utilizzo dei dati per il perseguimento di

⁹ Per un approfondimento si rinvia a CARTABIA, (2013), 1 ss..

¹⁰ Tra i più recenti si ricordano CONTRINO, (2019), 7 ss. e FARRI, (2020), 115 ss..

¹¹ In tal senso OLIVARES OLIVARES, (2019a), 241 ss.. Per un approfondimento in merito alle politiche nazionali ed europee intraprese a far data dal 2008, si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a BILANCIA, (2014), 1 ss. e RAFFIOTTA, (2013), 344 ss..

obiettivi di contrasto al terrorismo internazionale, o, più di recente, per contrastare la diffusione della pandemia in corso.

Ma occorre sottolineare come l'utilizzo dei dati sia idoneo a consentire il perseguimento anche degli obiettivi di trasparenza dell'operato della Pubblica amministrazione, corollario del principio democratico. Connesso a quest'ultimo, un ruolo certamente centrale nell'ambito delle finalità pubblicistiche al perseguimento delle quali i dati possono fornire un rilevante "impulso", si pongono le esigenze di "giustizia fiscale" e della correlata attività di contrasto all'evasione fiscale.

È noto che tale ultimo obiettivo trova la propria origine nell'art. 53 Cost., "pietra angolare" (BORIA, 2006, 1050)¹² della nostra forma di stato democratico-pluralista, nonché proiezione, in ambito tributario, non solo dei principi di cui all'art. 3 Cost., ma anche di quel dovere di solidarietà economica, politica e sociale, di cui all'art. 2 della Carta costituzionale. Pur non potendosi in questa sede soffermare su una più approfondita analisi del concetto di capacità contributiva e del correlato principio di progressività, rispettivamente enunciati al primo e secondo comma dell'art. 53 Cost.¹³, ci si limita a evidenziare come emblematica, anche ai fini delle argomentazioni di cui al presente contributo, sia la "collocazione sistematica" di tale disposizione nell'ambito del testo costituzionale, in particolare in quanto situata nella Parte I, Titolo IV, dedicato ai "Rapporti politici" e, più in particolare, tra il dovere di difesa della patria (art. 52 Cost.) e il dovere di fedeltà alla Repubblica (art. 54 Cost.).

Orbene appare evidente che questa sola circostanza sarebbe di per sé sola già idonea a dimostrare l'assoluto rilievo che i Padri costituenti hanno voluto riconoscere a tali principi che, tuttavia, sono continuo oggetto di bilanciamento sia, storicamente, con il principio di libertà di iniziativa economica¹⁴ che, soprattutto in tempi più recenti, all'esito della riforma costituzionale del 2012, con esigenze di equilibrio di bilancio.¹⁵

¹² Per un approfondimento si veda BORIA, (2006a), 1050 ss..

¹³ Vastissima è la dottrina in merito all'analisi dei principi di cui all'art. 53 Cost., per il quale si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a FEDELE, (2013), 1035 ss.; FALSITTA, (2013), 761 ss.; GAFFURI, (2013), 975 ss.; GALLO, (2011), *passim*.

¹⁴ In merito alla riflessione sul rapporto tra i "diritti economici" e il principio di capacità contributiva si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a FEDELE, (2002), 31 ss.; LUCIANI, (2012), 831 ss..

¹⁵ Ampi sono i riferimenti bibliografici in materia, attribuibili tanto alla dottrina costituzionale, quanto tributaria, soprattutto in merito ai numerosi commenti a quelle definite come "sentenze di spesa" della Corte Costituzionale, tra le quali ci si limita a richiamare la sentenza

Ed oggi un nuovo bilanciamento appare sempre più necessario con le esigenze di tutela della riservatezza e di protezione dei dati personali.

La necessità di tale bilanciamento deriva dalla considerazione che l'ampio ricorso da parte dell'Amministrazione finanziaria alle tecnologie atte all'utilizzo dei dati dei contribuenti consentirebbe più "pervasive" attività di contrasto all'evasione fiscale, a fronte delle quali appare dunque sempre più necessaria una adeguata salvaguardia della sfera privata dei cittadini/contribuenti. L'attuale panorama, anche internazionale, dimostra come questi due – potenzialmente – contrapposti interessi debbano trovare un adeguato bilanciamento sotto due differenti profili: il primo nei confronti degli interessi della "collettività" e attinente al regime di trasparenza richiesto dalle moderne democrazie (*infra*) e il secondo relativo alla specifica attività accertativa dell'Amministrazione finanziaria.

Partendo da questa seconda prospettiva è utile ricordare, seppur brevemente, che l'utilizzo dei dati, il trattamento "automatizzato" degli stessi¹⁶ e il relativo utilizzo per lo svolgimento di accertamenti di tipo "presuntivo"¹⁷, non sono affatto una novità nel panorama tributario. Tuttavia, l'esponente quantità di dati oggi raccolti e conservati dall'Amministrazione finanziaria¹⁸ è idonea a rendere possibile per quest'ultima una importante ingerenza nella vita dei contribuenti. Si comprendono pertanto le motivazioni per le quali proprio l'attività dell'Amministrazione finanziaria è costantemente sotto i riflettori del Garante della protezione dei dati personali, soprattutto all'indomani dell'introduzione dell'obbligo generalizzato di fatturazione elettronica, nonché dall'affermarsi di nuovi istituti che, con l'obiettivo di contrastare l'evasione fiscale e di ridurre l'utilizzo del denaro contante, sono idonei

n. 10/2015, tra i cui commenti si ricordano, senza pretesa di esaustività DE MITA, (2016), 361 ss.; BUZZACCHI, (2017), 1 ss..

¹⁶ Il riferimento è alla disciplina dei c.d. controlli automatizzati e controlli formali, rispettivamente disciplinati agli artt. 36-*bis* e 36-*ter* del d.P.R. 600/1973, recante "Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi".

¹⁷ Il riferimento è all'accertamento sintetico, di cui all'art. 38, commi 4 e 5 d.P.R. 600/1973 e all'accertamento induttivo, di cui al successivo art. 39, comma 2. In merito al rapporto con il principio di capacità contributiva, si rinvia per un approfondimento a BASILAVECCHIA, (2012), 1107 ss..

¹⁸ Ci si riferisce ai dati che confluiscono nell'Anagrafe tributaria, nonché nell'Anagrafe dei rapporti finanziari, istituita con d.l. 201/2011. L'utilizzo dei dati di quest'ultima è oggetto di attenzione del Garante per la protezione dei dati personali. Per un approfondimento si rinvia alle autorevoli considerazioni di RAGUCCI, (2019), 261 ss..

a raccogliere una significativa quantità di dati, quali la c.d. “lotteria degli scontrini” e il c.d. “*cashback*” di Stato.

Basti sol pensare che, difatti, nell’ultimo Report pubblicato dal Garante, relativo all’attività dell’anno 2019¹⁹, si legge che “Particolarmente intensa è stata (...) la trattazione di una pluralità di tematiche di rilievo con riguardo ai trattamenti effettuati in ambito fiscale e tributario, rispetto ai quali (...) criticità sono state rilevate dall’Autorità in particolare in relazione all’osservanza del principio di pertinenza e non eccedenza”. Dunque, pur nella consapevolezza del rilievo primario che assumono le esigenze di contrasto all’evasione fiscale, l’*Authority* ha evidenziato la necessità che le misure adottate siano “proporzionate” rispetto al legittimo obiettivo perseguito.

In tal senso risulta emblematico il provvedimento con il quale nel luglio 2020,²⁰ richiamando dei propri precedenti provvedimenti,²¹ il Garante ha “bocciato” lo schema di provvedimento predisposto dall’Agenzia delle Entrate, sulla scorta delle modifiche di cui al c.d. “collegato fiscale” alla Legge di bilancio 2020²², in tema di conservazione e utilizzo dei dati presenti nelle fatture elettroniche. In particolare, il Garante ha espressamente chiarito che “La previsione della memorizzazione e dell’utilizzazione, senza distinzione alcuna, dell’insieme dei dati personali contenuti nei file delle fatture elettroniche, anche laddove si assicurino elevati livelli di sicurezza e accessi selettivi, risulta sproporzionata in uno stato democratico, per quantità e qualità delle informazioni oggetto di trattamento, rispetto al perseguimento del legittimo obiettivo di interesse pubblico di contrasto all’evasione fiscale perseguito”, concludendo, pertanto che “lo schema di provvedimento in esame disciplini un trattamento di dati in violazione degli artt. 5, par. 1., lett. a), 6, par. 3, 9, 10, 24 e 25 del Regolamento, riguardante, peraltro senza distinzione alcuna tra tipologie di informazioni o categorie di interessati e dati personali di dettaglio, anche ulteriori rispetto a quelli necessari a fini fiscali, relativi alla totalità della popolazione, non proporzionato all’obiettivo di interesse pubblico, pur legittimo, perseguito, non individuando, in ossequio ai principi di *privacy*

¹⁹ Per un approfondimento si rinvia al Report 2019 sull’attività del Garante della protezione dei dati personali, consultabile al *link* <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9428236>.

²⁰ Provvedimento adottato dal Garante per la protezione dei dati personali in data 9 luglio 2020.

²¹ Il riferimento è ai provvedimenti resi dal Garante per la protezione dei dati personali in data 15 novembre e 20 dicembre 2018.

²² D.l. 26 ottobre 2019, n. 124, recante “Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili”, convertito in l. 19 dicembre 2019, n. 157.

by design e *by default*, misure di garanzia adeguate per assicurare la protezione dei dati, anche in relazione a quelli di cui agli artt. 9 e 10 del Regolamento”.

3. Esigenze di trasparenza finanziaria: tra Italia e Spagna

Per quanto attiene invece il primo profilo di interesse richiamato, in ambito finanziario, le esigenze di trasparenza, e di correlato contrasto all'evasione, sono oggi fortemente sentite soprattutto dall'indomani dei celebri “scandali finanziari” di rilievo internazionale, quali la c.d. “Lista Falciani” e il caso dei c.d. “*Panama papers*”²³.

In tema di trasparenza relativa alla pubblicazione dei dati reddituali dei contribuenti nel contesto italiano, occorre fare un passo indietro nel tempo per ricordare – seppur brevemente – che in Italia, all'indomani della riforma tributaria e del conseguente avvento della c.d. “fiscaltà di massa”, all'obbligo generalizzato di presentazione della dichiarazione dei redditi si accompagnava la previsione della pubblicità dei dati fiscali di tutti i contribuenti, secondo quanto previsto dall'originaria formulazione dell'art. 69 del richiamato d.P.R. 600/1973. La disposizione si poneva in linea con quell'idea di trasparenza e “collaborazione” che avrebbe dovuto orientare il rapporto tra Amministrazione finanziaria e contribuenti, secondo quanto “desiderato” da uno dei Padri costituenti che fu proprio l'ideatore della riforma in questione, Ezio Vanoni²⁴.

Del resto, per quel che attiene la presente analisi, è opportuno ricordare che tale previsione si inseriva in un contesto storico, economico e sociale caratterizzato, da un lato, dalla quasi inesistente informatizzazione dell'operato dell'Amministrazione finanziaria e, dall'altro, dal perseguimento di un potenziale effetto di deterrenza dal compimento di possibili illeciti che una simile disposizione era idonea a perseguire. Difatti, tale “pubblicità”, realizzata mediante la predisposizione di elenchi comunali dei contribuenti che avevano presentato la dichiarazione con l'indicazione dei relativi redditi (lordi e netti), consentiva a “chiunque ne avesse interesse” di prenderne visione.

²³ Per un approfondimento si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività alle riflessioni di MARCHESELLI, (2011), 3910 ss.; e CARACCIOLI, (2016), 50 ss..

²⁴ Il riferimento è alla l. 11 gennaio 1951, n. 25, recante “Norme sulla perequazione tributaria e sul rilevamento fiscale straordinario”, cui è seguito il d.P.R. 8 febbraio 1951, n. 51, anche denominata in suo onore “Legge Vanoni”, e che è stata poi di ispirazione alle successive riforme tributarie, con peculiare riferimento alla successiva Riforma del 1971. Per una più approfondita analisi sul pensiero di Ezio Vanoni, si vedano, tra gli altri, FORTE, (2003), 1 ss.; MARONGIU, (2016), *passim*.

Questa disposizione era dunque potenzialmente idonea a ingenerare sia il timore di una possibile riprovevolezza morale, quanto di possibili delazioni da parte della collettività a fronte di comportamenti evasivi.²⁵

Tale disciplina è stata oggetto di successive modifiche e di un notevole ridimensionamento sia per quanto attiene il novero dei soggetti i cui redditi sono oggetto di “pubblicità” sia delle informazioni pubblicabili²⁶, per poi trovare abrogazione implicita ad opera del regolamento di delegificazione del 1998.²⁷ Tuttavia, nelle more, ha continuato a costituire una idonea base giuridica atta a legittimare la pubblicazione dei dati reddituali di determinate categorie di contribuenti.

Oggi, in Italia, tale pubblicità attiene la posizione reddituale di determinati soggetti che rivestono ruoli politici e dirigenziali in ambito pubblico²⁸ e, dunque, per i quali le esigenze di trasparenza e gli interessi della collettività tendono a prevalere su quelli individuali di riservatezza, e le relative disposizioni legislative trovano applicazione in qualità di *lex specialis*. In questo contesto si comprende sia la *ratio* alla base della disposizione di cui al d.lgs. n. 33/2014²⁹, art. 14, comma 1, lett. f), che opera un espresso richiamo alla legge del 1982, sia il fatto che, come si approfondirà *infra*, il successivo comma 1-*bis* sia, seppur parzialmente, caduto sotto la scure di una recente pronuncia della Corte Costituzionale³⁰, proprio perché in quest’ultimo caso – rileva la Consulta – verrebbe meno la *ratio* del necessario regime di pubblicità, rendendo così la misura sproporzionata.

²⁵ Per un approfondimento sul tema si rinvia diffusamente a BORIA, (2006b), 183 ss.

²⁶ Il riferimento è principalmente alla legge n. 413 del 30 dicembre 1991, recante “Disposizioni per ampliare le basi imponibili, per razionalizzare, facilitare e potenziare l’attività di accertamento; disposizioni per la rivalutazione obbligatoria dei beni immobili delle imprese, nonché per riformare il contenzioso e per la definizione agevolata dei rapporti tributari pendenti; delega al Presidente della Repubblica per la concessione di amnistia per reati tributari; istituzioni dei centri di assistenza fiscale e del conto fiscale”.

²⁷ D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322, recante “Regolamento recante modalità per la presentazione delle dichiarazioni relative alle imposte sui redditi, all’imposta regionale sulle attività produttive e all’imposta sul valore aggiunto, ai sensi dell’articolo 3, comma 136, della legge 23 dicembre 1996, n. 662”.

²⁸ Ci si riferisce alle disposizioni di cui alla legge 5 luglio 1982, n. 441, recante “Disposizioni per la pubblicità della situazione patrimoniale di titolari di cariche elettive e di cariche direttive di alcuni enti”.

²⁹ D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”.

³⁰ Il riferimento è alla Corte Costituzionale, sentenza n. 20/2019, che si approfondirà nel successivo paragrafo 4.

Tale tematica appare oggi di estremo rilievo in ambito europeo e internazionale, soprattutto alla luce di alcune iniziative, adottate in particolare all'indomani della diffusione della crisi finanziaria del 2008, volte al perseguimento di finalità di trasparenza e di contrasto all'evasione fiscale intraprese da alcuni Stati, tra i quali anche Stati membri dell'Unione Europea, nonché diversi Paesi di cultura anglosassone.³¹ Il riferimento è a quelle disposizioni che consentono la pubblicazione di liste di evasori fiscali, dunque di coloro che non contribuiscono, o almeno non quanto dovrebbero, alle spese pubbliche. Sicuramente si tratta di disposizioni che, sulla scia del celebre “*name and shame*”³² di matrice anglosassone, sono anche volte a disincentivare e scoraggiare l'assunzione di comportamenti evasivi, per evitare di essere esposti al ludibrio pubblico, soprattutto oggi che, tramite la rete internet, il discredito avrebbe portata globale e temporalmente (potenzialmente) illimitata. Del resto proprio in tempi recenti si assiste all'affermazione anche di altri istituti volti al perseguimento della medesima finalità, si pensi al c.d. *tax whistleblower*.³³

In tal senso, di estremo rilievo si presenta la disposizione di cui all'art. 95 *bis* della LGT – *Ley General Tributaria* spagnola.³⁴ Tale articolo è stato introdotto nell'impianto della LGT nel 2015³⁵ e prevede la possibilità di pubblicare sul sito dell'Amministrazione finanziaria spagnola una lista dei “grandi” evasori di tributi erariali.³⁶ Tuttavia, già all'indomani dell'entrata in vigore di tale disposizione e della pubblicazione della prima lista in questione sul sito ufficiale dell'*Agencia Estatal de la Administración Tributaria*, la dottrina

³¹ A titolo esemplificativo e non esaustivo si menzionano: Spagna, Francia, Ungheria, Grecia, Portogallo, Regno Unito, Australia e alcuni stati degli Stati Uniti d'America. Per un'analisi comparata e un confronto tra la disciplina di alcuni Stati membri, si rinvia a OLIVARES OLIVARES, (2019a), 241 ss..

³² Per un approfondimento sulla disciplina del “*name and shame*” in ambito tributario si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività e salvo ulteriori e specifici riferimenti delle ulteriori note bibliografiche, a DENGEL, TREBER, (2018), 1 ss. e CORICELLI, RUSCONI, VILLEVAL, (2014), 49 ss..

³³ Per un approfondimento sulla disciplina del *tax whistleblower* si rinvia a MARINO, (2020), 695 ss..

³⁴ Ley n. 83/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

³⁵ Ley n. 34/2015, de 21 septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Per un commento alla riforma si rinvia a ROZAS VALDÉS, (2015); GUERVÓS MAÍLLO, (2016), 271 ss.

³⁶ In merito all'art. 95 *bis* LGT, si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività e salvo più specifici rinvii operati nelle successive note, ROZAS VALDÉS, (2015); GUERVÓS MAÍLLO, (2016), 271 ss.; ABERASTURI GORRIÑO, (2017), 77 ss..

spagnola aveva rilevato come “*la difusión de aspectos reservados del comportamiento de dichos incumplidores plantea una posible colisión entre el deber de contribuir al contenimiento de los gastos públicos y otro derechos constitucionales*” (OLIVARES OLIVARES, 2016, 167).³⁷

L’obiettivo perseguito dal legislatore spagnolo, secondo quanto specificato nel preambolo di tale testo legislativo, era dunque quello di “rinviare” la portata del principio di cui all’art. 31.1 Costituzione spagnola che, parallelamente all’art. 53 della Costituzione italiana, prevede l’obbligo di contribuire alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva, in chiave prettamente solidaristica. Difatti anche la dottrina spagnola sottolinea che “*la configuración del deber de contribuir se ha diseñado como una manifestación del principio de solidaridad que subyace en los valores fundamentales del ordenamiento constitucional*” (VAQUERA GARCÍA, 2017, 105).³⁸

È stato altresì evidenziato che la disposizione introdotta nel 2015 nell’ordinamento spagnolo “*prevé un nuevo fin: la búsqueda de la transparencia de la actividad pública*” (OLIVARES OLIVARES, 2016, 168).³⁹ Difatti, nel citato preambolo della Ley n. 34 si legge testualmente che “*la medida consistente en la publicación de listados de deudores que se incorpora en la Ley 83/2003 (...) General Tributaria hay que enmarcarla en la orientación de la lucha contro el fraude fiscal a través del fomento de todo tipo de instrumentos preventivos y educativos que coadyuven al cumplimiento voluntario de los deberes tributarios, en la pronunciación del desarrollo de una auténtica conciencia cívica tributaria así con en la publicidad activa derivada de la transparencia en la actividad pública en relación con la información cuyo conocimiento resulte relevante*”.

Appare opportuno ricordare che la versione definitiva del testo di legge è stata oggetto di parziale modifica all’esito del confronto, tra gli altri, con il Garante per la protezione dei dati personali spagnolo, all’esito del quale la netta prevalenza dell’interesse pubblico di contrasto all’evasione, di cui all’originaria formulazione del testo di legge, è stata oggetto di un più opportuno bilanciamento. Pertanto, il testo definitivo dell’art. 95 *bis* prevede sì la pubblicazione dei dati dei “grandi evasori” di tributi erariali, ma – sebbene

³⁷ Per un approfondimento si rinvia a OLIVARES OLIVARES, (2016), 167.

³⁸ Per un approfondimento si rinvia a VAQUERA GARCÍA, (2017), 105. In merito al principio di capacità contributiva nell’ordinamento spagnolo si vedano anche, senza alcuna pretesa di esaustività, ESCRIBANO LÓPEZ, (1988), *passim* e ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, (1983), *passim*.

³⁹ Il riferimento è ancora a OLIVARES OLIVARES, (2016), 168.

solo parzialmente – ne limita la “severità” sia prevedendo la necessità di offrire un “ponte d’oro” al contribuente, al quale deve essere data notizia almeno dieci giorni prima della pubblicazione di tale lista, ma anche prevedendo espressamente che la “*publicación se efectuará en todo caso por medios electrónicos, debiendo adoptarse las medidas necesarias para impedir la indexación de su contenido a través de motores de búsqueda en Internet y los listados dejarán de ser accesibles una vez transcurridos tres meses desde la fecha de publicación*”. Pur dovendosi rilevare le potenzialità disincentivanti di tale disciplina, la dottrina ha evidenziato come la stessa – dopo quattro anni dalla sua entrata in vigore – si sia dimostrata poco efficace, con ciò sollevando dubbi in merito alla proporzionalità della stessa, rispetto al “sacrificio” richiesto alla protezione dei dati personali, poiché “*esta medida resulta poco adecuada desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad constitucional respecto del derecho a la protección de los datos de carácter personal para alcanzar las finalidades enunciadas por el legislador*” (OLIVARES OLIVARES, 2019, 95)⁴⁰.

Deve tuttavia segnalarsi che i condivisibili timori della dottrina spagnola sembrerebbero oggi “smentiti” da una recente decisione, sebbene non unanime, della Corte di Strasburgo⁴¹ che, chiamata a pronunciarsi sulla (simile) disposizione di diritto ungherese che prevede la pubblicazione di liste evasori sul sito della relativa Amministrazione finanziaria, ha rilevato che la misura non integrerebbe una violazione dell’art. 8 della CEDU, così – implicitamente – confermando l’“adeguatezza” anche di quanto accade in Spagna, nonché in altri ordinamenti.

4. Una ipotesi di “doppia pregiudizialità”: il bilanciamento tra dati per finalità pubblicistiche e tutela della riservatezza nel “dialogo tra le Corti”

Appare chiaro che in una società “datocentrica”, quale potrebbe essere definita quella contemporanea, tali esigenze di trasparenza, anche finanziaria, si trovano in potenziale contrasto con le esigenze di tutela dei dati personali.

⁴⁰ Per un approfondimento si rinvia a OLIVARES OLIVARES, (2019b), 95.

⁴¹ Il riferimento è alla recente sentenza resa dalla Corte Europea dei diritti dell’Uomo, *Case of L.B. v. Hungary*, del 12 gennaio 2021, con la quale la Corte ha rilevato che la misura in questione “*could not be considered serious intrusion into the applicant’s personal sphere. (...) the Court considers that the publication fell within the respondent State’s margin of appreciation. (...) It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention*”. Per approfondimento sia consentito rinviare a TOMO, (2021), 1-19.

Pertanto, considerando che non esistono “diritti tiranni”⁴², la necessità di bilanciamento tra il “nuovo diritto” di tutela dei dati personali e gli “opposti” interessi *lato sensu* pubblicistici – tra i quali vi è anche il “dovere di concorrere alle spese pubbliche” – è fortemente sentita sia in ambito nazionale che europeo, anche all’indomani dell’entrata in vigore del Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (c.d. *GDPR*) ed è all’attenzione della giurisprudenza delle Corti nazionali ed europee.

In particolare, per quel che attiene il presente contributo, appare doveroso ricordare brevemente che, come anticipato, la tutela della riservatezza dei dati personali si presenta come una tematica idonea ad ingenerare una duplicità di rimedi, ponendo dunque una questione di “doppia pregiudizialità” poiché la relativa tutela trova espresso riconoscimento tra i diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza, agli articoli 7 e 8, all’art. 8 della CEDU ed è infine ormai pacifico che la stessa trovi tutela anche nel dettato costituzionale italiano, nel catalogo di cui all’art. 2 Cost..

La tematica dell’individuazione di un corretto bilanciamento di questo diritto con altri diritti potenzialmente contrapposti, si pone come questione centrale nell’ambito dell’attuale “dialogo tra le Corti”,⁴³ nel quale però non paiono registrarsi posizioni discordanti tra pronunce interne della Corte costituzionale e principi enunciati dalla Corte di giustizia.

In particolare il riferimento è ad una nota e recente sentenza resa dalla Corte costituzionale italiana⁴⁴ con la quale, come anticipato, è stata dichiarata l’incostituzionalità della disposizione di cui al comma 1 *bis*, dell’art. 14, d.lgs. 33/2014. Si ricorda brevemente che tale disposizione prevedeva, nell’ambito di una misura in tema di trasparenza e contrasto alla corruzione, l’equiparazione degli obblighi di trasparenza gravanti sui titolari di incarichi politici, ai sensi del primo comma⁴⁵, anche ai titolari di incarichi dirigenziali in ambito pubblico. In particolare questa disposizione è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui prevedeva tale equiparazione con riferimento

⁴² Il riferimento è alla nota espressione della Corte Costituzionale di cui alla “celebre” sentenza n. 85/2013.

⁴³ In merito al “dialogo tra le Corti”, merita di essere ricordata la celebre “saga Taricco”, per la quale si rinvia, senza pretesa di esaustività a GARCÍA VITORIA (2017), 193 ss.; ALFANO, (2018), 945 ss..

⁴⁴ Ci si riferisce alla citata Corte Costituzionale, sentenza n. 20/2019. Numerosi i commenti alla sentenza, tra i quali si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a PIZZETTI, (2019), 11 ss.; NICOTRA, (2019), 2 ss.; FANTI, (2020), 34 ss..

⁴⁵ In particolare, si ricorda che l’art. 14, comma 1, lett. f), del d.lgs. 33/2014 opera un espresso richiamo alla citata legge n. 441/1982.

ai dati di cui al comma 1, lett. f), ovvero dati della dichiarazione dei redditi e situazione patrimoniale, relativi al soggetto interessato, nonché al coniuge e ai parenti entro il secondo grado.

Orbene la pronuncia in questione risulta di peculiare interesse per un duplice ordine di ragioni. *In primis* poiché con questa sentenza la Corte costituzionale ha confermato quella recente tendenza “centripeta” del proprio giudizio, in contrapposizione a precedenti tendenze “centrifughe” che in tempi più risalenti spingevano la Consulta a favorire il giudizio delle Corti sovranazionali⁴⁶ in caso di “doppia pregiudizialità”. È stato in merito autorevolmente osservato che la Corte ha così compiuto “un’operazione complessivamente riuscita: superando una fase ‘buia’ (...) la Corte costituzionale si è inserita nel circuito di protezione dei diritti fondamentali, mettendo a disposizione le proprie tutt’altro che trascurabili risorse” (LUPO, 2019, 25).⁴⁷ Da questo punto di vista la sentenza si iscrive dunque in quel solco tracciato dal celebre *obiter dictum* della sentenza n. 269/17 in virtù del quale “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”. È noto che tale sentenza era già stata oggetto di ampia attenzione non solo da parte della dottrina italiana⁴⁸, ma anche di autorevole dottrina spagnola che ne aveva evidenziato la portata innovativa rilevando che “*la Sentencia añadió una regla especial (...) para los casos en los que una norma o actuación infrinjan simultáneamente la Constitución y la Carta de Derechos Fundamentales. (...) La Sentencia modificó este punto de su jurisprudencia previa y estableció la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, permitiendo a la Corte intervenir con eficacia ‘erga omnes’, juzgando el caso desde el doble parámetro, constitucional y europeo*” (GARCÍA VITORIA, 2018, 150).⁴⁹ L’intento della Corte pare dunque essere stato quello di perseguire una “manutenzione della giustizia costituzionale” (LUPO, 2019, 4)⁵⁰ derivante da quella definita dalla dottrina come “fondata preoccupazione della Cor-

⁴⁶ Per un approfondimento si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a CERRUTI, LOSANA, (2014), 543 ss..

⁴⁷ Per un approfondimento si rinvia a LUPO, (2019), 25.

⁴⁸ Tra i numerosi commenti alla Corte costituzionale, sentenza n. 269/2017, si ricordano, senza alcuna pretesa di esaustività GARCÍA VITORIA (2017), 139 ss.; SCACCIA, (2018), 1 ss..

⁴⁹ Per un approfondimento in merito alla riflessione della dottrina spagnola sul ruolo delle Corti costituzionali in relazione alla tutela in ambito europeo dei diritti fondamentali si rinvia a GARCÍA VITORIA, (2018), 150.

⁵⁰ L’espressione è riportata da LUPO, (2019), 4.

te costituzionale di evitare che siano i giudici comuni a disapplicare le fonti interne ritenute contrastanti con la Carta di Nizza, perché tale soluzione porta con sé due conseguenze: quella di attribuire a quei medesimi giudici il compito di effettuare un controllo ‘di costituzionalità’, e, per di più, di farlo con effetti *inter partes*, alimentando il tal modo l’incertezza del quadro normativo” (BIONDI, 2019, 6).⁵¹

Con la successiva sentenza n. 20/2019 la Corte, pur ridimensionando la portata delle posizioni assunte nel proprio precedente, ha dunque ribadito l’importanza del proprio intervento in quanto volto ad adottare una decisione che produca effetti *erga omnes*, nonché, nel merito, “spingendosi oltre” sottolineando espressamente, in maniera quasi “monitoria”, la necessità di un chiaro intervento legislativo in materia di bilanciamento tra tutela dei dati personali e esigenze democratiche di trasparenza.

Premesso ciò deve proseguirsi evidenziando che, difatti, anche nel merito, tale pronuncia risulta di peculiare rilievo in virtù delle argomentazioni che la Corte utilizza per giungere alla declaratoria di incostituzionalità. In particolare la Consulta sottolinea che “la disciplina legislativa censurata (...) opera (...) su un terreno nel quale risultano in connessione – e talvolta anche in visibile tensione – diritti e principi fondamentali”. Ma il punto che sembra cruciale nella riflessione della Corte, ai fini del presente contributo, appare quello nel quale la stessa si mostra perfettamente consapevole della peculiarità dell’attuale contesto *Onlife*, poiché evidenzia che “I diritti alla riservatezza e alla trasparenza si fronteggiano soprattutto nel nuovo scenario digitale”. Orbene si tratta della contrapposizione di due diritti testualmente definiti “di rango costituzionale” il cui relativo bilanciamento deve tener conto, da un lato, dell’impossibilità di riconoscere l’automatica prevalenza dell’obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali, per pacifico orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵² e, dall’altro, dall’impossibilità di riconoscere che il diritto alla protezione dei dati personali possa costituire una prerogativa assoluta, secondo quanto disposto dal Considerando n. 4 GDPR⁵³, che, difatti, menziona espressamente la necessità di ricorrere al principio di proporzionalità.

⁵¹ Per un ulteriore approfondimento si rinvia a BIONDI, (2019), 6.

⁵² In tal senso, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza 9 novembre 2010, cause riunite C-92/2009 e C-93/2009, *Volker und Markus Schecken e Eifert*, punto 85.

⁵³ Il Considerando n. 4 prevede testualmente che: “Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell’uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Il

Dunque il Giudice delle leggi, nel riconoscere la necessità di salvaguardare la protezione dei dati personali e dichiarando l'incostituzionalità derivante dalla "sproporzionatezza" della citata misura, assume una decisione che non si discosta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e, almeno fino a tempi più recenti, dalla Corte di Strasburgo. In particolare il riferimento è ai *leading cases* in tema di *data retention* in ambito pubblicitario, quali le celebri *Digital Rights Ireland*⁵⁴ e *Tele2 Sverige/Watson*⁵⁵, con i quali la Corte, riconoscendo ampio valore alle disposizioni di cui ai citati articoli 7 e 8 della Carta di Nizza ha, rispettivamente, dapprima dichiarato l'illegittimità della c.d. "direttiva Frattini"⁵⁶, e, conseguentemente, l'illegittimità delle normative nazionali di recepimento di tale direttiva, vincolando, tanto il legislatore europeo, quanto quelli nazionali al rispetto dei principi di proporzionalità e necessità.

Tali principi erano stati, del resto, confermati dalla stessa Corte di giustizia anche in ambiti differenti, basti pensare agli altrettanto celebri casi *Google Spain*⁵⁷, in tema di diritto all'oblio e *Scherms*⁵⁸, in merito all'accordo "*Safe Harbor*" e confermati oggi anche nella più recente sentenza *Scherms II*⁵⁹, in merito all'accordo "*Privacy Shield*". Avevano, inoltre, trovato accoglimento anche nella giurisprudenza della Corte EDU⁶⁰.

Così facendo la Corte costituzionale, operando un adeguato bilanciamento, ha ritenuto che la misura censurata "non risponde alle due condizioni

presente regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica."

⁵⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*

⁵⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige/Watson*.

⁵⁶ Direttiva UE 2006/24.

⁵⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 13 maggio 2014, C-131/2012, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de datos e Mario Costeja González*.

⁵⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 6 ottobre 2016, C-362/2014, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*.

⁵⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 16 luglio 2020, C-311/2018, *Maximilian Schrems, Facebook Ireland Ltd. c. Data Protection Commissioner*.

⁶⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo alla sentenza 28 novembre 2017, *Antovi and Mirkovi c. Montenegro*.

richieste dal *test* di proporzionalità: l'imposizione di oneri non sproporzionati rispetto ai fini perseguiti, e la scelta della misura meno restrittiva dei diritti che si fronteggiano". Questo poiché alla "alla compressione – indiscutibile – del diritto alla protezione dei dati personali non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento" delle esigenze di trasparenza perseguite. Viceversa la Corte evidenzia come si corra il "rischio" di generare "opacità per confusione", circostanza questa idonea a rendere la misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di natura pubblicistica, pur legittimo, perseguito.

5. Quale bilanciamento?

In uno dei c.d. *leading cases* richiamati della Corte di Giustizia, caso *Tele 2 Sverige/Watson*, le conclusioni rese dall'Avvocato Generale avevano testualmente riportato una celebre citazione di James Madison, tratta dai "*Federalist papers*", in virtù della quale "se gli uomini fossero angeli, nessun governo sarebbe necessario. Se gli angeli governassero gli uomini, nessun controllo – esterno o interno – sul governo sarebbe necessario. Nel prefigurare un governo di uomini nei confronti di altri uomini, questa è la difficoltà più grande: prima bisogna permettere al governo di controllare i governati, poi obbligare il governo a controllare se stesso" (MADISON, 1788, 120).⁶¹

Dalle parole di Madison, Padre costituente statunitense, emerge la necessità di un costante bilanciamento tra interessi di governanti e governati; necessità di bilanciamento tra diritti fondamentali che, nell'ordinamento italiano ha trovato pacifica conferma nella "celebre" sentenza della Corte costituzionale, sul c.d. "caso Ilva"⁶² nella quale si legge che "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. (...). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".

⁶¹ La citazione è di MADISON, (1788), 120, tratta dai "*Federalist Papers*", in particolare, *Federalist no. 51*. La stessa è stata testualmente riportata dall'Avvocato Generale nelle conclusioni di cui alla causa *Tele2 Sverige/Watson* ed è stata richiamata più volte dalla dottrina che ha commentato la sentenza in questione. Il riferimento è principalmente rivolto al commento di POLLICINO, BASSINI (2017), 1 ss..

⁶² Corte Costituzionale, sentenza n. 83/2013.

E difatti, l'attività di bilanciamento di interessi, intesa quale "tecnica di composizione di interessi o diritti in conflitto" che "deriva dall'immagine della 'bilancia' ed evoca l'idea della pesatura (...)" (MORRONE, 2008, 185)⁶³, è stata autorevolmente definita da Gustavo Zagrebelsky come il "pane quotidiano" della Corte Costituzionale.⁶⁴ Si deve infatti all'attività "creatrice" della Corte la definizione di quei "paletti" che devono orientare l'interprete nell'adempimento del c.d. "test di proporzionalità": "nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango"⁶⁵.

Oltre a costituire un rilevante argomento di dialogo tra le Corti nazionali ed europee, la ricerca di un adeguato bilanciamento interessa sempre più anche l'attività di monitoraggio delle Autorità garanti della tutela dei dati personali. Difatti, come ricordato, nel panorama italiano il Garante della protezione dei dati personali è chiamato con frequente cadenza a fornire pareri in merito alla legittimità di provvedimenti adottati dalle Pubbliche amministrazioni, tra le quali anche quella finanziaria, volti ad evitare che "la trasparenza dell'amministrazione si tramuti nella trasparenza delle persone"⁶⁶.

Con specifico riferimento alla materia finanziaria le criticità evidenziate inducono a ritenere come il rilievo rivestito nel contesto costituzionale dall'obbligo di contribuire alle spese pubbliche e l'effettività che potrebbe derivare in tal senso da un più pervasivo utilizzo dei dati – sia da parte dell'Amministrazione finanziaria che dei consociati – si "scontra" con esigenze di tutela della riservatezza e di tutela dei dati personali.

Appaiono dunque mutuabili alle peculiarità di questo specifico settore gli insegnamenti di cui al recente arresto della Consulta che ha evidenziato la centralità del principio della proporzionalità al fine di operare un corretto bilanciamento di interessi. In particolare dall'immagine dell'"opacità per confusione" evocata dalla Corte può trarsi qualche prima conclusione rilevante proprio nel settore fiscale. Difatti tale "opacità" potrebbe minare anche l'effettività dell'azione accertativa dell'Amministrazione finanziaria, rendendo la raccolta e conservazione di grandi quantità di dati sproporzionata.⁶⁷

⁶³ Per un approfondimento si rinvia a MORRONE, (2008), 185.

⁶⁴ Tale citazione è riportata da PADULA, (2015), 2.

⁶⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 143/2013.

⁶⁶ Garante protezione dei dati personali, parere n. 92/2017.

⁶⁷ Deve comunque osservarsi che il cui relativo test deve oggi tenere in considerazione

In tal senso appare rilevante richiamare un Report redatto dalla Corte dei conti⁶⁸ che ha evidenziato, già prima dell'entrata in vigore dell'obbligo generalizzato di fatturazione elettronica e dei nuovi strumenti richiamati, un importante sottoutilizzo dei dati che la stessa aveva a disposizione. Di conseguenza si comprendono le citate ragioni che hanno indotto il Garante, prima nel 2018 e nuovamente nel 2020, a dichiarare sproporzionati alcuni provvedimenti adottati dall'Amministrazione finanziaria in tema di conservazione dei dati di rilievo "non fiscale" delle fatture elettroniche.

Del resto il timore di adozione di misure sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito emergono anche dalla richiamata declaratoria di incostituzionalità relativa alla pubblicazione di dati fiscali di determinate categorie di contribuenti, quanto dalle disposizioni quali quella dell'ordinamento spagnolo che dispongono la pubblicazione delle liste di contribuenti morosi. In tal senso come rilevato anche dalla dottrina spagnola "*La doctrina jurídica española ha puesto de relieve las carencias del listado y la injerencia que puede suponer en bienes constitucionalmente protegidos como los derechos la intimidad, el honor y la protección de los datos de carácter personal. Ello conlleva que el juicio de proporcionalidad (...) adquiera un especial interés y su superación sea necesaria para la validez del listado*" (OLIVARES OLIVARES, 2019, 86).⁶⁹

Questa problematica ricorda i rischi posti dalla diffusione delle informazioni in rete, "l'indicizzazione e la libera rintracciabilità sul web rischiano di 'stimolare forme di ricerca ispirate unicamente all'esigenza di soddisfare mere curiosità'. Vi è il rischio di favorire, anziché il diritto all'informazione, una sorta di 'voyeurismo digitale' e nello stesso tempo di alimentare la diffidenza nei confronti della pubblica amministrazione" (NICOTRA, 2019b, 14).⁷⁰

È doveroso però nuovamente ricordare il recente orientamento assunto – sebbene non all'unanimità – dalla Corte di Strasburgo, in merito alla "proporzionalità" di normative statali che prevedano la pubblicazione, anche in rete, di liste di evasori, rispetto alla tutela della riservatezza di cui all'art. 8 CEDU.

Appare pertanto opportuno, in virtù della delicatezza degli interessi in gioco concordare con quanti hanno autorevolmente sottolineato la necessità

che, ad un incremento dei dati a disposizioni dell'Amministrazione finanziaria, si affianca un importante progresso delle tecnologie atte ad un sempre più efficace utilizzo degli stessi.

⁶⁸ Corte dei Conti, Delibera n. 11/2017/G, report intitolato "L'utilizzo dell'Anagrafe dei rapporti finanziari ai fini dell'attività di controllo fiscale".

⁶⁹ Per un ulteriore approfondimento si rinvia nuovamente a OLIVARES OLIVARES (2019b).

⁷⁰ Per un approfondimento si rinvia a NICOTRA (2019).

di adottare un *definitional balancing* (LUCIANI)⁷¹. Del resto, come anticipato, è la stessa Corte costituzionale che ha evidenziato, in maniera quasi “monitoria”, l’opportunità di evitare continui interventi giurisprudenziali *ad hoc*, rilevando che “non spetta a questa Corte indicare la soluzione più idonea a bilanciare i diritti antagonisti, rientrando la scelta dello strumento ritenuto più adeguato nella ampia discrezionalità del legislatore”⁷².

Riferimenti bibliografici

- ABERASTURI GORRIÑO, U. (2017). La lista de deudores en la reforma de la Ley general tributaria. Una cuestión de transparencia?. *Revista de internet, derecho y política*, n. 24, 77-91.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. (1983). Artículo 31. El gasto público. In Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*. Tomo III. Edersa. Madrid.
- ALFANO, R. (2018). La vicenda Taricco: controlimiti, principio di legalità ed effettività del sistema sanzionatorio tributario interno. *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 4, 945-966.
- BASILAVECCHIA, M. (2012). Metodi di accertamento e capacità contributiva. *Rassegna tributaria*, n. 5, 1107 ss..
- BILANCIA, P. (2014). Il governo dell’economia tra stati e processi di integrazione europea. *Rivista AIC*, n. 3, 1-13.
- BIN, R. (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Giuffrè. Milano.
- BIONDI, F. (2019). Quale dialogo tra le Corti?. *Federalismi.it*, n. 18, 1-15.
- BORIA, P. (2006a). Commento all’art. 53 della Costituzione. In Bifulco, R.; Celotto, A.; Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*. Utet. Torino.
- BORIA, P. (2006b). La *privacy* dei contribuenti e la dichiarazione tributaria. *Rivista di diritto tributario*, n. 3, 183-203.
- BUZZACCHI, C. (2017). «Capacità contributiva» e «progressività» alla prova dell’equilibrio di bilancio. *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 1-27.
- CARACCIOLI, I. (2016). “Lista Falciani” e “Panama Papers”: esiste una gerarchia tra le norme costituzionali?. *Rivista di diritto tributario*, n. 4, 50 ss..
- CARPENTIERI, L. (2018). La crisi del binomio “diritto-territorio” e la tassazione delle imprese multinazionali. *Rivista di diritto tributario*, n. 4, 351 ss..
- CARTABIA, M. (2013). I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurispru-

⁷¹ In tal senso LUCIANI, (1989), 634 ss..

⁷² Così, ancora, Corte costituzionale, sentenza n. 20/2019.

- denza costituzionale italiana. *Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*. Roma.
- CERRUTI, T.; LOSANA, M. (2014). La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale: nuove prospettive e vecchie incertezze. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 534-564.
- CONTRINO, A. (2019). Banche dati tributarie, scambio di informazioni fra autorità fiscali e “protezione dei dati personali”: quali diritti e tutela per i contribuenti?. *Rivista di diritto tributario online*, n. 1, 7 ss..
- CORICELLI, G.; RUSCONI, E.; VILLEVAL, M. C. (2014). Tax evasion and emotions: An empirical test of re-integrative shaming theory. *Journal of economic Psychology*, n. 40, 49-61.
- DE MINICO, G. (2017). La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il *lawmaker* e il giudice. *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 1-19.
- DE MITA, E. (2016). Il conflitto tra capacità contributiva ed equilibrio finanziario dello Stato. *Rassegna tributaria*, n. 3, 561 ss..
- DEL FEDERICO, L. (2019). Le nuove forme di tassazione della *digital economy* ed i limiti delle scelte legislative nazionali: la prospettiva italiana ed europea. In Glendi, C.; Corasaniti, G.; Corrado Oliva, C.; De Capitani de' Vimercate P. (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario*. Cedam. Milano, 485-504.
- DWENGER, N.; TREBER, L. (2018). Shaming for tax enforcement: evidence from a new policy. *Hohenheim Discussion Papers in Business, Economics and Social Sciences*, n. 21, 1-46.
- ESCRIBANO LÓPEZ, F. (1988). *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales*. Civitas. Madrid.
- FANTI, V. (2020). La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019). *Federalismi.it*, n. 5, 34-57.
- FARRI, F. (2020). Digitalizzazione dell'amministrazione finanziaria e diritti dei contribuenti. *Rivista di diritto tributario*, n. 6, 115 ss..
- FALSITTA, G. (2013). Il principio di capacità contributiva nel suo svolgimento storico fino all'Assemblea costituente. *Rivista di diritto tributario*, n. 9, 761 ss..
- FEDELE, A. (2002). Concorso alle pubbliche spese e diritti individuali. *Rivista di diritto tributario*, n. 1, 31 ss..
- FEDELE, A. (2013). Ancora sulla nozione di capacità contributiva nella Costituzione italiana e sui “limiti” costituzionali all'imposizione. *Rivista di diritto tributario*, n. 13, 1035 ss..
- FLORIDI, L. (2017). *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*. (Trad. M. Durante). Cortina Editore. Milano.

- FORTE, F. (2003). *Ezio Vanoni. L'economia pubblica come scienza dell'amore per la patria. Con lo stralcio dell'ultimo discorso al Senato della Repubblica 16 febbraio 1956*. Banca Popolare di Sondrio. Sondrio.
- GAFFURI, G. (2013). Ancora dell'attitudine alla contribuzione. *Rassegna tributaria*, n. 5, 975 ss..
- GALLO, F. (2016). Prospettive di tassazione dell'economia digitale. *DIMT – Diritto Mercato Tecnologia*, n. 1, 153-174.
- GALLO, F. (2011). *Le ragioni del fisco*. Il Mulino. Bologna.
- GARCÍA VITORIA, I. (2018). La participación de los tribunales constitucionales en el sistema europeo de derechos fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte constitucional italiana y el tribunal de Justicia en el asunto Taricco). *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 67, 139-164.
- GUERVÓS MAÍLLO, M. A. (2016). Ley 34/2015 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *Ars Iuris Salmanticensis*, n. 4, 271-276.
- LUCIANI, M. (1989). La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana. *Politica del diritto*, 634 ss..
- LUCIANI, M. (2012). Costituzione, tributi e mercato. *Rassegna tributaria*, n. 4, 831 ss..
- LUPU, N. (2019). Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa. *Federalismi.it*, n. 13, 1-28.
- MADISON, J. (1788). *The Federalist Paper*. New York.
- MARCHESELLI, A. (2011). “Lista Falciani”: le prove illecite sono utilizzabili nell'accertamento tributario?. *Corriere tributario*, n. 47, 3910 ss..
- MARINO, G. (2020). L'evoluzione del *tax whistleblowing* dal contrasto all'evasione fiscale internazionale alla prevenzione della pianificazione fiscale aggressiva. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 45, pp. 695-731.
- MARONGIU, G. (2016). *Ezio Vanoni. Ministro delle Finanze*. Giappichelli. Torino.
- MAYER-SCÖNBERGER, V.; RAMGE, T. (2018). *Reinventare il capitalismo nell'era dei Big Data*. Egea. Milano.
- MESSINA, D. (2020). Sistemi di *contact tracing* nell'emergenza Covid-19: alla ricerca di un equo bilanciamento tra diritto alla salute, tutela dei dati personali e dovere di solidarietà. *Nuovo diritto civile*, n. 3, 431-465.
- MESSINA, D. (2018). Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda “*Cambridge Analytica*”. *Federalismi.it*, n. 20, 3.
- MORRONE, A. (2014). *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*. Giappichelli. Torino.

- MORRONE, A. (2008). Voce “Bilanciamento (giustizia costituzionale)”. *Enciclopedia del diritto, Annali*. Milano. Vol. II. Tomo II, 185-204.
- NICOTRA, I. A. (2019). Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte. *Federalismi.it*, n. 7, 2-16.
- OLIVARES OLIVARES, B. D. (2016). El artículo 95 *bis* de la Ley General Tributaria y el derecho a la protección de los datos personales. *Documentos – Instituto de Estudios Fiscales*, n. 13, 167-177.
- OLIVARES OLIVARES, B. D. (2019a). The impact of GDPR on European Name & Shame tax defaulter lists. *Computer law & security review*, n. 35, 241-250.
- OLIVARES OLIVARES, B. D. (2019b). La eficacia del listado de incumplidores relevantes a la Hacienda Pública. *Revista de internet, derecho y política*, n. 28, 85-97.
- PADULA, C. (2015). Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015. *Federalismi.it*, n. 19, 1-33.
- PAPA, A. (2020). La problematica tutela del diritto all’autodeterminazione informativa nella *big data society*. *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 17 aprile 2020.
- PIZZETTI, F. (2019). Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il “riuso” delle fonti pubbliche. *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, Editoriale, n. 2, 11-20.
- POLLICINO, O.; BASSINI, M. (2017). La Corte di Giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico. *Diritto penale contemporaneo*, 1-10.
- RAFFIOTTA, E. C. (2013). *Il governo multilivello dell’economia: studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*. Bononia University Press. Bologna.
- RAGUCCI, G. (2019). L’analisi del rischio evasione in base ai dati dell’archivio dei rapporti con gli intermediari finanziari: prove generali dell’accertamento “algoritmico”? *Rivista telematica di diritto tributario*, n. 2, 261 ss..
- ROZAS VALDÉS, A. J. (2015). La contrarreforma de la Ley general tributaria. *Revista catalana de dret públic*, 11 de novembre de 2015.
- SCACCIA, G. (2018). Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017. *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 1-8.
- TOMO, A. (2021). Liste evasori e CEDU: riflessioni in merito alla (dubbia) proporzionalità delle misure di public shame. *Rivista telematica di diritto tributario*, 17 settembre 2021, 1-19.
- VAQUERA GARCÍA, A. (2017). El principio de capacidad económica en España: ¿Vi-

gencia o superación de facto? Supuestos problemáticos en la imposición directa estatal y en el gravamen municipal sobre las plusvalías. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n. 4, 101-134.

ZAGREBELSKY, G. (1992). *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Einaudi. Torino.

LA LIBERTÀ DI INFORMAZIONE AI TEMPI DEL *GDPR*

ALESSANDRO LAURO

SOMMARIO: 1. Introduzione: la perdurante necessità di separare libertà embricate, eppure distinte. – 2. La libertà di informazione nel quadro della regolazione europea sulla tutela dei dati personali (con uno sguardo al futuro *Digital Services Act*). – 3. Autorità Garanti e autorità giurisdizionali. – 4. *Segue*: la normativa d’attuazione italiana e qualche dubbio di costituzionalità. – 5. Conclusioni: la difficoltà di ricostruire un quadro regolatorio soddisfacente; la necessità di non demordere.

1. Introduzione: la perdurante necessità di separare libertà embricate, eppure distinte

La rivoluzione tecnologica rappresentata dalla capillare diffusione delle infrastrutture digitali e della rete internet ha consegnato a chiunque vi abbia accesso un’incredibile opportunità di divulgare il proprio pensiero senza limiti spaziali, fisici e temporali. In maniera immediata, un commento affidato alla rete può fare il giro del mondo, secondo modalità inimmaginabili sino a pochi decenni fa. La nascita e la diffusione dei *social network* hanno ulteriormente amplificato queste possibilità comunicative.

Se nel 1789 l’art. 11 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* celebrava la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni come uno dei diritti più preziosi dell’uomo, oggi questo valore inestimabile parrebbe essere accresciuto e definitivamente consacrato dalle nuove tecnologie. Al tempo stesso, però, queste nuove forme di comunicazione hanno imposto di elevare almeno ad uno stesso livello di preziosità diritti “fisiologicamente incisi” dalle comunicazioni di massa (PACE, 1992).

Il presente scritto si propone di svolgere qualche riflessione attorno ad una particolare forma di libertà di comunicazione – ovvero la *libertà di informazione* – indagata nella sua relazione potenzialmente (e spesso concretamente) conflittuale con la normativa europea sulla protezione dei dati personali, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La prima operazione necessaria a questa riflessione è meglio definire i contorni di questa *libertà di informazione*, in particolare rispetto alle contermini *libertà di espressione e di opinione*. Constata la naturale prossimità di questi diritti, che costituiscono garanzie di comunicazione pubblica distinte dalla

libertà di interagire in privato¹, emerge però il bisogno per l'interprete di definire meglio la portata di queste libertà embricate, eppure distinte.

Ciò potrebbe apparire un'operazione inutile, tanto più nell'attuale contesto di "convergenza tecnologica" (PASCUZZI, 2010)², in cui addirittura sfuma la divisione prima menzionata fra comunicazione pubblica e discorso privato. In realtà, alcune coordinate distintive, anche fra libertà comunicative pubbliche, sembrano opportune per una ragione molto semplice: la loro contiguità non presuppone, né comporta, un identico trattamento giuridico. Individuarle partitamente consente di verificare quali siano le loro portate, anche rispetto agli esercenti tali libertà³, ed i loro limiti, soprattutto in relazione a forme di bilanciamento fra queste libertà ed altri diritti.

La libertà più ampia – o, se si vuole meno specifica – all'interno di questa categoria è la *libertà di espressione*, intesa come possibilità di esprimere con qualunque mezzo la propria personalità⁴. Più ristretta, ma ancora molto ampia, è la *libertà di manifestazione del pensiero o libertà di opinione*, che garantisce l'esternazione, fuori da contesti meramente privati, delle proprie idee e opinioni a terzi.

Venendo alla nostra *libertà di informazione*, essa consiste nella facoltà di trasmettere ad altri informazioni, dati e notizie che rechino un qualche interesse della collettività alla loro conoscenza, sicché si parla di questa anche sotto la formula del *diritto di cronaca*, intesa come una «pretesa a narrare» (CHIOLA, 1973: 23).

In quest'ottica, data la differenza dell'oggetto contenuto nella comunicazione, non pare che la libertà di informazione costituisca propriamente un

¹ CARETTI (2007: 219). Sul tema, con specifico riferimento al mondo di Internet, v. altresì BETZU (2012: 95 ss.). Per un approfondimento sul "discorso pubblico" nell'ambito del quale si sviluppa la libertà di espressione v. CARUSO (2013).

² PASCUZZI, (2010: 17).

³ È noto che ciascuna di queste libertà di comunicazione pubblica può godere di una diversa intensità rispetto alla sua tutela, intensità che varia in base all'esercizio del diritto in contesti specifici o da parte di soggetti privilegiati (si pensi alla libertà delle arti, della ricerca scientifica o alla libertà di insegnamento).

⁴ V. sul punto CHIOLA, (1973: 15): "Così, sembra difficilmente accettabile la dilatazione dell'art. 21 Cost., fino al punto di intendere il "pensiero", oggetto della tutela in questo previsto, come libertà di "espressione". L'ampiezza concettuale sottintesa da quest'ultimo termine permetterebbe, infatti, di estenderne l'applicabilità ad una serie indefinita di comportamenti umani, tanto che la linea di demarcazione tra questa particolare libertà e la tutela della personalità individuale, generalmente prevista dall'art. 2 Cost., finirebbe per svanire". *Ibidem*, nota 43, l'A. fa l'esempio della nudità come forma di espressione non verbale riconosciuta da una Corte di Los Angeles.

sottoinsieme della libertà di opinione. È tuttavia chiaro che l'esercizio della prima comporta il contestuale esercizio della seconda: per un verso, infatti, è difficile che l'informante riesca a trasmettere in maniera completamente neutra l'informazione, senza che essa sia filtrata dalle sue convinzioni o opinioni personali (CRISAFULLI, 1964: 288)⁵, anche a commento della stessa notizia (SANDULLI, 1990)⁶. Per altro verso, e forse con maggiore pregnanza, la stessa selezione delle informazioni da trasmettere presuppone un giudizio di valore compiuto sull'informazione stessa, che si produce naturalmente sulla base delle opinioni della persona che informa. Dunque, se è vero che esiste una natura servente delle *informazioni* rispetto alle *opinioni*, poiché la acquisizione delle une è necessaria perché si formino le altre⁷, non è men vero che il possesso di opinioni orienti la ricerca e l'individuazione delle informazioni. Sul diritto di cronaca grava poi un dovere di veridicità, che non può essere rintracciato nell'esercizio della libertà di opinione⁸. Alla libertà di informazione in senso attivo corrisponde un diritto passivo ad ottenere informazioni⁹, tant'è che negli ordinamenti anglosassoni il riferimento alla *freedom of*

⁵ CRISAFULLI (1964: 288): "Si contesta, in particolare, la stessa configurabilità della notizia oggettiva, quindi quel carattere di neutralità che dovrebbe contrassegnare l'informazione, così intesa; anche la scelta delle notizie, pur se divulgate nel modo più scrupolosamente completo ed imparziale, non può non implicare, si osserva, una valutazione, necessariamente soggettiva ed in questo senso, dunque parziale" L'A. sottolinea quindi che "la libertà di informazione, come avente ad oggetto notizie, quindi come manifestazione differenziata della più generale libertà di espressione (o di informazione in senso largo), [merita] un posto a sé ed un rilievo particolare". Nello stesso senso Barile (1974: par. 13): "lo scervere il fatto dal giudizio (ad esempio, dal modo come esso viene presentato) è, per comune e pacifica esperienza (che si rispecchia nella giurisprudenza di merito), praticamente impossibile, almeno nella maggioranza dei casi".

⁶ SANDULLI (1978), ora in SANDULLI (1990: 718): "L'illustrazione e la spiegazione delle notizie, nonché il commento di esse, [integrano] l'informazione" (enfasi dell'A.).

⁷ PONCET (1980: 733): "*La liberté de l'information est à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression ce que l'eau est au moulin*". Similmente anche CRISAFULLI (1964: 287): "solo dove i testi costituzionali distinguono libertà di opinione da libertà di informare [...] potrebbe semmai sorgere dubbio in proposito; ma, a parte il rilievo che anche in questi casi la garanzia della libertà di informare non è certo minore della garanzia apprestata alla libertà di esprimere opinioni, si ritiene generalmente che il riconoscimento esplicito di questa seconda implica logicamente riconoscimento della prima, perché le opinioni si formano sui fatti e non potrebbe esservi circolazione delle idee se non vi fosse del pari circolazione delle notizie".

⁸ Cfr. STC n. 107/1988: «*la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en ejercicio de aquella el límite interno de veracidad que es aplicable a esta*».

⁹ Nella dottrina italiana si è discusso se esista un vero e proprio "diritto soggettivo ad essere informati". A favore di questa configurazione LIPARI (1978: 2). *Contra* PACE (2007).

information attiene propriamente al diritto positivo ad accedere all'informazione, in particolare se essa è posseduta da autorità pubbliche¹⁰. La rivoluzione digitale ha addirittura condotto alcune giurisdizioni a riconoscere l'accesso ad Internet come diritto fondamentale direttamente ricollegato alla libertà di informarsi¹¹. Dal punto di vista del diritto positivo, l'autonomia concettuale della libertà di informazione – accanto alla più tradizionale libertà di espressione – è oggi recepita da vari testi di valore costituzionale e, osservando la successione delle carte costituzionali, è andata via via affermandosi più nettamente. Le carte liberali, infatti, tutelavano non tanto la libertà di informazione in sé, ma anzitutto l'utilizzo di mezzi particolari per veicolare le proprie opinioni¹². In origine, dunque, vi era una tutela della *libertà di stampa* (o, meglio, *libertà di stampare*¹³), mentre successivamente – e compiutamente nelle Costituzioni del secondo dopoguerra – è la stampa, come *sistema dei mezzi di informazione a carta stampata* (cioè i periodici), che viene protetta da indebite ingerenze da parte dei poteri pubblici¹⁴. Ancora, nei te-

¹⁰ Ad esempio, il *Freedom of Information Act* emanato nel 1966 a livello federale negli Stati Uniti e il *Freedom of Information Act* (FOIA) adottato nel 2000 dal Parlamento del Regno Unito. In Italia, ciò è stato garantito dalla disciplina del “diritto di accesso”, contenuta negli art. 22 e seguenti della legge 241/1990, poi ampliato con il c.d. accesso civico (nella versione “semplice” e “generalizzata”), introdotto dal d.lgs. 33/2013 modificato nel 2016 da d. lgs. n. 97 (anche in Italia ribattezzato FOIA).

¹¹ Cfr. la *décision* del *Conseil constitutionnel* francese n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet: “en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services”* (considérant n. 12).

¹² Cfr. RIVERO (1979: 67): “fare intendere delle idee, non far conoscere degli avvenimenti, ecco quel che sembra essenziale agli uomini della Rivoluzione. All'inizio, la libertà della stampa è dunque orientata non verso l'informazione, ma verso la diffusione delle ideologie”. Come già ricordato l'art. 11 della Dichiarazione del 1789 stabilisce che “*tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi*”. Il I emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, approvato nel 1791, riconosce, accanto alla libertà di parola, la libertà di stampa: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for redress of grievances*”.

¹³ Anche nella Costituzione italiana “della stampa stessa viene esaltato il momento consistente nel diritto di stampare, a detrimento della “libertà della stampa”, vale a dire di quella disciplina delle componenti materiali ed umane delle imprese giornalistiche”. (PALADIN, 1979: 6).

¹⁴ L'art. 5 della *Grundgesetz* sancisce il diritto ad informarsi da fonti accessibili a tutti, ol-

sti più recenti forme di garanzia costituzionale si estendono più specificamente ai soggetti che per primi esercitano la libertà di informazione (i giornalisti)¹⁵, arrivando ad estendere tale libertà alla dimensione globale del sistema delle telecomunicazioni e del mercato dell'informazione¹⁶.

Questo processo di autonomizzazione della libertà di informazione rispetto alla più generale libertà di manifestazione del pensiero segue, ovviamente, l'evoluzione tecnica che nel corso dei secoli ha fornito nuovi mezzi di comunicazione all'umanità e la necessità di una più compiuta disciplina di questi.

Si potrebbe ritenere che oggi l'accessibilità e la pervasività dei mezzi abbia invertito questo processo e non sia più sostanzialmente possibile distinguere ciò che è *informazione* da quello che è *opinione*: ne è una prova il tema

treché stabilire la libertà dell'informazione tramite la radio ed il cinema. Come ha spiegato il Tribunale costituzionale di Karlsruhe (BVerfGE 85, 1, par. 39): "*Während die in einem Pressezeugnis enthaltene Meinungsäußerung bereits durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt ist, geht es bei der besonderen Garantie der Pressefreiheit um die einzelne Meinungsäußerungen übersteigende Bedeutung der Presse für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung, die Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten will*" ("mentre l'espressione di un'opinione tramite un mezzo stampato è protetta dall'art. 5, par. 1, primo periodo, la speciale garanzia della libertà della stampa riguarda l'importanza della stampa per la libera formazione delle opinioni individuali e collettive, che va oltre l'esternazione dell'opinione individuale, che l'art. 5, comma 1, vuole garantire", traduzione nostra). L'art. 10 della CEDU, dopo aver proclamato il diritto alla libertà di espressione, garantisce che in esso si includa "la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive".

¹⁵ L'art. 20 della Costituzione spagnola del 1978, forte anche delle esperienze di altri ordinamenti, riconosce il diritto (comma 1, lett. d) "*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*". L'art. 38 della Costituzione portoghese è ancora più esplicito nei confronti dei giornalisti. In particolare al comma secondo, consacra: "*a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respetivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional; b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à proteção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redação*".

¹⁶ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea riprende, nel suo articolo 11, il contenuto della corrispondente disposizione della CEDU. Ad essa aggiunge un secondo comma in cui garantisce il rispetto della "libertà dei media e il loro pluralismo". La scelta del termine *media* è volta a racchiudere l'ampio ventaglio dei mezzi di comunicazione forniti dall'evoluzione tecnologica, che mezzo secolo prima sfuggiva ai redattori della CEDU.

(che talvolta assume connotati drammatici, come durante la pandemia da Covid-19) delle *fake news*¹⁷. Oltre ad aprire vasti orizzonti di dibattito su cosa sia la verità e cosa il suo opposto e su quali debbano essere i parametri per misurarla in una società democratica¹⁸, la possibilità per chiunque di diffondere notizie tramite un *post*, un *tweet* o una “diretta” assottiglia grandemente il confine fra l’*oggettivo* e il *sogettivo*, soprattutto perché, data la quantità spropositata di fonti, viene meno il “controllo pubblico” (da intendersi: *del pubblico*) sulla notizia, che in altri tempi si estrinsecava nelle smentite, nella rettifica, nella controprova immediata offerta da altri mezzi di comunicazione (comunque numericamente limitati) sui *fatti*.

E sta proprio qui il punto che occorre ribadire: i *fatti storici* possono essere oggetto di *interpretazioni*, ma non si trasformano in *idee*¹⁹. Per quanto possa divenire, nel concreto, più complesso inseguire e perseguire nella tela di Internet le falsità che provochino danni alla società o ai singoli, gli ordinamenti non possono rinunciare a proteggere – partendo dal piano astratto – la diffusione nella collettività di informazioni veridiche. Che poi l’intervento “repressivo” avvenga *ex post* non può scoraggiare: si tratta di un carattere ineliminabile nelle moderne democrazie che si ricollega inesorabilmente al divieto di censura (su cui FOIS, 1960). Mi pare che tutte queste ragioni autorizzino, ancora oggi, riflessioni specifiche sulla libertà di informazione, separandola – senza ovviamente trascurarne le molteplici interazioni – dalle altre libertà di comunicazione pubblica.

2. La libertà di informazione nel quadro della regolazione europea sulla tutela dei dati personali (con uno sguardo al futuro *Digital Services Act*)

La normativa racchiusa nel GDPR (ovvero il Regolamento europeo sulla

¹⁷ Sul problema delle *fake-news* rispetto alla libertà di informazione si v. almeno PITRUZZELLA (2018) e DONATI (2018). In generale sulle problematiche legate all’evoluzione della libertà di espressione in Internet e sui suoi problemi contemporanei BASSINI (2019); PITRUZZELLA, POLLICINO (2020).

¹⁸ Riprendendo una celebre sentenza del giudice americano Holmes, l’ideologia liberale riterrebbe che “*the only way for democratic society to determine the best idea among many is to let ideas fight it out in the field*” (WALDMAN, 2018: 847).

¹⁹ “*To suggest that the proliferation of fake news represents a break-down in a market where consumers trade ideas is to presume that fake news concerns ideas about about which the public can debate. It doesn’t. Fake news does not concern ideas. It concerns facts. And the law treats ideas about facts and facts themselves differently*” (WALDMAN, 2018: 848).

protezione dei dati personali n. 2016/679 conosciuto sotto l'acronimo della titolazione *inglese: General Data Protection Regulation*) prevede delle importanti eccezioni a tutela della libertà di informazione, venute a confermare quanto già previsto dalla Direttiva 95/46/CE²⁰.

Il Considerando n. 153 del GDPR richiama gli Stati ad una conciliazione fra la tutela dei dati personali e l'esercizio – qui distinto – delle libertà di informazione e della libertà di espressione. L'art. 17 esclude l'applicabilità del diritto alla cancellazione per i trattamenti necessari all'esercizio della libertà di espressione ed informazione. Infine, l'art. 85 dello stesso Regolamento positivizza l'*obbligo* per gli Stati di prevedere deroghe per favorire il trattamento dei dati a scopi giornalistici.

Rispetto alla normativa in vigore dal 1995, però, si rileva una modifica di non poco conto: l'art. 9 della direttiva, infatti, si riferiva ad esenzioni e deroghe per trattamenti realizzati «*esclusivamente* per scopi giornalistici o di espressione artistica e letteraria». La venuta meno dell'avverbio enfattizzato non è affatto priva di conseguenze, soprattutto tenuto conto del consistente incremento delle tecnologie digitali dal 1995 ad oggi: il GDPR – pur rinviando agli Stati – consente che godano di una garanzia implicita dell'attività giornalistica (e dunque della protezione massima riconoscibile alla libertà di informazione) tutti quei trattamenti di dati aventi una finalità ibrida, che qualunque utente di internet può potenzialmente mettere in atto. Tale conclusione è corroborata anche dalla frase finale del Considerando n. 153, che invita gli Stati ad «interpretare in modo esteso i concetti relativi a detta libertà, quali la nozione di giornalismo». Come si vedrà, in Italia – ma anche in altri Paesi – non è venuta tuttavia meno la natura esclusiva della finalità giornalistica per godere del regime derogatorio, scelta che va valutata con particolare favore, data la sempre maggiore complessità di sceverare “finalità” ibride, soprattutto ove si interpreti in maniera particolarmente lata la nozione di giornalismo. Sulla problematica relazione fra libertà di informazione e tutela dei dati personali, è intervenuta, di recente, la Corte di Giustizia in due significative pronunce. La decisione *Sergejs Buivids* del 14 febbraio 2019 (C-345/17)²¹ risponde a una questione pregiudiziale posta dalla Corte Suprema della Lettonia e si segnala (a) perché mostra la scissione fra libertà di informazione e libertà di opinione, che le piattaforme web possono rendere – paradossalmente – oggi più definita; (b) perché met-

²⁰ Sul tema dell' “eccezione giornalistica” nella materia dei dati personali: v. ERDOS (2015: 119 ss); PAUNER CHULVI (2015: 377 ss.).

²¹ Per un commento a prima lettura ERDOS (2019).

te in bilanciamento il diritto di informare con il diritto alla protezione dei dati personali; (c) perché tratta, anche se in maniera discutibile, della problematica individuazione dei titolari della libertà di informazione.

Il caso era il seguente: un cittadino lettone, Sergejs Buivids, veniva fermato dalla polizia e condotto in una caserma per degli accertamenti e per rendere una deposizione. Qui veniva trattenuto per alcune ore e, durante questo tempo, Buivids filmava l'interno della caserma e alcuni scambi con gli agenti; una volta rilasciato, il video veniva caricato sulla piattaforma YouTube, sollevando così la protesta dei poliziotti ritratti nei fotogrammi e una loro conseguente azione davanti all'Agenzia lettone per la tutela dei dati personali. La decisione, a seguito di vari ricorsi amministrativi, giungeva infine alla Corte Suprema che investiva la Corte di Lussemburgo di due questioni pregiudiziali concernenti gli articoli 3 e 9 della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995 (oggi, come noto, sostituita dal Regolamento UE 2016/679, conosciuto come *General Data Protection Regulation* – GDPR).

La prima risposta che arriva dalla CGUE attiene alla nozione di dato personale e di trattamento. La Corte riconosce, in effetti, che la pubblicazione del video sulla piattaforma online, dove è possibile vedere distintamente le figure degli agenti di polizia, costituisce un trattamento dei dati, posto che l'immagine della persona è in sé un dato personale.

In secondo luogo, la Corte afferma che la finalità giornalistica del trattamento dei dati – che avrebbe reso lecito il trattamento stesso, in deroga alle restanti previsioni – non poteva essere esclusa dalla circostanza che Buivids non fosse un giornalista professionista. Assegnava dunque al giudice del rinvio il compito di verificare se l'unica finalità del trattamento, nel caso concreto, fosse la divulgazione al pubblico di informazioni, opinioni o idee.

È interessante notare che, facendo applicazione dell'art. 11 della Carta di Nizza, la Corte non individua partitamente la libertà di informazione – la quale, in realtà, avrebbe nella Carta una posizione distinta dalla libertà di opinione, nel più ampio quadro della libertà di espressione. Tuttavia, il caso di specie dimostra come l'evoluzione tecnologica possa talvolta rendere quanto meno più riconoscibile il *diritto di cronaca* dal – va ribadito: collegato, ancorché diverso – *diritto di critica*. La pubblicazione di un video su un qualunque *social*, a documentazione di fatti che hanno visto l'autore come protagonista o come testimone diretto, sicuramente costituisce esercizio del primo diritto, ma non necessariamente del secondo. Certo, non può escludersi che la critica sia implicita nella pubblicazione stessa – così pareva nel caso di Buivids – o che tale pubblicazione miri proprio a generare una critica da parte di coloro che ne prendono visione. Però, nel momento in cui viene

condivisa con il pubblico solo una serie di “freddi” fotogrammi, in assenza di qualsivoglia commento, è chiaro che la libertà di informazione viene esercitata in maniera autonoma e, altrettanto autonomamente, va valutata rispetto ai suoi limiti eccessivi.

Quanto al bilanciamento della *libertà di informare* e del *diritto all'informazione* con il diritto alla protezione dei dati personali, occorre evocare la seconda e più nota pronuncia, cioè *GC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés* resa il 24 settembre 2019 dalla Grande Sezione della CGUE (C-136/17). Avanzando nella traiettoria del caso *Google Spain*, la pronuncia ha attribuito ai c.d. “giganti del web” il compito di vagliare le richieste di deindicizzazione di contenuti anche alla luce dell'art. 11 della Carta di Nizza, cioè della libertà di ricevere informazioni da parte degli utenti europei, ed è questa l'aggiunta rispetto alla pronuncia *Google Spain*: ai motori di ricerca è affidata una potestà a carattere pubblicistico – precisamente fondata su una norma *latu sensu* costituzionale – che richiede di bilanciare l'interesse pubblico all'informazione con il diritto del privato all'oblio²².

Questo principio giurisprudenziale appare ovviamente problematico, dato l'enorme potere conferito a soggetti privati in assenza di effettive coordinate legislative²³, e sembra che attualmente vi sia in atto un tentativo di temperarlo, nel più ampio quadro normativo del c.d. *Digital Services Act Package* – presentato dalla Commissione Europea il 15 dicembre 2020, dopo una consultazione pubblica – e destinato proprio a regolare le attività delle piattaforme online e, in particolare, di quelle qualificate come *very large* in base alla media degli utenti che vi accedono (art. 25 della proposta di Regolamento).

L'impianto generale è volto a conferire degli standard di comportamento agli *online providers* che, da un lato, impongano di lottare contro i contenuti illeciti (art. 8), anche alla luce delle segnalazioni degli utenti, attraverso il c.d. *flagging* (art. 14); dall'altro lato, si tenta di circoscrivere l'arbitrarietà dell'intervento “censorio” da parte delle piattaforme²⁴, attraverso obblighi di trasparenza (art. 13) e motivazionali (art. 15) rispetto alle decisioni prese²⁵,

²² Sul bilanciamento della protezione dei dati personali con la libertà di comunicazione in internet v. BASSINI (2019:319 ss.).

²³ RICCIO (2014: 213).

²⁴ Sulle forme di censura privata da parte delle più note piattaforme online v. BETZU (2020: 117 ss.), CARUSO (2020).

²⁵ E non può sfuggire che questi obblighi richiamino in gran parte le regole concernenti l'esercizio di un potere discrezionale da parte di Autorità pubbliche. Come afferma POLLICINO (2021), “[se] il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale”.

nonché con l'adozione di regole e codici di condotta standardizzati che offrano direttive di comportamento (artt. 34 e 35). Il tutto sotto la sorveglianza di un'autorità statale competente, all'interno della quale diventerà necessario individuare un Coordinatore per i Servizi Digitali che si occupi specificamente di vegliare sull'applicazione del Regolamento (art. 38).

In questa cornice, le libertà di espressione ed informazione debbono essere tenute particolarmente in considerazione ove una piattaforma scelga di rimuovere dei contenuti (dovendo fornire una specifica argomentazione sul punto, che mostri di aver ponderato la limitazione dei diritti fondamentali: Considerando n. 41 e 42). Le possibili lesioni delle libertà di in parola devono peraltro essere oggetto di particolare attenzione, nell'ambito della valutazione dei rischi sistemici da parte delle piattaforme (Considerando n. 57; art. 26).

3. Autorità Garanti e autorità giurisdizionali

Come è noto, il legislatore europeo ha affidato gran parte dell'attività di vigilanza, e conseguentemente repressiva, in materia di tutela dei dati personali alle cure delle Autorità indipendenti. La scelta di politica legislativa è stata quella di prediligere l'intervento sanzionatorio amministrativo, tentando di frenare il contenzioso propriamente giudiziario. Questa tendenza si conferma, come poc'anzi accennato, anche nella recente proposta del *Digital Services Act*.

La scelta, però, non risolve i delicati rapporti fra potere giurisdizionale e potere amministrativo "neutrale" (MANETTI, 1994), che, anzi, presentano talvolta margini di ambiguità, se non di vera e propria collisione, dal momento che l'autorità giudiziaria potrebbe essere privata del suo fondamentale attributo di guardiana delle libertà e dei diritti (almeno in un primo momento) di fronte all'intervento dei Garanti.

Ne sono prova due esempi paradigmatici.

Il primo è rappresentato da una questione pregiudiziale – tuttora pendente – sollevata dalla Corte di Appello di Londra, proprio in materia di esenzioni dalla normativa privacy a beneficio delle imprese giornalistiche (*Stunt vs. Associated Newspapers Limited*²⁶). Il tema posto concerne, in particolare, i poteri inibitori del giudice nell'attesa di una pronuncia da parte del Garante britannico che verifichi la compatibilità delle pubblicazioni con le

²⁶ *Stunt v Associated Newspapers Ltd* [2018] EWCA Civ 1780.

regole relative alla privacy. Il *Data Protection Act* del 1998 (applicabile *ratione temporis*) prevedeva infatti che il giudice britannico fosse tenuto a sospendere il giudizio in attesa della decisione del Garante (*Data Protection Commissioner*) rispetto alla natura dei dati trattati e alle finalità del trattamento, con riguardo ovviamente allo scopo di natura giornalistica o di libera espressione.

In sostanza, la decisione dell'Autorità amministrativa si trovava in un rapporto di pregiudizialità rispetto all'accertamento giudiziario.

La Corte inglese ha chiesto dunque alla CGUE se tale previsione sia compatibile con il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, in base all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

In virtù dell'art. 86 dell'Accordo sul recesso del Regno Unito dall'Unione Europea, la Corte di giustizia resta competente per le questioni pregiudiziali poste dai giudici britannici fino alla fine del periodo di transizione (conclusosi il 31 dicembre 2020). Occorre allora attendere la decisione della Corte, che potrebbe rivelarsi particolarmente interessante nell'indicare quanto l'intervento dell'Autorità garante possa completare l'attività giurisdizionale nell'ottica di garantire un diritto fondamentale dei cittadini. Se, secondo l'insegnamento di Sandulli, l'imparzialità e la neutralità del giudice si riferiscono anche al fatto che la sua attività non persegue un interesse pubblico specifico e, di conseguenza, non è tenuto a dare prevalenza ad un interesse pubblico rispetto ad altri²⁷, diverrà particolarmente stimolante comprendere quale punto di equilibrio fra "neutralità" giurisdizionale e imparzialità amministrativa vocata alla tutela di specifici interessi possa essere individuato dalla Corte sovranazionale²⁸.

Il secondo esempio è invece rappresentato dalla disarmonia che si rileva fra la normativa italiana in materia di privacy (in particolare, dopo il recepimento delle norme del GDPR ad opera del d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101) e l'impianto costituzionale.

²⁷ SANDULLI (1967: 243 ss.), ora in SANDULLI (1990: 271). Cfr. anche MANETTI (1994:112).

²⁸ Non sembra del tutto arbitrario affermare che un'Autorità garante istituita a presidio di un interesse pubblico specifico manchi di questa "neutralità" rispetto alle diverse e legittime esigenze che l'ordinamento tutela in varia forma. Ciò vale, *a fortiori*, per le Autorità Garanti in materia di *privacy*, che operano a tutela di diritti e interessi prettamente individuali, che solo mediatamente si riflettono nel più generale interesse pubblico alla distinzione fra sfera privata e sfera pubblica.

4. *Segue: la normativa d'attuazione italiana e qualche dubbio di costituzionalità*

Il D.Lgs. n. 196 del 2003 (c.d. "Codice privacy") dedica il suo titolo XII proprio all'attività giornalistica ed alle libertà di espressione e informazione. Coerentemente con le norme generali del GDPR, la normativa italiana disegna sinteticamente il quadro regolatorio e derogatorio da attuare rispetto ai trattamenti di dati personali aventi finalità giornalistiche o di altra manifestazione del pensiero. Con l'art. 136 il legislatore italiano individua quali di questi trattamenti siano riconducibili al settore. Per quanto riguarda l'attività giornalistica, il criterio di individuazione è prevalentemente soggettivo²⁹, mentre il criterio oggettivo è rappresentato dal perseguimento *esclusivo* delle finalità riconducibili alla professione dei cronisti. La lettera c) del medesimo articolo opera invece come clausola residuale per tutti quei trattamenti di dati personali che non ricadano nella cronaca: quindi, a prescindere da qualifiche soggettive, godono dell'esenzione le operazioni che concretizzino manifestazioni del pensiero, anche *occasionalmente*, ivi incluse le espressioni accademiche, letterarie ed artistiche.

L'art. 137 indica invece quali norme regolamentari non trovano applicazione nel regime giornalistico, fatti comunque salvi (comma tre) i limiti del diritto di cronaca a tutela di altri diritti fondamentali³⁰, mentre il successivo art. 138 ribadisce il diritto al segreto professionale al segreto sulle fonti anche in caso di richiesta dell'interessato di conoscere l'origine dei dati personali trattati.

L'ultimo articolo del Titolo, l'art. 139, stabilisce il compito del Garante e del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti di adottare, ricercando sostanzialmente un'intesa fra loro³¹, le regole deontologiche relative al tratta-

²⁹ Ci si riferisce, infatti, all'esercizio della professione giornalistica e all'iscrizione nei registri dei giornalisti pubblicisti o dei praticanti (lettere a e b).

³⁰ Art. 137, comma 3: «In caso di diffusione o di comunicazione dei dati per le finalità di cui all'articolo 136 restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del Regolamento e all'articolo 1 del presente codice e, in particolare, quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico. Possono essere trattati i dati personali relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del Regolamento e all'articolo 1 del presente codice e, in particolare, quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico. Possono essere trattati i dati personali relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente dagli interessati o attraverso loro comportamenti in pubblico».

³¹ In effetti, la procedura prevede l'adozione di tali regole da parte del Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti, su proposta del Garante (comma 1). In via suppletiva, però, il

mento dei dati personali nell'attività giornalistica, effettivamente sancite con deliberazione dell'Autorità del 19 novembre 2018³². Accanto a questo potere di natura normativa, la legge garantisce al Garante un peculiare potere sanzionatorio (art. 139, comma 4) in caso di violazione delle stesse, ovvero il divieto del trattamento ai sensi dell'art. 58 del Regolamento. A questo, si accompagna il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in base all'art. 58, comma 2, lettera i del GDPR.

È proprio sulla compatibilità di quest'ultimo potere inibitorio con il quadro costituzionale che occorre riflettere (v. già PACE, 2007b; DE MINICO, 2007³³). In particolare, bisogna evidenziare un difetto di coordinamento fra le disposizioni in materia di tutela dei dati personali e l'art. 21, terzo comma, Cost.³⁴.

È noto che la disposizione costituzionale ammetta come unica forma "repressiva" nei confronti della stampa il sequestro a posteriori degli stampati, nei casi tassativamente stabiliti dalla legge sulla stampa (legge 8 febbraio 1948 n. 47) in caso di delitti o di violazione sulle norme che indicano i responsabili della pubblicazione (si parla, come è noto, di *riserva di legge assoluta e rinforzata*: CARTABIA, LAMARQUE, 2018). E al sequestro si può provvedere solo con atto motivato dell'autorità giudiziaria, salvi i casi eccezionali e i termini del successivo comma quarto (si è in presenza allora di una *riserva di giurisdizione*). Il principio che emerge è dunque che sottrarre l'informazione alla fruizione del pubblico (non a caso la Costituzione fa riferimento alla stampa periodica, non occasionale) è possibile solo a posteriori, quando lo preveda espressamente la legge e con la garanzia di un controllo giurisdizionale³⁵.

Ora, il modello costituzionale appare completamente sovvertito nel Codice della privacy. Certo, si potrebbe dire che nella Legge fondamentale si parla di sequestro, mentre l'art. 139 del Codice consente il blocco e il divieto del trat-

Garante può adottare tali norme se entro sei mesi dalla proposta di adozione, integrazione o modifica il Consiglio non si è espresso. Si crea, dunque, una specie di potere di vigilanza *sui generis* e *ratione materiae* da parte del Garante sul Consiglio professionale.

³² All'art. 1 di queste *Regole deontologiche relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica* pubblicate in G. U. 4 gennaio 2019, n. 3, si legge che, in forza dell'art. 21 Cost., i trattamenti posti in essere nell'ambito dell'attività giornalistica «si differenziano nettamente per la loro natura dalla memorizzazione e dal trattamento di dati personali ad opera di banche dati o altri soggetti».

³³ Entrambi gli A. riflettono in particolare sul rapporto problematico fra potere inibitorio del Garante e il divieto di censura.

³⁴ Sulla compatibilità del sequestro di cui all'art. 21, comma terzo, Cost. con l'informazione in Internet (in particolare con il sequestro del sito) v. MELZI D'ERIL (2014: 153 ss.).

³⁵ Sulla disciplina del sequestro degli stampati: MANETTI (2006: 770).

tamento; si tratta, però, di un'obiezione non convincente. *In primis*, è chiaro che la Costituzione abbia fatto riferimento a quegli impedimenti "meccanici" alla diffusione di una stampa illecita che erano praticabili all'epoca in cui venne redatta: d'altra parte, è noto che la giurisprudenza costituzionale ha esteso i principi dell'art. 21 Cost. ad altri mezzi di diffusione del pensiero.

In secundis, credo che occorra valutare la portata complessiva del principio costituzionale, che si fonda – come detto poc'anzi – sulla posteriorità dell'intervento repressivo e sulle due riserve, di legge e di giurisdizione: insomma, dall'art. 21 è possibile ricavare delle regole valide ancora oggi, separandole dal mezzo specifico per cui erano state pensate³⁶.

Il divieto di trattamento e la rimozione dei contenuti illeciti secondo la disciplina sui dati personali (in una parola: l'*oscuramento*) può, dal punto di vista sostanziale, equivalere ad un *sequestro*, dal momento in cui l'obiettivo dell'attività repressiva è sottrarre al dominio pubblico un'informazione illecita già resa nota alla generalità dei consociati. L'intervento della forza pubblica (previsto nei casi di necessità e urgenza dal comma quarto dell'art. 21) non è poi distintivo rispetto alle attività che possono essere ordinate dal Garante: lo dimostra l'art. 156, comma 7, del Codice, che attribuisce le qualifiche di ufficiale o di agente di polizia giudiziaria al personale dell'Autorità addetto agli accertamenti.

Se questa analogia è valida, bisogna allora constatare che le garanzie costituzionali previste attorno al provvedimento di sequestro vengono meno nella normativa sui dati personali.

Anzitutto, viene meno la riserva di legge assoluta e rinforzata: non solo il quadro regolatorio si è costruito interamente al di fuori della legge sulla stampa – espressamente richiamata dal Costituente, anche se la giurisprudenza costituzionale ha ammesso che non si tratti di una riserva speciale di legge "organica"³⁷, ma di un riferimento a tutte le leggi che disciplinano la materia – e a prescindere dalla commissione di delitti o di violazioni delle norme sulle responsabilità editoriali, ma l'art. 139 del Codice privacy rinviene i presupposti per il provvedimento inibitorio non già in una violazione di legge, ma nella violazione di regole di natura deontologica, peraltro messe in esecuzione da un organo (il Garante) che concretamente coopera alla loro adozione. Vi è una dequotazione della fonte che, stando anche a recente giurisprudenza costituzionale³⁸, si pone in contraddizione con

³⁶ Sul punto v. Corte cost., sent. n. 122/1970.

³⁷ Corte cost., sent. n. 4/1972.

³⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 180/2018, che ha dichiarato l'illegittimità di una norma di legge che rinviava al codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati la

l'istituto della riserva di legge. Allo stesso modo, non si può ritenere soddisfatta la riserva di giurisdizione. È d'uopo ricordare che il dibattito sulla natura delle Autorità amministrative indipendenti è ormai ultraventennale (MANETTI, 1994). Epperò la Corte costituzionale ha di recente "chiuso" all'impropria sovrapposizione fra Autorità amministrative e potere giurisdizionale³⁹. Ma, ancora, è lo stesso Regolamento europeo che esclude questa sovrapposizione, attribuendo specificamente il diritto di ricorrere contro i provvedimenti delle Autorità di controllo (art. 78 GDPR) e assegnando a queste il potere di agire autonomamente in via giudiziaria (art. 58, comma 5 GDPR): un elemento, questo dell'azione giudiziaria ad opera delle Autorità, valorizzato in un contesto diverso proprio dalla Corte costituzionale per escludere la natura giurisdizionale dell'Autorità per la concorrenza⁴⁰. Dunque, sebbene sia evidente l'alto profilo di terzietà e imparzialità offerto dalle Autorità di controllo nel perseguimento dell'interesse protetto, tutti questi elementi non sembrano sufficienti per soddisfare la riserva di giurisdizione dell'art. 21, commi terzo e quarto, Cost.

Del pari, l'origine sovranazionale della normativa in questione (coperta dall'art. 117, comma primo, Cost.) non pare abbastanza per bilanciare l'incoerenza con la Costituzione. E ciò proprio per l'ampio margine concesso agli Stati, soprattutto in materia di giornalismo e libertà di informazione: l'art. 85, comma 2, ammette infatti variazioni anche rispetto al capo VI dedicato alle autorità indipendenti di controllo. Inoltre, il Considerando 129, riferendosi agli invasivi poteri riconosciuti alle autorità di controllo, evoca espressamente la necessità di conciliarli con le "autorizzazioni giudiziarie preliminari" previste dal diritto processuale degli Stati membri⁴¹. Non a caso, le legislazioni di alcuni Stati membri hanno prestato attenzione a salvaguardare i tradizionali istituti di libertà della stampa anche a fronte delle norme europee⁴².

possibilità di sospensione dei termini della custodia cautelare, con rinvio ad una nuova udienza, salva la possibilità che l'imputato chiedesse di procedere in assenza del difensore. Veniva dunque violata la riserva assoluta posta dall'art. 13, ultimo comma, Cost. Peraltro, in maniera del tutto sovrapponibile, si trattava di una fonte secondaria "approvata" da un'Autorità indipendente (la Commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici essenziali).

³⁹ Con la sentenza. n. 13/2019, la Corte ha escluso che l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato potesse essere qualificata come giudice *a quo* per sollevare una questione di legittimità costituzionale. Sulla necessità di "ritornare alla riserva di giurisdizione" di fronte all'ampliarsi dei poteri delle Autorità indipendenti v. DE MINICO (2014: 14).

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 13/2019, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Il Considerando fa riferimento, in particolare, ai poteri di accesso ed ispezione, ma non si vedono ragioni per non estendere la *ratio* anche al blocco di informazioni già rese pubbliche.

⁴² Cfr. l'art. 24 della legge belga 3 luglio 2018 "*relative à la protection des personnes physi-*

Se si volesse rigorosamente riconciliare i due testi, bisognerebbe allora individuare il presupposto delittuoso nel trattamento illecito di dati personali, di cui all'art. 167 Codice privacy, e utilizzare come perno di coordinamento fra Garante e autorità giudiziaria l'art. 21, comma quarto, Cost., riconoscendo al primo il potere di agire in via preventiva rispetto all'autorità giudiziaria chiamata a convalidare l'atto.

Una via – possibile, ma forse meno rigorosa dal punto di vista dell'esegesi costituzionale – potrebbe invece aprirsi a partire dall'art. 21, ultimo comma, Cost.

In effetti, si potrebbe ritenere che i poteri e le attività del Garante (ma anche l'attività normativo-deontologica del Consiglio nazionale dei giornalisti) trovino fondamento in questa disposizione che, come è noto, vieta le manifestazioni contrarie al buon costume e impone al legislatore l'individuazione di provvedimenti volti a prevenire e a reprimerne le violazioni⁴³. Il problema sta nel fatto che, se questa norma può essere un valido fondamento per i poteri repressivi e sanzionatori in caso di attività occasionali o di pubblicazione di prodotti non legati alla parola scritta (come fotografie o videoregistrazioni), è chiaro che per articoli di stampa (*periodica*, come dice il comma terzo) bisognerebbe ricadere nel più complesso – e garantito – regime della doppia riserva.

Prima di concludere sul punto, è opportuna una sottolineatura. Molti di questi strumenti evocati già esistevano prima dell'entrata in vigore del GDPR⁴⁴, senza trovare (ancora oggi) un fondamento nelle norme comunitarie⁴⁵. Il che riconduce questi istituti all'ampio margine di discrezionalità degli Stati, che deve esercitarsi nel rispetto dei singoli ordinamenti costituzionali. Il fatto che questi istituti costituiscano una sorta di “dato acquisito”

ques à l'égard des traitements de données à caractère personnel”. Il comma 5 dell'articolo esclude l'applicabilità dell'art. 58 GDPR (relativo ai poteri dell'Autorità di controllo) laddove questi realizzino forme di “*contrôle préalable à la publication d'un article*”. La stessa formula è utilizzata per esonerare i trattamenti per finalità giornalistiche dai rapporti con la stessa Autorità ai sensi degli art. 30, comma 4, 31, 33 e 36 GDPR. La libertà della stampa è consacrata all'art. 25 della Costituzione belga.

⁴³ Si reputa dunque che siano applicabili forme di censura e di autorizzazione per i mezzi diversi dalla stampa periodica e, conseguentemente, l'ultimo comma dell'art. 21 non può applicarsi ai giornali: ESPOSITO (1958:40),

⁴⁴ Il codice deontologico dei giornalisti in materia di dati personali e il potere di blocco del trattamento in caso di violazioni di questo erano già previsti dall'art. 25, comma 3, della legge 31 dicembre 1996 n. 675, nonché nell'art. 139 del Codice sulla protezione dei dati personali nella previgente formulazione.

⁴⁵ L'art. 9 della Direttiva 95/46/CE imponeva agli Stati di individuare le esenzioni e le deroghe per conciliare il diritto alla vita privata con la libertà di espressione.

dell'ordinamento italiano non può essere un deterrente a vagliarne compiutamente la legittimità costituzionale, soprattutto alla luce dell'evoluzione più recente delle comunicazioni digitali che hanno concesso – come è evidente – a chiunque di diventare “giornalista per un istante”. Sicché ci troviamo di fronte ad una sorta di paradosso: il regime costituzionale garantista dell'informazione professionale si trasforma in una forma di disciplina aggravata da cui sfuggono, sostanzialmente, tutti quei soggetti della rete che compiono attività del tutto assimilabili (pensiamo ai *blogger*, o a qualunque utente di una piattaforma che condivide informazioni o notizie). Con ciò non si vuole affatto sostenere che al giornalismo professionale non si possano chiedere (o imporre) diversi e più qualificati standard nella gestione dell'informazione rispetto al comune cittadino-internauta. Il punto, mi pare, è semmai responsabilizzare ulteriormente gli organi di stampa e i professionisti dell'informazione in una società in cui subiscono la “concorrenza” di tante altre fonti spontanee di notizie. Questa responsabilizzazione, tuttavia, non può avvenire attraverso la normativa sui dati personali.

A fronte di queste aporie, bisogna senza dubbio concordare con la dottrina che invoca per l'art. 21 Cost. una “manutenzione ordinaria” volta a renderlo più consapevole dei problemi odierni (OROFINO, 2019). Allo stato, però, potrebbe essere la legislazione ordinaria ad intervenire per risolvere alcune questioni.

5. Conclusioni: la difficoltà di ricostruire un quadro regolatorio soddisfacente; la necessità di non demordere

Nel momento in cui il mezzo tecnologico amplifica i confini della libertà di informazione, si rende necessario riflettere su quale sia il punto di bilanciamento più equilibrato di questa con altri beni rivali, punto che non può individuarsi indubbiamente e acriticamente a favore di un diritto ad informare divenuto “adespota” e che rischia di diventare dispotico. La diffusione delle informazioni – attività ormai esercitabile da chiunque con un semplice dispositivo ed un accesso a Internet – rivela infatti un potenziale lesivo non indifferente nei confronti di altri beni di sicurorilievo costituzionale

Questa difficoltà è stata ben messa in luce dalla recente ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale in materia di diffamazione a mezzo stampa, nella quale il giudice italiano si confronta con la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, rilevando la non conformità della legislazione nazionale con i parametri sviluppati dalla giurisdizione di

Strasburgo. Secondo la tecnica sviluppata nel celeberrimo “caso Cappato” (non priva di profili problematici sul piano processuale e istituzionale, soprattutto nell’applicazione al caso che ci occupa⁴⁶), la Corte italiana non è però intervenuta con una declaratoria di illegittimità, ma, ha constatato – e di questo le va dato particolare merito – i diversi ed importanti interessi in gioco che necessitano di essere calibrati anche in relazione all’attuale condizione tecnologica dei mezzi e alle responsabilità che comunque gravano in maniera particolare sui giornalisti di professione, anche in un mondo in cui tutti potenzialmente possiamo essere giornalisti⁴⁷. Anzi, come già detto, proprio in questo mondo si guarda alle testate tradizionali per un *quid pluris* nella qualità e nell’affidabilità dell’informazione.

La difficoltà di ricostruire un quadro regolatorio soddisfacente da parte del legislatore, capace di ponderare tutte le diverse esigenze in gioco, è notevole. In questa operazione confluirebbe la necessità di dettare un quadro normativo propriamente penalistico, armonizzandolo con le misure e le regolazioni di carattere amministrativo, il tutto senza dimenticare l’apporto che potrebbe provenire da strumenti civilistici (si pensi ai c.d. “danni punitivi”).

Di fronte ad una simile complessità, potrebbe essere forte per il decisore politico, chiamato a farsi legislatore, la tentazione di delegare quest’attività ai giudici, secondo una tendenza ormai sempre più diffusa e consolidata di “giurisdizionalizzazione” della politica (HIRSCHL, 2011). Ed è ormai incontrovertibile che gli ordinamenti giuridici – anche di *civil law* – non sono in grado di rinunciare all’apporto del diritto giurisprudenziale, perché i casi concreti della vita difficilmente possono trovare esaustiva definizione nelle norme generali ed astratte della legge (v., da ultimo, VIGANÒ, 2021), soprat-

⁴⁶ “Tale meccanismo di decisione, che sembrava dover rimanere un unicum, è invece già stato replicato in relazione ad un caso nel quale, diversamente dal caso “Cappato”, non erano in gioco scelte tragiche né ben così fondamentali da non poter eventualmente sopportare vuoti legislativi” CARMINATI (2020: 261).

⁴⁷ Corte cost., ord. n. 132/2020, punto 7.3 del *Considerato in diritto*: “Ciò esige una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica, nel senso ora precisato, con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato. Basti pensare, in proposito, agli effetti di rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai social networks e dai motori di ricerca in internet, il cui carattere lesivo per la vittima – in termini di sofferenza psicologica e di concreti pregiudizi alla propria vita privata, familiare, sociale, professionale, politica – e per tutte le persone a essa affettivamente legate risulta grandemente potenziato rispetto a quanto accadeva anche solo in un recente passato”.

tutto in un mondo che muta, dal punto di vista economico, politico e sociale, ad una velocità straordinaria.

Malgrado tutto ciò, il legislatore non può esimersi dal porre in essere dei tentativi, ben ragionati, di regolamentazione dei fenomeni complessi, facendosi soprattutto carico dei valori democratici e delle libertà fondamentali che mal tollerano di essere esposti al mero “arbitrio” della casistica⁴⁸. Da questo punto di vista, la regolamentazione europea in materia di privacy, anche nel rapporto con la libertà di informazione, è fortemente impostata ad un approccio *case by case*, ricco di eccezioni alle regole, che di sicuro non ispira – sotto questo profilo – i legislatori nazionali.

Purtuttavia, questi ultimi restano in grado (ed in dovere) di intervenire nei loro margini di discrezionalità, anche per meglio coordinare le regole europee con le esigenze che i singoli Testi costituzionali difendono, con perdurante attualità, ancora oggi.

Riferimenti bibliografici

- BARILE P. (1974). *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Giuffrè. Milano.
- BASSINI M. (2019). *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*. Aracne. Roma.
- BETZU M. (2012). *Regolare internet. Le libertà di informazione e comunicazione nell'era digitale*. Giappichelli. Torino.
- BETZU M. (2020). *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, n. 1.
- CARETTI P. (2007). *Comunicazione e informazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I. Giuffrè. Milano.
- CARMINATI A. (2020). *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato*. ESI. Napoli.
- CARTABIA M.; LAMARQUE E. (2018). *I diritti dei cittadini*, in V. Onida, M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*. Giuffrè. Milano.
- CARUSO C. (2013). *La libertà di espressione in azione. Contributo ad una teoria costituzionale del discorso pubblico*. Bononia University Press. Bologna.
- CARUSO C. (2020). *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *ConsultaOnline*.

⁴⁸ Per una rilettura dell'approccio casistico e della critica a questo metodo di interpretazione del rapporto regola-eccezione, v. GINZBURG, 2011.

- CHIOLA C. (1973). *L'informazione nella Costituzione*. CEDAM. Padova.
- CRISAFULLI V. (1964). *La problematica della "libertà di informazione"*, in *Il Politico*, n. 2.
- DE MINICO G. (2007). *Cronaca – Privacy – Censura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- DE MINICO G. (2014). *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *RivistaAIC*, n. 1.
- DONATI F. (2018). *Fake news e libertà di informazione*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, n. 2.
- ERDOS D. (2015). "From the Scylla of Restriction to the Charybdis of Licence? Exploring the scope of the 'special purposes' freedom of expression shield in European data protection", in *Common Market Law Review*, 52.
- ERDOS D. (2019). *European Data Protection and Freedom of Expression After Buidis: An Increasingly Significant Tension*, in *European Law Blog*, 21 febbraio 2019.
- FOIS S. (1960). *Censura (diritto interno)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI. Giuffrè. Milano.
- GINZBURG C. (2011). *Nondimanco. Machiavelli, Pascal*. Adelphi. Torino.
- HIRSCHL R. (2011). *The Judicialization of Politics*, in R. E. Goodin (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford University Press. Oxford-New York.
- LIPARI N. (1978). *Libertà di informare o diritto ad essere informati? (Spunti di riflessione)*, in *Il Diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*.
- MANETTI M. (1994). *Poteri neutrali e Costituzione*. Giuffrè. Milano.
- MANETTI M. (2006). *Sub Art. 21*, in A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*. Zanichelli. Roma – Bologna.
- MELZI D'ERIL C. (2014). *Il sequestro dei siti on-line: una proposta di applicazione analogica dell'art. 21 Cost. "a dispetto" della giurisprudenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2.
- OROFINO M. (2019). *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinari*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, n. 2.
- PACE A. (1992). *Comunicazioni di massa - Diritto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani. Roma.

- PACE A. (2007a). *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, co. 1, del T.U. della radiotelevisione*, in *Diritto pubblico*, n. 2.
- PACE A. (2007b). *Quel che il Garante della privacy non può vietare*, in *associazione-deicostituzionalisti.it*, 27 marzo 2007.
- PALADIN L. (1979). *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in ID. (a cura di), *La libertà di informazione*. Giappichelli. Torino.
- PASCUZZI G. (2010). *Il diritto dell'era digitale*. Il Mulino. Bologna.
- PAUNER CHULVI C. (2015). *La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística*, in *Teoria y Realidad Constitucional*, n. 36.
- PITRUZZELLA G. (2018). *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, n. 1.
- PITRUZZELLA G.; POLLICINO O. (2020). *Disinformation and hate speech. A European Constitutional Perspective*. Bocconi University Press. Milano.
- POLLICINO O. (2021). *Piattaforme digitali e libertà di espressione: l'ora zero*, in *la-voce.info*, 19 gennaio.
- PONCET C. (1980). *La liberté d'information du journaliste: un droit fondamental? Étude de droit suisse et comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*.
- RICCIO G. M. (2014). *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5.
- RIVERO J. (1979). *Il regime giuridico dell'informazione in Francia*, in L. Paladin (a cura di), *La libertà di informazione*. Giappichelli. Torino
- SANDULLI A. M. (1990^a). *La libertà di informazione*, in ID., *Scritti giuridici. Diritto costituzionale*, I. Jovene. Napoli.
- SANDULLI A. M. (1990^b). *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in ID., *Scritti giuridici. Diritto costituzionale*, II. Jovene. Napoli.
- VIGANÒ F. (2021). *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, n. 1.
- WALDMAN A. E. (2018). *The Marketplace of Fake News*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, n. 20.

VIGILANCIA MASIVA Y USO DE DATOS PARA LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

PABLO ESPINOSA PICO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Instrumentos jurídicos. – 3. Ámbitos de aplicación. – 3.1. Ámbito de aplicación del RGPD. – 3.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 2016/680. – 4. Propósito inicial de recogida y finalidad posterior de procesamiento. Puente entre el RGPD y la Directiva. – 5. Transferencias realizadas entre operadores económicos con posibles tratamientos posteriores relativos a fines de seguridad nacional. – 6. Principio de finalidad como garantía para el tratamiento de datos personales con finalidad de procesamiento posterior diferente. – 7. Vigilancia Masiva. – 7.1. Injerencia a los derechos fundamentales. – 7.2. Requisitos para justificación de la injerencia. – 7.2.1. Finalidad u objetivo legítimo. – 7.2.2. Previsión legal. – 7.2.3. Medida necesaria en una sociedad democrática para lograr el fin legítimo. – 8. Conclusiones.

1. Introducción

Desde finales del siglo XX, vivimos en una sociedad digital volcada hacia la revolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones, esto ha ocasionado que se tenga un increíble flujo de información, ideas y conocimiento, como nunca se ha visto en la historia de la humanidad. En nuestra sociedad digital, la información es la materia prima y el factor decisivo de la organización económica. Esto ha generado cambios profundos, sobre todo cambios en las interacciones entre los miembros la sociedad. Esto nos ha llevado a estar rodeados continuamente de información y a ser fuentes permanentes de datos incluso sin saberlo. Nuestros dispositivos digitales son vertientes constantes de datos que generamos inclusive solo portándolos. Estas vertientes de información no se pierden en el océano, sino que son recopiladas por empresas privadas y agencias estatales con finalidades diversas, como predecir nuestra próxima compra o predecir un futuro crimen.

Las preguntas que surgen son, ¿cuál es el tratamiento que se hace con nuestros datos?, ¿cómo y para qué fines se recopila nuestra información?; a partir de estas preguntas es cuando es pertinente conocer el concepto de vigilancia masiva, y donde nos damos cuenta de que los datos que aportamos sirven para varias finalidades.

Tanto las grandes corporaciones comerciales como las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley han estado inmersas en los últimos años, en descifrar el rompecabezas de datos y algoritmos que servirá para pronosticar esa próxima compra o ese futuro atentado. Debido a esto tienen una sed insaciable por los datos personales. Ya sea que estos datos estén en nuestro poder o en el de terceros, y sin importar con la finalidad con la que se recopilen sea esta comercial o de investigación criminal. La tendencia de las autoridades ha recopilar todo tipo de datos especialmente los que inicialmente fueron recabados con una finalidad comercial, puede evidenciarse con la gran cantidad de solicitudes de información realizadas a empresas tecnológicas a nivel mundial¹, el caso de la transferencia de datos de registro de pasajeros aéreos a las autoridades² o la derogada Directiva sobre retención de datos de telecomunicaciones por proveedores de servicios de Internet para su uso posterior por parte de las autoridades policiales³.

Esta revolución tecnológica incluso abarca otro tipo de datos sensibles, que por sus características identificadoras han sido utilizados por las autoridades en la investigación criminal desde hace décadas (Cole, 2001). Los datos biométricos en la actualidad son de uso común como controles de acceso, utilizados desde dispositivos móviles hasta como llave digital para edificios con altos niveles de seguridad. Compañías cuya principal actividad es el uso masivo de redes sociales y tecnología como Facebook, tienen incluso bases de datos biométricos⁴, que junto a los datos personales que llevan recopilando por años como nombres, fecha de nacimiento, direcciones, números de teléfono, constituye información sensible y a la vez muy valiosa para la investigación criminal y para los programas de vigilancia masiva que recopilan todo tipo de información, la mayoría de las veces de forma indiscriminada.

¹ Ver informes de transparencia de Apple y Google respectivamente <https://images.apple.com/legal/privacy/transparency/requests-2016-H2-en.pdf> and at <https://transparencyreport.google.com/user-data/overview>

² Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

³ Directiva 2006/24 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

⁴ Esta recopilación, almacenamiento y utilización de imágenes faciales incluso ha sido objeto de demandas en Estados Unidos por no existir el debido consentimiento informado. Ver en <https://www.reuters.com/article/us-facebook-privacy-lawsuit-idUSKCN25G08M>.

Debido al inevitable avance tecnológico y especialmente al uso generalizado de datos, se ocasionan nuevos problemas éticos, sociales y legales que nos obligan a buscar soluciones jurídicas.

2. Instrumentos Jurídicos

En esta búsqueda de soluciones jurídicas frente a operaciones tecnológicas que pueden injerir derechos fundamentales la Unión Europea ha adoptado medidas destinadas a frenar el uso indiscriminado de los datos personales⁵. Como la elaboración de instrumentos jurídicos que aseguren el establecimiento de garantías firmes y equivalentes en todos los Estados miembros buscando de esta manera garantizar el respeto del derecho fundamental a la protección de datos personales. A esto responde la creación de el 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/ (en adelante RGPD). Con este Reglamento, como señala su considerando 2, se pretende por parte de la UE “contribuir a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia y de una unión económica, al progreso económico y social, al refuerzo y la convergencia de las economías dentro del mercado interior, así como al bienestar de las personas físicas.” La Directiva 95/46 CE que es derogada por este reglamento había sido un avance significativo en la regulación europea en protección de datos, pero necesitaba una actualización, debido especialmente por su naturaleza normativa al ser una directiva, se ocasionaba el inconveniente de falta de homogeneidad en la interpretación y traslación a los ordenamientos jurídicos por parte de los Estados miembros. Por esta razón, esta vez al emitir un Reglamento esta norma es directamente aplicable y no necesita ni admite trasposición por parte de los Estados miembros. Su aplicabilidad directa reduce la fragmentación normativa y brinda una homogeneización y aumento de la seguridad jurídica.

En el mismo contexto nace la Directiva (UE) 2016/680 del 27 de abril, de 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las

⁵ Ver en: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Un enfoque global sobre la protección de los datos personales en la Unión Europea”, COM (2010) 609 final, Bruselas 4.11.2012.

personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (en adelante Directiva). Esta Directiva, por una parte, busca la protección de los derechos y libertades fundamentales, especialmente el derecho a la protección de los datos personales y, por otro lado, procede a garantizar un alto nivel de seguridad pública, ayudando a asegurar el intercambio de datos personales entre las autoridades competentes dentro de la Unión Europea.

La Directiva, junto al Reglamento General de Protección de Datos, son el núcleo del marco europeo de protección de datos personales. En consecuencia a los objetivos principales del espacio de libertad, seguridad y justicia, definidos en el art. 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). La Directiva busca ayudar en la consecución de estos objetivos al garantizar un alto nivel de seguridad mediante la prevención de los delitos y la cooperación entre las autoridades judiciales y policiales (Sánchez, 2017).

Desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales nos aparecen preguntas como; ¿cuál es el marco legal que se aplica cuando las fuerzas del orden público acceden a datos personales conseguidos por terceros?, como las empresas privadas de redes sociales. Lo que nos llevará también a analizar si ese marco ofrece claras garantías al derecho de protección de datos personales de los interesados. En orden de identificar el instrumento legal aplicable, es necesario revisar el objeto y ámbito de aplicación de los instrumentos jurídicos en cuestión, para así identificar en que marco legal se puede ubicar a la recopilación de datos con fines de prevención o investigación criminal.

3. Ámbitos de aplicación

3.1. Ámbito de aplicación del RGPD

El RGPD en su art. 1 apartado 1, apunta los elementos fundamentales que conforman su objeto: en primer lugar, la protección de las personas físicas en lo referente al tratamiento de sus datos personales, y en segundo lugar la libre circulación de estos datos. Así podemos ver que el objeto del RGPD es doble, regular un derecho fundamental y garantizar una libertad. El derecho fundamental es la protección de datos personales el cual esta reconocido

en la Carta Europea de Derechos Fundamentales art. 8, y la garantía es la libre circulación de datos dentro de la Unión Europea, eso si siempre que la libre circulación no reduzca el nivel de protección del derecho (CAZURRO, 2020).

Por lo que respecta al ámbito de aplicación material, el artículo 2 del RGPD ofrece una manifestación positiva sobre cual es el ámbito de aplicación de la norma de forma general, y una definición negativa, al enumerar las excepciones que deberán ser interpretadas de forma restrictiva. El Reglamento señala que este aplica “al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”⁶.

Mientras que como exclusiones señala expresamente en su art. 2.2 c), el tratamiento de datos personales “por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención”⁷, por lo que a primera vista se excluirá la aplicación del RGPD en el tratamiento posterior de los datos con finalidad relativa a investigación criminal que estamos analizando.

3.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 2016/680

Esta Directiva esta destinada al ámbito policial, de la administración de justicia y penitenciaria, y busca asegurar que los datos de las víctimas, testigos y sospechosos de el cometimiento de delitos estén protegidos en el ámbito de una investigación criminal. También esta normativa busca facilitar la cooperación internacional transfronteriza policial, para combatir de forma armoniosa y eficaz el crimen en Europa. La Directiva se rige en los mismos principios, derechos y reglas que el RGPD, con algunas diferencias por la finalidad específica del tratamiento de datos enfocado en ámbitos jurídicos criminales. El RGPD es aplicable de forma supletoria en esta materia, como lo indica el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 3/2018 sobre protección de datos y garantía de los derechos digitales.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la Directiva 2016/680, la norma se extiende a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia, en lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales. Pero se excluyen de su ámbito de aplicación las actividades rela-

⁶ Artículo 2.1 del RGPD.

⁷ Artículo 2.2 del RGPD.

cionadas con la seguridad nacional, y las actividades de los servicios o unidades que traten cuestiones de seguridad nacional de acuerdo con lo señalado en su considerando 14.

De esta manera sabiendo que algunos de los principales programas de tratamiento masivo de datos con fines de investigación criminal como son los programas de vigilancia masiva son utilizados con la finalidad de proteger la seguridad nacional de amenazas como el terrorismo, esta sería una cláusula de “escape” para el control de los programas de vigilancia masiva en el ámbito de la Directiva. Esto debido a que en un contexto social donde sigue presente la amenaza del terrorismo, tanto nacional como internacional, en la práctica la totalidad de los países del mundo, y las agencias de inteligencia, han aprovechado las ventajas que ofrecen estos sistemas de tratamiento masivo de datos para desarrollar los llamados “programas de vigilancia masiva” (PVM), sobre los que hablaremos más adelante, y cuyo propósito inicial es la defensa de la seguridad nacional. No obstante, dado el secretismo y la escasa información que existe sobre ellos, así como la insuficiente regulación establecida a nivel nacional, estos programas entrañan numerosos riesgos para los derechos más elementales de los ciudadanos.

Por tanto, se podría hacer una diferenciación entre el tratamiento de datos con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales enmarcados en el ámbito de aplicación de la Directiva 2016/680 y el tratamiento de datos con fines de investigación y prevención relativos a la seguridad nacional que quedaría excluido de la misma.

Así, analizaremos las garantías que ofrece la Directiva para la protección de los datos personales y posteriormente analizaremos los límites que se han impuesto jurisprudencialmente a los PVM.

4. Propósito inicial de recogida y finalidad posterior de procesamiento. Puente entre el RGPD y la Directiva

De forma preliminar se podría vacilar entre el RGPD y la Directiva 2016/680 al momento de determinar que normativa aplicaría en el análisis de datos recopilados con fines varios y tratados de forma posterior con una finalidad de investigación criminal. Sin embargo, analizando los considerandos de estos instrumentos legales nos daremos cuenta de que estos crean un “puente” entre sí, cuando los datos personales sean procesados con una finalidad que encuadre en el alcance del otro instrumento (JASSERAND, 2017).

Esto es por ejemplo como en el caso de análisis de este documento, cuando se recopilan datos con fines comerciales y posteriormente se los utiliza con una finalidad de prevención, investigación o enjuiciamiento criminal. En este caso aplicaría el considerando 19 del RGPD que prevé la aplicabilidad de la Directiva 2016/680 al procesamiento posterior de los datos con fines de prevención, investigación o enjuiciamiento de actividades criminales por parte de las autoridades competentes. Y de manera inversa el considerando 11 de la Directiva 2016/680 aplica en el caso de datos personales recopilados con fines de investigación criminal y procesados posteriormente con otros fines no compatibles al ámbito de la Directiva.

En este contexto donde las autoridades competentes para administrar justicia acceden a los datos personales recopilados por terceros privados con un propósito comercial se puede diferenciar entre el “propósito inicial de recogida”, sujeto al RGPD, y la “finalidad de procesamiento posterior”, sujeta a la Directiva 2016 / 680 (JASSERAND, 2017).

Acorde a las circunstancias del escenario en cuestión, el propósito inicial de recopilación normalmente será efectuado por una empresa privada a sus clientes o prospectivos clientes con fines comerciales, publicitarios, etc. Si este tratamiento de datos cumple con los requisitos señalados en el art. 2.1 del RGPD estará sujeto a las normas de tratamiento del reglamento ya que la sola recogida de datos, así estos no sean procesados o analizados, es considerada un tratamiento de datos acorde al art. 4.2 del RGPD. Mientras que la finalidad posterior de tratamiento esta abarcada en el ámbito de aplicación de la Directiva 2016/680 si estos datos se procesan con fines de prevención, investigación o enjuiciamiento criminal. Así las cosas, el acceso y procesamiento posterior de estos datos por parte de las fuerzas del orden estaría enmarcado en los tratamientos señalados en el art. 3.2 de la Directiva.

Como hemos visto el RGPD se aplicaría al propósito inicial de recogida, mientras que la Directiva 2016/680 al procesamiento posterior de los datos por parte de las autoridades competentes. Aunque ambos instrumentos reconocen esta situación y determinan la normativa aplicable, el legislador no señala normas específicas para el acceso a los datos personales recopilados para un propósito diferente por parte de las autoridades competentes (JASSERAND, 2017).

El Grupo de Trabajo del artículo 29 en su Dictamen 03/2015 al respecto recomendó que “cualquier procesamiento para un propósito diferente al específico para el cual se procesaron originalmente los datos siempre debe tener su propia base jurídica, incluidas salvaguardias claras y específicas”. Si como hemos analizado, consideramos que el procesamiento posterior de los

datos esta dentro del ámbito de la Directiva, debemos revisar si esta contiene garantías claras y específicas que aseguren la protección de los interesados cuyos datos personales están siendo tratados. Por lo que revisaremos las garantías incluidas en la Directiva y posteriormente los límites impuestos jurisprudencialmente a los PVM que de la misma forma tratan con datos personales recopilados con varios fines.

5. Transferencias realizadas entre operadores económicos con posibles tratamientos posteriores relativos a fines de seguridad nacional

Esta situación es analizada de forma pormenorizada en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-311/18, Comisaria de Protección de Datos vs Facebook Irlanda y Maximillian Schrems. También conocida como sentencia Schrems II.

En la primera cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dilucida sobre si se debe interpretar que una transferencia de datos personales realizada por un operador económico establecido en un Estado miembro a otro operador económico establecido en un país tercero, si mientras se realiza o después de la comunicación de datos, estos datos puedan ser tratados por las autoridades de ese país tercero con fines de seguridad nacional, defensa y seguridad del Estado, estas operaciones estarían o no dentro del ámbito de aplicación del RGPD⁸.

Según este contexto se le pregunta al Tribunal sobre las excepciones del ámbito de aplicación enmarcados dentro del artículo 2 del RGPD, donde se incluye el tratamiento de datos por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención. Estas excepciones interpretadas en relación con el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea (TUE) apartado 2, referente a las funciones esenciales del estado que tienen por objeto garantizar la integridad territorial, mantener el orden público y especialmente salvaguardar la seguridad nacional, que son responsabilidad exclusiva de cada miembro. Por lo tanto, surge la cuestión, si las excepciones mencionadas permanecen en el ámbito de excepción del RGPD por su relación con la seguridad nacional responsabilidad exclusiva de los Estados o están dentro del ámbito de aplicación del reglamento.

⁸ TJUE, Schrems II, párr. 80.

A esto el Tribunal responde que la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro por lo que no es pertinente la disposición señalada en el art. 4 apartado 2 del TUE para interpretar el artículo 2, apartados 1 y 2 letras a), b) y d) del RGPD.

Sin embargo, el ámbito de aplicación del RGPD si incluye las transmisiones de datos personales desde un Estado miembro a un tercer país, al constituir por sí misma esta operación un tratamiento de datos personales efectuado en el territorio de un Estado miembro. Interpretando las excepciones del art. 2.2 del reglamento en sentido estricto, esta transferencia al ser realizada entre dos personas jurídicas no esta comprendida en el ámbito de excepción del art. 2 apartado 2 letra c), que tiene por objeto el tratamiento de datos efectuados por una persona física en el ejercicio de actividades personales o domesticas. Y tampoco se les aplican las excepciones referentes a actividades propias del Estado y no de las esferas particulares⁹.

La posibilidad de que los datos personales transferidos de un operador económico a otro con una finalidad comercial sean tratados durante o después de la transferencia, con fines de seguridad pública, defensa o seguridad nacional por parte de la autoridad competente del país tercero, no excluye esta transmisión del ámbito de aplicación del RGPD. El Tribunal señala que la Comisión al tener como obligación en el momento de evaluar la adecuación de nivel de protección de datos ofrecido por un país tercero, dentro de esta evaluación se revisa de forma específica “la legislación pertinente, tanto general como sectorial, incluida la relativa a la seguridad pública, la defensa, la seguridad nacional y la legislación penal, y el acceso de las autoridades públicas a los datos personales, así como la aplicación de dicha legislación” según lo enmarcado en el artículo 45 apartado 2 a) del RGPD. El tenor del precepto antes señalado, según el TJUE pone de manifiesto que el posible tratamiento de datos personales por un país tercero con fines de seguridad pública o defensa, no pone en discusión el ámbito de aplicación del RGPD en estas transmisiones¹⁰.

Sobre el nivel de protección exigido a estas transmisiones el TJUE señala que al estar comprendidas dentro del ámbito de aplicación del RGPD, y este reglamento al tener como finalidad garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas dentro de la Unión, en ese propósito debe garantizar que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas con relación al tratamiento de datos

⁹ TJUE, Schrems II, párr. 85.

¹⁰ TJUE, Schrems II, párr. 87.

personales sea coherente y homogénea. Por lo que el nivel de protección deberá determinarse conforme al artículo 46 apartado 1 del Reglamento (transferencias mediante garantías adecuadas) y estas normas deberán ser interpretadas bajo la protección de los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE¹¹.

Si bien el reglamento no enumera de forma exhaustiva los diferentes elementos que deberán tomarse en cuenta para valorar la adecuación del nivel de la protección que debe mantenerse en el marco de una transferencia a un país tercero, el artículo 46 apartado 1 del RGPD señala que “los interesados siempre deberán gozar de las garantías adecuadas y contar con derechos exigibles y acciones legales efectivas”¹².

En este sentido la sentencia señala que la evaluación necesaria para una transferencia a un país tercero, debe tener especial rigor sobre las estipulaciones contractuales acordadas entre el responsable o el encargado del tratamiento establecidos en la Unión y el destinatario de la transferencia establecido en el país tercero, por lo que incluye un posible acceso de las autoridades a los datos personales transferidos. Se debe tomar en consideración los elementos pertinentes del ordenamiento jurídico del país receptor, como el Estado de derecho, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, legislación relativa a seguridad pública, defensa, seguridad nacional y legislación penal, entre otros mencionados en el artículo 45, apartado 2, del RGPD¹³.

6. Principio de Finalidad como garantía para el tratamiento de datos personales con finalidad de procesamiento posterior diferente

Uno de los objetivos fundamentales de la Directiva 2016/680 es la protección de los derechos fundamentales de las personas, especialmente el derecho a la protección de datos personales¹⁴. Para esto la Directiva recoge los principios relativos al tratamiento de datos personales que son los ejes rectores para todo tratamiento realizado en el ámbito que estamos analizando. Los Principios determinan las garantías que deben respetarse en el procesamiento de datos personales, precisando una interpretación en conjunto, estable-

¹¹ TJUE, Schrems II, párr. 87.

¹² TJUE, Schrems II, párr. 103.

¹³ TJUE, Schrems II, párr. 104.

¹⁴ Artículo. 1.2 Directiva 2016/680

cen de forma amplia y general las reglas que deben seguirse en el tratamiento y uso de datos personales. Estos principios están señalados en el art. 4 de la Directiva y son los siguientes: Principio de licitud, lealtad y transparencia; Principio de finalidad; Principio de minimización de datos; Principio de exactitud de los datos; Principio de limitación del plazo de conservación; Principio de integridad y confidencialidad; Principio de responsabilidad proactiva.

Acorde al escenario que se analiza en este documento, es relevante el Principio de Limitación de la Finalidad que sería una de las principales garantías para el uso de datos recopilados con un propósito inicial y procesados con un propósito diferente. Como afirma el Grupo de trabajo del art. 29 en su opinión sobre la limitación de la finalidad (OPINIÓN 03/2013), el principio de finalidad es “una piedra angular de la protección de datos”. Constituye una salvaguardia contra el uso indebido o abuso de los datos personales y orienta el uso legal de los datos personales recopilados para un propósito diferente. Este principio implica que los datos personales que son recopilados, tratados y cedidos solamente pueden serlo para un determinado y exclusivo fin, haciendo ilegítima su utilización posterior en otros fines. Sin embargo, este principio no es absoluto y la propia Directiva permite el uso posterior de los datos personales para fines distintos a los de recogida (MONTORO, 2019).

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2016/680 permite la reutilización de los datos personales recopilados por otras partes si existe una norma legal que lo permita y sea necesario y proporcionado para el fin posterior. Lo que nos lleva a cuestionar si esta disposición ofrece garantías suficientes para proteger a las personas cuyos datos personales se recopilan bajo el régimen del RGPD y posteriormente se utilizan bajo el régimen de la Directiva 2016/680.

La interpretación que se da al principio de limitación de la finalidad es diferente en el RGPD y en la Directiva. Cuando se utiliza la normativa del RGPD, la compatibilidad de un procesamiento posterior con el procesamiento inicial se evalúa mediante una prueba de compatibilidad basada en cinco indicadores, como se describe en el artículo 6.4 del RGPD (JASSERAND, 2017). Estos indicadores incluyen: la relación entre el procesamiento inicial y el procesamiento posterior; el contexto en que se han recogido los datos; la naturaleza de los datos personales; el impacto del procesamiento posterior en los interesados, y la existencia de garantías adecuadas. Por el contrario, en la Directiva no se evalúa la compatibilidad del procesamiento posterior con la prueba antes mencionada, que se sustituye en cambio por

una excepción basada en los principios de legalidad (conformidad con el derecho de la Unión o del Estado miembro) y proporcionalidad¹⁵. Sin embargo, como ha observado acertadamente el Supervisor Europeo de Protección de Datos, con respecto al uso posterior con fines de investigación criminal de bases de datos construidas inicialmente con fines administrativos, al manifestar que, una base de datos considerada proporcionada cuando se utiliza para un propósito específico puede volverse desproporcionada cuando el uso se amplía posteriormente a otros fines¹⁶.

Otro aspecto controvertido es la primera frase del artículo 4.2 de la Directiva que establece “se permitirá el tratamiento de los datos personales, por el mismo responsable o por otro, para fines establecidos en el artículo 1.1, distintos de aquel para el que se recojan”. Esta previsión no restringe de forma precisa la utilización posterior de datos ya que deja un amplio margen de interpretación a los responsables, que podrían hacer un uso posterior de los datos muy extensible, siempre que pueda de alguna manera enmarcarse en el ámbito de aplicación de la Directiva (MONTORO, 2019).

Así la redacción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2016/680 es ambigua y permite una interpretación amplia que abarca cualquier propósito inicial de procesamiento dentro o fuera del alcance de la Directiva 2016/680. Convirtiéndose en una garantía no muy clara para el derecho a la protección de datos personales en la cesión de datos de terceros para una investigación criminal.

7. Vigilancia Masiva

Por vigilancia masiva debemos entender aquella red de vigilancia que se ejerce sobre una importante parte de la población. La vigilancia puede ser ejecutada por Estados, empresas privadas u organizaciones no gubernamentales, aunque el Estado suele ser el principal responsable. Las empresas en ocasiones desarrollan la vigilancia en nombre del Estado, aunque también pueden hacerlo por iniciativa propia. Dependiendo de las leyes de cada nación y sus sistemas judiciales, la legalidad y alcance de la vigilancia masiva cambia. Y no sólo depende de la nación y su sistema judicial, sino del tipo de

¹⁵ Artículo 4.2 Directiva 2016/680.

¹⁶ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre migración (2012/C 34/02).

vigilancia masiva frente al que nos encontremos. Puesto que existen varios tipos de vigilancia; desde la que monitoriza conversaciones telefónicas, o la utilización de los datos que hemos entregado. Hasta las actualmente famosas aplicaciones de rastreo, puestas en el foco por la pandemia ocasionada por el Covid-19.

El Big Data es uno de los métodos mediante los cuales los PMV recopilan información y la analizan. Lamentablemente el RGPD más que proporcionar soluciones específicas para abordar los problemas planteados por el nuevo paradigma de gestión de la información, solo es un punto de partida para una reflexión más amplia. El marco regulador de la Unión Europea, a partir de las primeras leyes sobre protección de datos, se basa en el presupuesto según el cual las personas son capaces de conocer los métodos y los fines del tratamiento y de entenderlos en términos de posibles consecuencias. Sin embargo, en el contexto del Big Data, la complejidad del tratamiento incrementa los límites a la autodeterminación real de la persona. Así mismo, existen dificultades en la aplicación de los principios de minimización y de finalidad del tratamiento (MANTELERO, 2017).

Hemos empezado a ser realmente conscientes, tanto nosotros como los órganos jurisdiccionales, de la posible vulneración de nuestros derechos y de que estábamos siendo más vigilados de lo que pensábamos. A partir de las filtraciones de Edward Snowden, es cuando han empezado los tribunales a pronunciarse, aunque no siempre en el sentido que se podría intuir o en aquel que valoraba más el derecho a la vida privada que las posibles acciones terroristas. Una de las principales características de estos programas es su confidencialidad, lo que dificulta que se tenga información sobre el alcance real de estos programas. Así, lo poco que se conoce hasta el momento es la información que se ha logrado filtrar. La recopilación masiva e indiscriminada de nuestros datos puede suponer un choque contra el derecho a la privacidad, intimidad, derecho a la protección de datos y secreto de las comunicaciones.

7.1. Injerencia a los derechos fundamentales

Al respecto de estos programas el Parlamento Europeo ya realizó un informe redactado por una Comisión temporal¹⁷, que se creó para investigar su

¹⁷ “Informe Moraes” de 21 de febrero de 2014 Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0139+0+DOC+XML+V0//ES>.

funcionamiento. El “Informe Moraes” determinó: que estos programas son una vulneración sistemática de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, no siendo posible garantizar, ni a las instituciones públicas de la UE, ni a sus ciudadanos, que su seguridad o intimidad informática puedan ser protegidas de los ataques de intrusos bien equipados. Además, pone en entredicho que los fines de estas operaciones de vigilancia masiva respondan únicamente al fin de la lucha contra el terrorismo y la defensa de la seguridad nacional, llegándoles a atribuir otros fines como el “espionaje político y económico”, o la elaboración de perfiles de ciudadanos, tratándonos a todos como potenciales sospechosos¹⁸.

El informe señaló que solo se permitiría intervenciones de espionaje en los casos en que este en peligro la seguridad nacional, siempre y cuando esta injerencia a la privacidad esté prevista en el derecho interno del país, sea accesible su conocimiento a todas las personas y se indique claramente en que circunstancias se realizaría. Estas operaciones deben ser equilibradas, por lo que debe establecerse simetría con los derechos en juego, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Estas medidas no solo deben ser necesarias, sino también deben estar legitimadas y ser compatibles con los derechos fundamentales, por lo que deben ser observadas con medios de control estatales previamente designados (GONZÁLEZ MONJE 2017, 283).

Un precedente importante que considerar en este ámbito es la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea denominada Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner, del 6 de octubre de 2015¹⁹. Esta sentencia también conocida como Schrems I, constituyó la invalidación de una norma de derecho comunitario como fue la Decisión CE 2000/520/CE²⁰ de la comisión europea, fundamentada de forma coherente con los derechos fundamentales, tomando como marco jurídico la CDFUE.

¹⁸ En este sentido, señala este Informe en su conclusión 12, que estos programas “constituyen un paso más hacia el establecimiento de un estado preventivo de pleno derecho”.

¹⁹ TJUE. Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner, C-362/14, 6 de octubre de 2015.

²⁰ Comisión Europea. Decisión de la CE, 2000/520/CE, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n.º 125, 25 de agosto de 2000.

En esta sentencia se considero vulnerados los derechos a la privacidad y a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, pese a que no se haya considerado vulnerado el derecho a la protección de datos de carácter personal, resulta llamativo ya que en la sentencia se recurre de forma manifiesta a la noción de “dato personal”. En esta sentencia el TJUE precediendo la base de su decisión en jurisprudencia anterior²¹, estaba consciente que el derecho a la privacidad puede ser limitado siempre que se tengan ciertas garantías. Estas garantías se configuran por medio de estándares, de acuerdo con el art. 52.1 de la CDFUE, que limitan los derechos salvaguardados por la Carta. Estas deben respetar dos ejes primordiales de los derechos que son el contenido esencial y el principio de proporcionalidad²². De esta manera se impone como requisito de legitimación para los límites a los derechos fundamentales su aserción al contenido esencial del derecho y al principio de proporcionalidad.

En la sentencia *Digital Rights Ireland* el tribunal dirimió que se había vulnerado el derecho a la privacidad por que no se había cumplido el principio de proporcionalidad, específicamente por no cumplir garantías mínimas como el ámbito de aplicación, periodo de tiempo limitado para la conservación de los datos y la capacidad de los afectados para presentar una reclamación efectiva²³.

En contraposición en la sentencia *Schrems I* el TJUE afirma que se vulnero el contenido esencial del derecho a la privacidad. El Tribunal manifestó: “una normativa que permite a las autoridades públicas acceder de forma generalizada al contenido de las comunicaciones electrónicas lesiona el contenido esencial del derecho fundamental al respeto de la vida privada”²⁴. Y en la aplicación de este criterio en la sentencia *Schrems I* el tribunal concluye que se produce la vulneración al contenido esencial del derecho. Esto debido a que no se limita de forma proporcional una normativa que autoriza de

²¹ TJUE, *Digital Rights Ireland Ltd. y Minister for Communications*, C-293/12 y C-594/12, 8 de abril de 2014, 38.

²² Art. 52.1 CDFUE: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

²³ TJUE, *Digital Rights Ireland*, párr. 45-66.

²⁴ TJUE, *Schrems*, párr. 94. Véase TJUE. *Digital Rights Ireland*, párr. 39, interpretado a contrario sensu.

forma generalizada la conservación de la totalidad de los datos de todas las personas cuya información sea transferida de la UE a Estados Unidos, sin establecer límites y excepciones acorde al objetivo y finalidad perseguida, en este caso la seguridad nacional, que justifique la vulneración que conlleva el acceso y utilización de estos datos²⁵. Pese a que el TJUE considera válidos los programas de vigilancia masiva, ya advierte que la naturaleza de estos programas supone una vulneración inaceptable al derecho a la privacidad si no se aplican las garantías adecuadas para limitar los derechos afectados.

La opinión del TEDH sobre los PVM tampoco afirma que cualquier sistema de interceptación masiva constituye por sí mismo una violación del CEDH. Esta visión queda reflejada en la STEDH *Big Brother Watch vs. United Kingdom*, que a su vez establece, conforme al apartado segundo del art. 8 CEDH, los principios y requisitos a los que se deben someter estos programas, para salvaguardar y respetar los derechos fundamentales garantizados por el convenio.

Analizaremos los requisitos que deben cumplir los Estados, en la aplicación y utilización de los PVM, para que cualquier injerencia de estos sobre el derecho a la vida privada de los ciudadanos, sea lo menos lesiva y pueda justificarse de acuerdo con lo estipulado en el CEDH.

7.2. Requisitos para justificación de la injerencia

7.2.1. Finalidad u objetivo legítimo

La Seguridad Nacional es uno de los objetivos legítimos recogidos en el apartado segundo del art. 8 CEDH. Al respecto, el TEDH entiende que las autoridades nacionales disfrutan de un amplio margen a la hora de lograr tal objetivo. Señala que los PVM, entran dentro de ese margen de apreciación, y que constituyen un mecanismo adecuado en la consecución de este objetivo. Puesto que, en la actualidad, las amenazas que atentan contra la seguridad nacional de los Estados, como el terrorismo, el narcotráfico, o ciertos delitos informáticos, se encuentran potenciadas por el desarrollo tecnológico. La amplia variedad de canales y medios de comunicación aumentan el grado de imprevisibilidad, y en consecuencia dificulta su prevención y detención²⁶.

Esta prerrogativa dada a los Estados, a la hora de poder elegir el meca-

²⁵ TJUE, Schrems, párr. 93.

²⁶ En este sentido, véase el apartado 106 de STEDH de 29 de junio de 2006, *Weber y Saravia c. Alemania*.

nismo con el que garantizan este objetivo legítimo, se ve limitado por un mayor número de requisitos que hagan suficientemente previsible estos regímenes de interceptación, para minimizar el riesgo de abusos de poder por parte de los Estados.

7.2.2. Previsión legal

Este es uno de los requisitos fundamentales para la legitimación del uso de los PVM por los Estados. La utilización de estos programas de interceptación masiva deberá estar regulada en el ordenamiento jurídico del país en una norma con fuerza de ley. Además, dicha ley deberá ser accesible y previsible, para las personas interesadas respecto a sus efectos²⁷.

En cuanto a la “previsibilidad”, el grado de exigencia de esta en el contexto de los PVM, dada su naturaleza secreta, no puede ser el mismo que en otros ámbitos. En este sentido, el TEDH reitera en esta sentencia lo dispuesto en el apartado 93 de la STEDH Weber y Saravia c. Alemania. Señalando que la previsibilidad, no significa que una persona pueda prever cuando es probable que las autoridades intercepten sus comunicaciones, para adaptar su comportamiento en consecuencia. Sino que, para evitar la arbitrariedad y el abuso del Estado, lo esencial es que la legislación nacional sea lo suficientemente clara como para dar a los ciudadanos una indicación adecuada de las circunstancias y las condiciones en que las autoridades están facultadas para recurrir a tales medidas.

Basándose en reiterada jurisprudencia sobre la intervención de las comunicaciones, el TEDH considero la vigilancia masiva como una forma de intervención de las comunicaciones, y aplicó las garantías mínimas que deben contar estas interceptaciones como son: la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a una orden de interceptación, la especificación de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, los límites a la duración de la ejecución de la medida, el procedimiento que deberá seguirse para el uso y conservación de los datos obtenidos, las precauciones necesarias para comunicar los datos a otras organizaciones y las circunstancias en las que se puede o se debe realizar el borrado o la destrucción de la información²⁸.

El TEDH también ha indicado que para determinar si un régimen de interceptación viola el artículo 8 del Convenio Europeo, se deben analizar los

²⁷ TEDH, Big Brother, párr. 305.

²⁸ TEDH, Big Brother, párr. 307.

mecanismos para supervisar la implantación y el desarrollo de esta vigilancia masiva, los mecanismos de notificación y los recursos establecidos en el sistema nacional (PAUL, 2019). Esta supervisión de las medidas de vigilancia secreta debe efectuarse en tres etapas: cuando la vigilancia se ordena por primera vez, cuando está siendo llevada a cabo, y una vez que ha sido concluida²⁹.

7.2.3. Medida necesaria en una sociedad democrática para lograr el fin legítimo

Por último, la utilización de los PVM además de responder a un fin legítimo y estar previstos en una ley con las características anteriormente descritas, debe constituir una medida necesaria en una sociedad democrática para lograr tal fin, en este caso la seguridad nacional.

Por tanto, para determinar si concurre este último requisito, se deberá hacer un “test de necesidad” y otro de “proporcionalidad”. Es decir, que tales medios sean necesarios para lograr el fin, y que, de entre las medidas disponibles para tal fin, la elegida sea la menos perjudicial para el derecho a la intimidad (SALAMANCA AGUADO, 2014).

En la sentencia *Big Brother Watch vs. The United Kingdom*, el Tribunal tras analizar una gran cantidad de material e informes, concluyó que la interceptación masiva de información, es necesaria y proporcional en una sociedad democrática, y ello en base a los argumentos que se expondrá a continuación³⁰.

Por las circunstancias actuales, en las que la sociedad se ve amenazada por terroristas y grupos criminales, los cuales cuentan con medios avanzados para cometer sus crímenes, que escapan a los controles de seguridad tradicionales. Además, como ya señalamos, la globalización y el avance tecnológico de las comunicaciones hace imposible predecir las vías de preparación delictivas. El TEDH estimó que este flujo de información “estaba incrustado en un contexto legislativo que proporcionaba salvaguardas considerables contra los abusos”, por lo que “la interferencia resultante era la necesaria en una sociedad democrática” (PAUL, 2019).

Por estas razones y debido a la ausencia de otras alternativas, que equiparen la eficacia de interceptación de los PVM, para lograr la preservación de la seguridad nacional. Aunque se reconocen los riesgos para los derechos fun-

²⁹ TEDH, *Big Brother*, párr. 309.

³⁰ TEDH, *Big Brother*, párr. 384.

damentales, que entraña la intercepción masiva, se ha reconocido la utilidad de estos programas para las operaciones de seguridad. Dado que permite a los Estados adoptar un enfoque proactivo del problema, detectando focos de peligro rápidamente.

En cuanto al régimen de intercambio de información entre las agencias de inteligencia, el TEDH entiende que, dada la particular complejidad inherente a las redes terroristas globales, es proporcional y legítimo el intercambio de información entre las agencias. Esto para prevenir la perpetración de actos terroristas, que ponen en peligro a miles de ciudadanos inocentes. Pero siempre que así lo prevea el legislador nacional y cumpla con las garantías en caso de abuso por parte de las autoridades, siendo de este modo plenamente compatible con el art. 8 CEDH.

8. Conclusiones

El uso de datos con finalidad de prevención o investigación criminal cuando estos han sido recopilados inicialmente para un propósito diferente, plantea cierta problemática al momento de definir el instrumento jurídico que regula su tratamiento y evidencia vacíos normativos. El puente entre el RGPD y la Directiva 2016/680 si bien es una herramienta útil para no obstaculizar el flujo de información entre operadores de datos y fuerzas del orden, también ocasiona un déficit normativo. Aunque ambos instrumentos reconocen esta situación y determinan la normativa aplicable, el legislador no señala normas específicas para el acceso a los datos personales recopilados para un propósito diferente por parte de las autoridades competentes. En este escenario donde las autoridades del orden acceden a los datos personales recopilados por terceros con un propósito comercial, se debe diferenciar entre el propósito inicial de recogida, sujeto al RGPD, y la finalidad de procesamiento posterior, sujeta a la Directiva 2016/680. Si se establece que el tratamiento posterior de esos datos con fines de investigación criminal entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2016/680, en esta disposición no se han adoptado normas específicas que tengan en cuenta ese escenario. La interpretación que se da al principio de limitación de la finalidad es diferente en el RGPD y en la Directiva. En el RGPD la compatibilidad de un procesamiento posterior con el procesamiento inicial se evalúa mediante una prueba de compatibilidad mas rigurosa basada en indicadores. Mientras que en la Directiva 2016/680 se evalúa la compatibilidad del procesamiento posterior por una excepción basada en los principios de legalidad y proporcionalidad, que

parecería menos restrictiva al momento de limitar injerencias al derecho a la protección de datos personales.

Otro ejemplo de la falta de reglas específicas en este contexto es la ambigüedad del artículo 4.2 de la Directiva 2016/680 al momento de delimitar la finalidad posterior de tratamiento. Esta previsión no restringe de forma precisa la utilización posterior de datos ya que deja un amplio margen de interpretación a los responsables, que podrían hacer un uso posterior de los datos siempre que pueda de alguna manera enmarcarse en el ámbito de aplicación de la Directiva. La ausencia de reglas específicas menoscaba el principio de limitación de la finalidad, que no vincula el propósito inicial del procesamiento con el propósito del procesamiento posterior.

Los programas de vigilancia masiva, que también utilizan información recopilada para fines diversos, también han presentado la ausencia de limitaciones legales por lo que jurisprudencialmente se les ha impuesto ciertos requisitos. La utilización de estos programas, junto a la colaboración de empresas tecnológicas, y la generalización en el uso de redes sociales, ha permitido que las autoridades, puedan tener acceso a una enorme cantidad de información, incluyendo datos personales sensibles. Esto conlleva, si no se adoptan las medidas y garantías necesarias, una vulneración sistemática y masiva al derecho a la vida privada de los ciudadanos.

Si bien los Tribunales europeos han dejado claro que tal injerencia estaría justificada en aras de garantizar la defensa de la seguridad nacional. Basados en la jurisprudencia del TEDH, resulta esencial para la utilización de estos medios, una legislación nacional previsible y clara para los ciudadanos, que proporcione suficientes garantías a los ciudadanos para evitar abusos y para limitar los derechos afectados. Este es el requisito más problemático, debido a la ausencia de una normativa homogénea al respecto, y en donde los órganos legislativos de cada Estado deberán trabajar con empeño y celeridad.

En conclusión, aun estamos en proceso de adaptación a la revolución tecnológica por lo que se deberá ir solucionando los problemas a la hora de compatibilizar el uso de datos personales para la prevención y consecución de la seguridad y orden, con una adecuada protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La clave será concretar el equilibrio y la cooperación, tanto entre autoridades como entre Estados, para que se respeten los derechos a la vida privada y protección de datos personales mientras se cumplen los objetivos de seguridad y justicia.

Referencias bibliográficas

- CAZURRO BARAHONA, V. (2020). *Antecedentes y fundamentos del Derecho a la protección de datos*. JB Bosch. España.
- COLE, S.A. (2001). *Suspect Identities: a History of Fingerprinting and Criminal Investigation*. Harvard Press University. Harvard.
- JASSERAND, C. (2018). Law enforcement access to personal data originally collected by private parties: Missing data subjects' safeguards in directive 2016/680?. *Computer Law & Security Review*, N. 34, 154-165. ISSN 0267-3649.
- MANTELERO, A. (2017). From group privacy to collective privacy: towards a new dimensión of privacy and data protection in the big data era. En *Group Privacy: New Challenges of Data Technologies*, 139-158. Springer International Publishing.
- MONTORO, J.A. (2019). Proceso penal, cooperación judicial y protección de datos: el nuevo escenario tras la aprobación de la directiva 2016/680/UE del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016. En: *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*. 389-399. Atelier.
- PAUL, A. (2019). El 'Gran Hermano': Un caso de vigilancia masiva en Europa. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián (Edición Especial XIII Jornadas de Derecho Natural)*, N.25,140-152. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3385821/>.
- SÁNCHEZ, M.B. (2017). Protección de datos personales en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial consideración a las transferencias de datos a terceros países y organizaciones internacionales según la directiva 2016/680. *Revista de Estudios Europeos*, N. 69, 17-36. ISSN: 2530-9854. <http://www.ree-uva.es/>.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LOS MERCADOS ELECTRÓNICOS

ELENA CRISTINA TUDOR

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El régimen de exenciones previsto en la DCE y DSA. – 2.1. Presentación general. – 2.2. La neutralidad de los intermediarios. – 2.3. El “conocimiento efectivo” de la infracción. – 2.4. La clasificación de los servicios de intermediación. – 3. Una especial referencia a la vulneración de derechos de autor. – 4. Conclusiones.

1. Introducción

Los mercados electrónicos engloban hoy todos los hipotéticos mercados o submercados de bienes y servicios específicos y relevantes desde un punto de vista económico. Entre las múltiples actividades de los mercados virtuales destacan las actividades de publicitación y de oferta y contratación a distancia y por medios telemáticos, es decir, el así llamado comercio electrónico. En atención a la naturaleza de lo que se ofrece y al modo de prestación de los servicios, podemos hablar sobre el *comercio electrónico indirecto* (cuando se contratan electrónicamente bienes/servicios que se distribuyen/prestan por los cauces físicos tradicionales) y el *comercio electrónico directo* (cuando se trate de bienes intangibles o digitalizados y servicios puestos a disposición por medios telemáticos). Si atendieramos a los intervinientes en las relaciones comerciales, tendríamos el así llamado comercio electrónico B2B (business to business), B2C (entre empresarios y consumidores) y C2C o *peer to peer* (relaciones comerciales entre particulares, fundamentalmente a través de plataformas de agregación de oferta y demanda dispersa). Todos ellos son mercados altamente disruptivos que, por razón de la globalidad del medio, también resultan susceptibles de expandirse rápidamente y convertirse en mercados desterritorizados desde la perspectiva de la oferta y la demanda, siendo la propiedad intelectual y el comercio electrónico, probablemente, los dos elementos principales que impulsan y condicionan su continuo desarrollo (CARBAJO CASCÓN, 2014, p. 538-539). Hoy, en estos mercados tienen cabida no solamente los que distribuyen directamente sus productos o servicios, sino también los intermediarios que actúan como agregadores y canalizadores de la oferta y demanda dispersa que circula en la Red y crean, en

ocasiones, auténticas plazas comerciales virtuales, autónomas y de carácter global donde tiene lugar a diario la negociación, venta, prestación de servicios o mero intercambio entre empresarios, entre éstos y consumidores o incluso solo entre particulares. De modo que resulta incuestionable el papel primordial que juegan los intermediarios en los mercados virtuales mediante los servicios de intermediación que ofrecen, con los que sirven de puente entre quienes generan o editan contenidos de todo tipo en la Red y quienes acceden a ellos, sin preseleccionarse normalmente los contenidos o las personas que utilizan estos servicios (CARBAJO CASCÓN, 2015, p. 220). Es por ello que, en Europa, hemos asistido a lo largo de los últimos años a un importante debate sobre el rol y la responsabilidad que debería tener un intermediario o prestador de servicios en los mercados electrónicos por los contenidos ilícitos que circulan o se alojan en sus redes o plataformas. Han cobrado especial relevancia las tesis que defienden la necesidad de asignarse al intermediario mayor responsabilidad en la vigilancia de las infracciones online, lo que exige evidentemente la creación de un marco jurídico que les obligue a hacerse cargo de los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas de estas infracciones¹. El debate se ha agudizado en este momento a raíz de la crisis sanitaria del COVID-19, que nos ha enseñado que los mercados electrónicos contribuyen de forma incuestionable a la transformación de los modelos económicos existentes y de la sociedad en su conjunto, al mismo tiempo que la contratación a distancia – *many to many relations*– se ha transformado en un estilo de vida de los ciudadanos a nivel mundial. Se defiende que debe regularse adecuadamente el sector, para garantizarse la seguridad jurídica, aumentar la confianza de los consumidores en estos servicios y vigilar que el *e-commerce* se realice en un entorno competitivo (BOIK, CORTS, 2016, p. 105-107).

¹ Estas tesis se fundamentaron sobre argumentos de diversa índole: a) la progresiva transformación de la economía digital en una economía de plataformas, b) la posición que ocupan los intermediarios que no encaja en el modelo tradicional de los prestadores de servicios o intermediarios, c) la jurisprudencia de diversos Estados miembros que parece imponer a los intermediarios obligaciones activas de supervisión para prevenirse las infracciones por vulneración de derechos de exclusiva y conexos, mientras que otras jurisdicciones reconocen y refuerzan el régimen de exenciones existente, d) la existencia de acciones legislativas que introducen obligaciones de supervisión, control o filtrado de los intermediarios en diversas áreas, estableciendo exclusiones a la aplicación del régimen general de exenciones de la Directiva 2000/31/CE. Es, por ejemplo, el caso de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines –ver considerandos 62 y 65 y su art. 17.3– o la Directiva (UE) 2017/1808 relativa a la prestación de servicios de comunicación audiovisual –ver, en especial, considerando 48–. Para profundizar en el tema pueden consultarse RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, 2018, p. 525-527.

El tema de la responsabilidad de los intermediarios por infracciones llevadas a cabo en sus plataformas es indudablemente uno de los temas más sensibles y más difíciles de legislar. Pues, de ello dependerá el desarrollo y funcionamiento futuro de los mercados electrónicos (SENFLEBEN, ANGELOPOULOS, 2020, p. 2). Un régimen de responsabilidad áspero o riguroso actuaría como un desincentivo para los intermediarios, que bien podrían dejar de operar en estos mercados o, directamente, no abarcarían la posibilidad de hacerlo, para evitar el riesgo de enfrentarse a acciones de indemnización por daños derivados de infracciones a los derechos de propiedad intelectual, industrial y/o conexos llevadas a cabo por terceros en la Red². La naturaleza y el nivel de riesgo asumido dependerían en especial de si se tratara de pequeños intermediarios o gigantes con poder relevante de mercado, de los modelos de negocios en cuestión y de las características técnicas de los servicios prestados (SCHWEMER, MAHLER, STYRI, 2020, p. 26). En sentido contrario, la adopción de un régimen de responsabilidad muy laxo o inexistente incentivaría la realización masiva de infracciones, sin perjuicio de los demás riesgos inherentes a la contratación a distancia que también aumentarían considerablemente (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2012, p. 869).

A mayores, cabe destacar que el TJUE ha subrayado que tampoco debe ignorarse en el marco de la responsabilidad jurídica, o de cualquier otra medida impuesta a los intermediarios, la importancia de todos los intereses en juego, que deben ponderarse de forma justa y ajustada a Derecho, mediante el así llamado “*fair balance*”, en la medida en que éstos resultarían amparados por derechos fundamentales de igual rango, que deben respetarse (LEISTNER, 2020, p. 15). Tal es el caso del derecho fundamental de los titulares a la protección de sus derechos de propiedad intelectual, el derecho fundamental a la libertad de empresa de los intermediarios, que les asiste para desempeñar la actividad de intermediación en las redes, derecho que se vería mermado si debieran responder por infracciones que les sean ajenas y desconocidas, el derecho de los consumidores de estos servicios a la protección de sus datos personales, de su libertad de información o de expresión, o el derecho al

² Destacan entre estas causas la imposibilidad de controlarse en tiempo real todos los contenidos que se transmiten y almacenan en las redes. Segundo, los costes que implican la creación y desarrollo de programas de detección activa y continua de estas infracciones, que no los puede asumir cualquiera. Tercero, dichos programas conllevan, en cualquier caso, un cierto margen de error o desacierto en la identificación de las infracciones, con lo que los intermediarios deberían asumir con carácter general un claro riesgo de responder frente a los afectados. Para profundizar en el tema pueden consultarse ANGELOPOULOS, SMET, 2016, p. 266.

honor, intimidad y a la propia imagen que asiste a cualquiera³. Dicha ponderación resulta difícil en muchos casos y revistirá aquí un papel importante la naturaleza de la infracción analizada. Por ejemplo, no es lo mismo un supuesto de ilicitud clara o manifiesta –pornografía infantil, terrorismo–, cuando además exista una resolución judicial, que un supuesto en que se exija al intermediario tomar una decisión a raíz de una notificación particular recibida, atendiendo a diversos ámbitos o escenarios de la infracción. Se puede dar el caso de comentarios de terceros que implican odio, amenazas contra la integridad de los individuos, insultos o injurias que habría que distinguirlos de simples expresiones, opiniones de juicio o valor, ofensivas y vulgares, que no revisten una gravedad evidente o ataque directo a la reputación de la persona (ERDOS, 2017, p. 275-278). Supuestos en que incluso los jueces formulan votos particulares en las sentencias que dictan⁴.

En este contexto, el legislador europeo ha optado por la introducción en los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31, de 8 de junio, sobre comercio electrónico –de aquí en adelante DCE–, de un régimen general de exención de la responsabilidad de los intermediarios, denominado puerto seguro o *safe harbor*. A pesar de ello, la Estrategia del Mercado Único Digital 2015-2018 ha conducido a una notable suavización de los efectos de este puerto seguro (LODDER, MURRAY, 2017, p. 16-17). Más tarde, tras las elecciones de 2019, la nueva Comisión Europea ha redactado la Propuesta de un Reglamento conocido como la *Digital Services Act*, publicado el 15 de diciembre de 2020 –de aquí en adelante DSA– que, a pesar de esta suavización⁵, sigue manteniendo el régimen jurídico del puerto seguro de la DCE, llevando a cabo su necesaria actualización, mediante su aplicación extensiva a nuevos tipos de negocios o servicios que no existían en el momento de entrada en

³ Para profundizar en el tema pueden consultarse las sentencias recaídas en los asuntos C-275/06, *Promusicae v. Telefónica de España*, de 29 de enero, párrafo 68 o los asuntos C-324/09, *L’Oreal v. eBay International*, de 12 de julio de 2011, párrafo 143, asunto C-70/10, *Scarlet Extender v. SABAM*, de 24 de noviembre de 2011, párrafos 46-49, asunto C-360/10, *SABAM v. Netlog*, de 16 de febrero de 2012, párrafos 44-46, asunto C-314/12, *UPC Pelelabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH*, de 27 de marzo de 2014, párrafos 48-54 o, más reciente, asuntos C-682/18 y C-683/18, *YouTube*, de 16 de julio de 2020, párrafo 222.

⁴ Para profundizar en el tema pueden consultarse los votos particulares de los jueces Sajó, Tsotsorias, Raimondi o Karakas de 16 de junio de 2015 en el asunto *Delfi AS V. Estonia*, así como el texto íntegro de la sentencia de misma fecha dictada por el TEDH en el asunto.

⁵ Para profundizar en el tema pueden consultarse las *Orientaciones políticas de la Comisión Europea 2019-2014*, disponible en <https://ec.europa.eu/>, p. 14 (última consulta 28.01.2021).

vigor de la DCE. Este régimen de exenciones abarca todo tipo de responsabilidad –civil, penal o administrativa (ARROYO AMAYUELAS, 2020, p. 809) y solo resulta inaplicable a los ámbitos expresamente excluidos en el art. 3 DCE y art. 1.4 de la DSA. Si un intermediario llegará a perder el puerto seguro, solo respondería por la infracción al cumplirse las condiciones previstas a tal efecto en la legislación del Estado Miembro donde se enjuiciaría la causa, de modo que en ningún caso estaríamos ante un supuesto automático de imputación de la responsabilidad, sino que ello dependerá de la normativa nacional aplicable (YANGUAS, 2012, p. 369-370).

2. El régimen de exenciones previsto en la DCE y la DSA

2.1. Presentación general

Este régimen de exenciones prevé tres supuestos de aplicación: a). para servicios de intermediación que proporcionan la mera transmisión de datos en una red de comunicación o el acceso a una red de transmisión (*mere conduit*-art. 12 DCE y art. 3 DSA), b). para servicios de intermediación en que se proceda a la transmisión de datos o información proporcionada por los receptores del servicio de intermediación, que implique un almacenamiento automático, intermediado y temporal de los datos, con el objetivo de eficientizar la transmisión –la llamada memoria tampón o *caching* (art. 13 DCE y art. 4 DSA) y c). Para los servicios de intermediación en que se trate del alojamiento permanente de datos proporcionados por– o a solicitud de los receptores de los servicios de intermediación, denominados *hosting* (art. 14 DCE y art. 5 DSA).

La exención de la responsabilidad queda supeditada, en los tres supuestos, al cumplimiento de determinadas condiciones, cada vez más estrictas (desde *mere conduit*, a *caching* y finalmente, a *hosting*), en atención a la naturaleza de los servicios señalados, a los medios al alcance de los intermediarios para conocer las infracciones y a las posibilidades que éstos tienen para poner fin a una infracción. No es lo mismo un supuesto de *mere conduit*, donde una vez transmitida la información ya no se tiene ningún tipo de control sobre la misma, que un supuesto de *hosting* donde pueden tomarse después las medidas necesarias para bloquearse el acceso o eliminarse tal información de la red (SCHWEMER, MAHLER, STYRI, 2020, p. 29). Así, en supuestos de *mere conduit*, la exención tiene un carácter puramente objetivo, que obedece al carácter técnico del servicio prestado, que supone una transmisión automáti-

ca de datos, sin que sea posible su almacenamiento por una duración superior a la razonablemente necesaria para la transmisión, y opera siempre y cuando la actuación del intermediario sea meramente pasiva, es decir, que éste no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos (FERNÁNDEZ PINOS, MORALES PRATS, MORALES GARCÍA, 2002, p. 35-36). En los otros dos supuestos, la exención de la responsabilidad queda supeditada al cumplimiento *ex ante* del deber de diligencia exigido a un empresario diligente para detectar y prevenir determinados tipos de infracciones, si las legislaciones nacionales preven tal condición, según el considerando 48 de la DCE. El incumplimiento de este deber de diligencia y, por ende, la existencia de culpa o negligencia en que se incurra al tenerse un conocimiento efectivo de la infracción a través de cualquier medio admisible en Derecho, daría lugar a la inaplicabilidad de la exención solo si no se retirara con prontitud la información ilícita (JULIÀ-BARCELO, KOELMAN, 2000, p. 3).

Con ello, se establece un sistema muy riguroso de filtrado de los supuestos en que cabría imputarse responsabilidad a los intermediarios, que difícilmente se supera en la práctica por los afectados (KELLER, 2018, p. 312-314). Sin embargo, el TJUE ha defendido que solo así podría alcanzarse un razonable equilibrio entre todos los derechos y libertades fundamentales en juego⁶. El Tribunal Supremo español sigue muy de cerca la jurisprudencia del TJUE a la hora de dictar sentencias, de modo que se suele defender la falta de responsabilidad de los intermediarios en aquellos supuestos en que se cumplan los requisitos previstos en la Directiva europea, así como los mismos fueron interpretados por el TJUE⁷.

Sin perjuicio del éxito o no de una acción indemnizatoria planteada en contra de los prestadores de servicios de intermediación, para frenarse la infracción, los afectados siempre podrán interponer una acción de cesación y exigir judicialmente al operador de un mercado electrónico que adopte medidas eficaces destinadas tanto a poner fin a las lesiones concretas, causadas por terceros a través de sus plataformas, como para evitar su futura realización. Todo ello, en aquellos supuestos en que el afectado emplee, sin éxito, antes de optar por la vía judicial, los mecanismos de denuncia y retirada

⁶ Para profundizar en el tema pueden consultarse la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *SABAM v. Netlog NV*, ECLI:EU:C:2012:85, apart. 44, o la sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, Rec. p. I-12006, apart. 31.

⁷ Para profundizar en el tema pueden consultarse las sentencias del T.S. de fecha 24 y 25 de enero de 2018, Recurso 1277/2017 y respectivamente 313/2016, asuntos *Uber-Generalitat de Catalunya*.

puestos a su disposición en la plataforma del intermediario. Teóricamente, la negativa del intermediario de tomar en este sentido, por su propia voluntad, las medidas oportunas dejarían abierta la puerta a la posibilidad de que se le pueda exigir la responsabilidad derivada de la infracción, ya que no podría alegar en este contexto a su favor el régimen de exenciones previsto en la Directiva (MACÍAS CASTELLO, HERNÁNDEZ ROBLEDO, 2008, p. 267). Sin embargo, ello dependerá en cada caso de la percepción o visión que el tribunal tenga sobre la función desarrollada por el intermediario enjuiciado, y sobre la suficiencia de los hechos alegados por el afectado en la notificación, a efectos de poderse apreciar la existencia de la infracción, circunstancia de la que derivan altas dosis de inseguridad jurídica (CARBAJO CASCÓN, 2015, p. 238-239).

Si bien es cierto que la DSA mantiene el antiguo régimen de exención de responsabilidad de los intermediarios, ello no implica que no aporte otros cambios legislativos con claros efectos disuasorios de las infracciones. La DSA propone un marco jurídico que no se centra solo en la responsabilidad que puede corresponder a los intermediarios, sino que intenta dotar a las víctimas de las infracciones, por otras vías, de mayor seguridad e instrumentos que les permitan defender eficazmente sus derechos. En consonancia con este objetivo, a través de sus artículos se introducen medidas que vienen a incentivar la utilización de moderadores de plataformas, de programas informáticos auxiliares y cualquier otros instrumentos técnicos o iniciativas voluntarias de los intermediarios capaces de identificar y/o frenar infracciones, sin que los que decidan emplearlos voluntariamente pierdan el puerto seguro (art. 6), y sin que ello se convierta en un obligación de búsqueda continua y activa de infracciones (art. 7). Asimismo, se establece la obligación de los intermediarios de actuar con prontitud ante cualquier orden/resolución judicial o administrativa que les exija actuar contra un contenido ilícito (art. 8), la obligación de cooperar con las autoridades competentes de los Estados miembros y a nivel europeo, para proporcionarles todas las informaciones relacionadas con las infracciones, en especial los datos identificativos de los autores o informaciones sobre medidas que los intermediarios podrían tomar para frenar la infracción (art 9), la publicación de determinada información relativa a los puntos de contacto, representantes legales de los intermediarios que operan en la UE, los términos y condiciones en que pueden utilizarse las plataformas, así como informes anuales sobre las notificaciones de infracciones recibidas y las actuaciones realizadas para frenarlas (arts. 10 a 14), u otras medidas adicionales a tomar en supuestos de *hosting* y plataformas online (Sección 2^a), como el sistema de notificaciones que pueden utilizar los afec-

tados para informarles sobre la existencia de infracciones en sus plataformas (art. 14) y la obligación de los intermediarios de suspender la participación en sus plataformas de personas que frecuentemente llevan a cabo infracciones (art.20) o la creación, a nivel europeo, de códigos de conducta que contribuyan a la consecución de los objetivos del Reglamento (arts. 35 y 36). Todas estas medidas constituyen el núcleo de la DSA y conforman básicamente la mayor parte de su contenido. Tal vez no se trate de un modelo de regulación perfecto, pero lo cierto es que se progresa en la creación o desarrollo (en atención al texto de la DCE) de herramientas que permiten identificarse con mayor precisión y rapidez las infracciones, con un efecto disuasorio incuestionable (KELLER, 2018, p. 312-314).

2.2. La neutralidad de los intermediarios

Los considerandos 42 a 44 de la DCE distinguen a los intermediarios que limitan sus actividades a lo técnico, automático y pasivo en los procesos de transmisión y almacenamiento de los datos, que sí se benefician del régimen de exenciones si desconocen la existencia de la infracción –los así llamados proveedores pasivos-, de los demás cuyas funciones rebasen lo meramente neutral, para convertirse en participantes activos de la infracción. La distinción entre unos y otros corresponde a los tribunales nacionales y, finalmente, europeos, que han tenido que lidiar caso por caso con esta difícil cuestión, que no siempre ha sido fácil de resolver dada la vaguedad de los conceptos (RIOLDAN, 2016, p. 393).

En este contexto, han surgido en la doctrina varias teorías sobre la interpretación que debería darse a las disposiciones de la DCE en relación con esta cuestión. Se ha interpretado que el considerando 42 DCE apuntaría hacia la aplicación de la distinción solo a los intermediarios que ofrezcan servicios de *caching* y se ha criticado su extensión a los servicios de *hosting*, a raíz de la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *AdWords Google Service*⁸ y siguientes (ARROYO AMAYUELAS, 2020, p. 815). Se ha propuesto que se abandone esta distinción entre el rol activo y pasivo para reemplazarse la terminología con nuevos conceptos que se entienden más concretos –a saber, conocimiento efectivo, grado de control, influencia decisiva sobre terceros, etc.–, o bien, optarse por una enumeración de actos claramente indicadores

⁸ Para profundizar en el tema pueden consultarse la sentencia del TJUE recaída en los asuntos C-236/08 –C-238/08, de 23 de marzo de 2010, *Google France v. Vuitton*, párrafos 113 a 116.

de un conocimiento efectivo de la ilicitud (LÓPEZ RICHART, 2018, p. 83-85). Sin entrar en el análisis concreto de estas propuestas, por razones de extensión, cabe realizar varias observaciones. Los términos mencionados también admiten muchas interpretaciones. Sin perjuicio de que la enumeración de determinados actos en concreto que podrían indicar un conocimiento efectivo de la infracción por parte del intermediario debería redactarse en todo caso como una lista *numerus apertus*, para no excluir del ámbito de aplicación de la DSA nuevos modelos de negocios que podrían aparecer en el futuro –una de las principales críticas vertidas contra la DCE–. De modo que esta última solución tampoco aportaría mayores beneficios interpretativos. Por ello, entendemos que hay que destacar el acierto de la DSA en seguir el mismo planteamiento que la DCE (considerando 18). Y ello, por varias razones. Primero, porque lo cierto es que la simple lectura de los considerandos 42 y 43 de la DCE (no solo del 42) admite la aplicación de esta clasificación entre proveedores activos y pasivos a todos los servicios de intermediación que engloben la transmisión o almacenamiento de los datos. En consecuencia, a los tres supuestos (*mere conduit*, *caching* y *hosting*), lo que para nada resulta desacertado. Pues, tanto la jurisprudencia dictada en la materia por el TJUE, como el texto de la DCE y DSA, no parecen poner tanto énfasis en las actividades concretas que lleve a cabo un intermediario, sino en el contenido concreto de la información procesada o manipulada de la que éste dispone, como base sobre la cual puede construirse el convencimiento de la existencia de una infracción. Por lo tanto, lo importante no es el modo en que se procesa y presenta la información (elección de palabras claves y términos de búsqueda, enlaces promocionales o mensajes comerciales sugeridos por el intermediario, presentación o etiquetado de un producto/servicio) sino, si esta información resulta suficiente para poderse apreciar claramente la ilicitud de un comportamiento por parte de un “empresario diligente” y, en este supuesto, si el intermediario tiene suficiente control sobre tal contenido como para evitar/frenar la infracción. Si no actúa en tal caso, es razonable considerar que hace suya la infracción, perdiendo así su calidad de simple intermediario para convertirse en partícipe de la infracción y, por ende, en proveedor activo al adquirir un conocimiento efectivo del ilícito.

2.3. El “conocimiento efectivo” de la infracción

El TJUE ha optado por una interpretación suficientemente extensiva del precepto, que abarca hoy cualquier hecho o circunstancia tendente a posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera,

una efectiva aprehensión del carácter ilícito de una actividad –es decir, tanto los supuestos de ilicitud manifiesta, como indiciaria–. Por ejemplo, al descubrirse detalles sobre la infracción como consecuencia de una investigación realizada por propia iniciativa del intermediario o cuando se le haya notificado a éste la existencia de una infracción por un tercero, incluido el afectado (TADDEO-FLORIDI, 2017, p. 231). Tal notificación constituye, como regla general, un elemento que el juez nacional debe tomar en consideración para apreciar si al intermediario se le ha proporcionado suficiente información para constatar dicho carácter ilícito (CASTELLÓ PASTOR, 2016, p. 623).

El TJUE ha matizado que no siempre una notificación resulta suficiente para probarse una infracción. La misma puede resultar excesivamente imprecisa o insuficientemente fundada⁹. A modo de ejemplo, cabe destacar que, en Francia, se han dictado resoluciones en que se ha eximido de responsabilidad a un intermediario que ha recibido una notificación en que no se ha concretado con exactitud el lugar donde se encontraban los vídeos ilícitos, ni detalles sobre la identificación del notificante, ni una descripción clara de los hechos controvertidos, ni las razones por las que debería suprimirse el contenido o pruebas de los hechos¹⁰. En Alemania, se ha defendido que una notificación genérica de una infracción no puede desencadenar la posible responsabilidad de un intermediario. Hace falta precisarse de manera concreta los detalles que describen la concreta violación de la ley, sin un examen real o legal detallado¹¹. Los tribunales españoles exigían al afectado, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16.1 y 17.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, que transpone al ordenamiento jurídico español la DCE, probar la existencia de una resolución judicial o administrativa declarativa de la infracción, y que el imputado, prestador de servicios de intermediación, conocía tal resolución¹². Esta posibilidad ha sido rechazada finalmente por el Tribunal Supremo español, por considerar que tal interpretación restrictiva era

⁹ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia dictada en el asunto C-324/09 *L'Oréal SA y otros vs. eBay International AG y otros*, de fecha 12 de julio de 2011.

¹⁰ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia n.º 165 de 17 de febrero de 2011, dictada por Cour de Cassation chamber 1, en el asunto 09-67.896, *Société Nord-Ouest & UGC Images vs. Dailymotion*.

¹¹ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia dictada por German Regional Court, 12 de septiembre de 2008, asunto *Greatest Hits II* 12 O 621/07, MMR (2008) 759.

¹² Para profundizar en el tema pueden consultarse el Auto del Juzgado de Instrucción n.º 9 de Barcelona, de 7 de marzo de 2003, dictado en el asunto *ONO v. página www.ajoderse.com*; o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 732/2009 de 11 de noviembre, dictado en el asunto *Sharemula*.

contraria a la DCE al reducir injustificadamente las posibilidades de obtenerse “un conocimiento efectivo” de la ilicitud a través de otros hechos o circunstancias, al mismo tiempo que ampliaba considerablemente el ámbito de exención de responsabilidad del intermediario¹³.

Tampoco resulta fácil valorarse la existencia del conocimiento efectivo de la infracción a través de medios de prueba indiciarios en las distintas jurisdicciones, aunque pertenezcan al mismo Estado. Por ejemplo, en España, mientras que los penalistas hablan de un dolo particularmente intenso que abarca un conocimiento notorio de la infracción, rechazándose en este sentido el simple conocimiento presunto o indiciario de la infracción, los civilistas defienden un conocimiento constatable en todos sus extremos¹⁴ y los jueces de lo contencioso-administrativo afirman que cabe probarse este conocimiento efectivo a través de cualquier medio de prueba admisible en Derecho, siempre y cuando quede incuestionable el papel activo del intermediario en el alojamiento o almacenamiento de datos, y no uno meramente técnico o neutro, lo que le permite tener conocimiento y control de los contenidos y, por ende, identificar también la ilicitud de su actuación¹⁵. Los Juzgados de lo Mercantil adoptaron una interpretación que, sin alcanzar el rigor de una hermenéutica ortodoxa que restringe el concepto hasta hacerlo equivalente a una resolución judicial, se ajuste a los principios que inspiran la DCE y la ley española de transposición, que con toda claridad impiden establecerse una obligación de control de carácter general a los intermediarios¹⁶. Muchas legislaciones y jurisprudencia de Estados miembros, incluida la italiana¹⁷, han adoptado una posición similar, rechazando la aplicación de la exención solo cuando se compruebe que la actuación de un intermediario excede del mero

¹³ Para profundizar en el tema pueden consultarse: la STS (Sala de lo Contencioso, sec. 3ª), n.º. 923/2019 (Recurso 3115/2016); STS (Sala de lo Civil, sec. 1ª), n.º. 144/2013 de 4 de marzo (RJ 2013, 3380); o la STS (Sala de lo Civil, sec. 1ª), n.º. 742/2012 de 4 diciembre (RJ 2013, 195).

¹⁴ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia de la AP de Lugo n.º. 538, de 9 de julio de 2009 (JUR 2009, 328919).

¹⁵ Para profundizar en el tema puede consultarse el Auto de la Sala de lo Contencioso del T.S. (sec. 1ª), de fecha 31 de enero de 2020, dictado en el rec. 238/2019.

¹⁶ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, n.º. 289 de 20 de septiembre de 2010, *Telecinco SA v. YouTube*.

¹⁷ Para profundizar en el tema puede consultarse sentencia de 7 de abril de 2017, dictada por el Tribunale Ordinario de Turin, 1º Sezione Civile, asunto R.G. 38113/2013, *Delta TV Programs c. Google e YouTube*, disponible online en https://www.laleggepertutti.it/wp-content/uploads/2017/04/sentenza_1928_17.pdf.

almacenamiento¹⁸ y, siempre, en situaciones muy claras de conocimiento efectivo de una infracción (FROSIO, 2017 p. 24-26). Es también el caso de la jurisprudencia y legislación danesa y holandesa, donde un intermediario no responde en aquellos supuestos en que no resultaría razonable esperarse de él haber identificado la actividad ilícita a la luz de los indicios existentes, o de la portuguesa, donde se limita la responsabilidad civil a los casos en que, a tenor de las circunstancias conocidas, el prestador debería ser consciente del carácter ilegal de la información. La normativa británica enfatiza que debe exonerarse a los intermediarios de responsabilidad, salvo que se demuestre un relevante conocimiento de la ilicitud¹⁹.

2.4. La clasificación de los servicios de intermediación

El encuadre de un determinado servicio de intermediación en alguna de las tres categorías ya enunciadas reviste especial importancia, debido al nivel progresivo de exigencias que recaerían sobre el intermediario que debe obrar de forma diligente, y al grado de responsabilidad al que éste quedaría sometido. Mientras que en supuestos de *mere conduit*, el intermediario respondería solo si llegara a probarse su participación en la monitorización de contenidos (SCHWEMER, MAHLER, STYRI, 2020, p. 14-15), para las figuras del *caching* y *hosting* asistimos a una ampliación cada vez mayor del espectro de situaciones en que resultaría posible perderse el “puerto seguro” de la no responsabilidad.

En cuanto al *caching*, debe diferenciarse entre lo que se está almacenando y transmitiendo (los contenidos de una web) y demás elementos técnicos o mecanismos utilizados en el almacenaje y la transmisión (como servidores, técnicas para mejorar la calidad del servicio y experiencias de los usuarios, o servidores proxy caché). Estos últimos implican una cierta monitorización de la información por parte del intermediario, y deberá valorarse en qué medida todos ellos resultarían suficientes para que un intermediario llegue a descubrir por sus propios medios la infracción. En la práctica, se observan más probabilidades de perderse el puerto seguro cuando se prueba el interés directo del intermediario en la transmisión consciente del contenido ilícito, o la obtención por éste de cualquier beneficio económico, tanto directa como

¹⁸ Para profundizar en el tema puede consultarse también la sentencia dictada en el asunto *Kaschke vs. Gray & Anor* (2010) EWHC 690 (QB) de 29 de marzo de 2010.

¹⁹ Para profundizar en el tema puede consultarse art. 19 de la *Electronic Commerce Regulation* 2002/2003.

indirectamente. Se trata de supuestos que deberán analizarse cuidadosamente por los jueces caso por caso (VAN HOBOKEN, 2012, p. 15-16). Así, la naturaleza del servicio ha demandado la aplicación de criterios específicos de filtrado de la responsabilidad (art. 13 DCE y art. 4 DSA), que ofrecen inmunidad a los infractores cuando: no hayan modificado la información, se cumplan las condiciones de acceso a la información, así como las normas de actualización de la información utilizadas en el sector, cuando los intermediarios no interfieran en la utilización lícita de la tecnología empleada con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información y, si llegaran a conocer la infracción, actuarían con prontitud para retirar o bloquear el acceso a la información ilícita. Es decir, cuando no se pueda relacionar a los intermediarios con el contenido de la información transmitida, porque su actuación se limita solo a lo técnico, sin alterarse de alguna forma los contenidos transmitidos (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 176-177).

El *hosting* es el supuesto en que la DCE y DSA adoptan un enfoque lo más cauteloso posible para satisfacer el requerimiento general de fijarse límites legales a la utilización ilegítima de los derechos de terceros (SENFLEBEN, 2020, p. 16). Así, el intermediario perderá el puerto seguro en cuanto se pruebe, a través de cualquier medio, su conocimiento efectivo de la actividad ilícita o de que éste conocía suficientes hechos y/o circunstancias reveladoras como para que un operador económico diligente aprecie la existencia de la infracción²⁰, siempre y cuando no haya actuado con prontitud para retirar o bloquear el acceso a los datos en cuestión. Por ejemplo, un rol activo del intermediario implicado en el proceso de selección de palabras clave resultaría relevante en este sentido²¹. Cabe destacar como novedad, a consecuencia de las críticas vertidas sobre la DCE de que dejaba desprotegidos injustificadamente a los consumidores en muchos supuestos (GRIFFITHS, 2008, p. 241), que la DSA –art. 5.3– introduce la excepción de la no aplicación del puerto seguro en caso de plataformas online que permitan la contratación a distancia para los consumidores. Todo ello, cuando la información proporcionada respecto de los productos/servicios ofertados en la plataforma se presente de tal modo que pueda confundir a un consumidor medio –razonablemente bien informado– respecto de la persona con la que realmen-

²⁰ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia dictada en el asunto C-324/09 *L'Oréal SA v. eBay*, 2011, párrafo 120.

²¹ Para profundizar en el tema pueden consultarse la sentencia del TJUE recaída en los asuntos C-236/08 –C-238/08, de 23 de marzo de 2010, *Google France v. Vuitton*, párrafos 116 a 118.

te contrataría, sin poder distinguir entre si se trata del intermediario, o del receptor del servicio que actúe bajo su autoridad o control.

Esta clasificación de los servicios de intermediación en 3 categorías, según lo indicado, ha sido bastante criticada por la doctrina y en la literatura jurídica, por entenderse que no es suficiente para determinarse con exactitud en qué categoría debería encuadrarse cada uno de los servicios de intermediación, en especial aquellos surgidos después de la entrada en vigor de la DCE que, bien comparten características propias de varias categorías, bien no pueden considerarse actividades de intermediación en todos los sentidos. Se trata de los servicios incluidos en las así llamadas zonas grises o *grey areas* de la DCE, donde surgieron serias dudas respecto de la aplicación o no de la DCE. Ello reviste especial importancia en la medida en que, por ejemplo, para que un intermediario de *mere conduit* se beneficie del puerto seguro no opera la exigencia de haberse eliminado lo antes posible el contenido ilícito, mientras que, a parte de ello, en supuestos de *hosting* podría operar la excepción aplicable a los consumidores. Incluso se ha defendido la necesidad de abrogarse este modelo de clasificación para optarse por otros o crearse nuevas clases de servicios (ARROYO AMAYUELAS, 2020, p. 815). La DSA, en orden a garantizar la seguridad jurídica y un ambiente del *e-commerce* dotado de la mayor confianza posible para todos los participantes, preserva la clasificación, pero propone ciertos criterios que la dotan de mayor predictibilidad. Así, el considerando 12 menciona que el concepto de “contenido ilegal” debe interpretarse en el sentido más amplio posible, para albergar cualquier tipo de información relativa a contenidos, productos, servicios y actividades ilegales, independientemente de su forma de presentación, cuando una norma europea o nacional lo prohíba. En referencia a las características de los servicios en cuestión, se menciona que las plataformas online deben considerarse servicios de *hosting*, y el considerando 27 establece que la DSA sería aplicable básicamente a todas las nuevas tecnologías y arquitectura técnica del *e-commerce* surgida después de la aprobación de la DCE, siempre y cuando puedan clasificarse éstas como *mere conduit*, *caching* o *hosting*. Unas figuras cuyas definiciones se proporcionan (como novedad en comparación con la DCE) en el art. 2.f) DCA. Con lo que acabaría gran parte del debate jurídico surgido en torno a esta cuestión. Quedarían fuera de esta clasificación, por razones técnicas objetivas, aquellos servicios auxiliares al servicio principal, como las rúbricas de comentarios de periódicos en línea, donde el contenido de las noticias lo asume el editor. Sobre la falta de ho-

mogeneidad de los criterios aplicables en distintos Estados miembros²², el considerando 16 insiste en la importancia de la jurisprudencia del TJUE para fijarlos y el considerando 17 en que el régimen extintivo de responsabilidad de los intermediarios debe aplicarse a cualquier contenido ilegal, independientemente de su naturaleza, o del contenido de las normas aplicables en cada Estado miembro. Quedan fuera los supuestos en que el intermediario realice un papel activo en la monitorización de la información, alterando la integridad de la información transmitida, sin actuar con prontitud para poner fin a la infracción –considerandos 18, 19 en relación con 21 y 22–, así como los supuestos en que deliberadamente participe en la infracción –considerando 20–.

Otro punto de debate fueron las actividades de intermediación de carácter gratuito –como wikis o blogs impulsados por Administraciones Públicas, programas informáticos de códigos abiertos, enciclopedias en línea o repositorios científicos sin fines lucrativos–, donde existen dudas respecto a su posible catalogación como servicios de información justamente por la gratuidad del servicio. Entendemos que ni la DCE, ni la DSA, establecen el criterio de la remuneración como requisito *sine qua non* para aplicarse la exención de la responsabilidad. Pues, la definición del servicio de la sociedad de la información que proporciona la DCE y la DSA, se refiere a servicios prestados *normalmente* a cambio de una remuneración, con lo que se deja puerta abierta para la inclusión de los servicios gratuitos. Otra cosa muy distinta es la posible inclusión de estos servicios en alguna de las categorías mencionadas en el Anexo V de la Directiva 98/48/CE, posteriormente, el Anexo V de la Directiva (UE) 2015/1535, excluidas de la aplicación de la DCE y DSA. Anexos que tampoco parecen utilizar como criterio diferenciador la remune-

²² Por ejemplo, se ha defendido que los servicios de Whatsapp o Telegram, dependiendo de la naturaleza del servicio de comunicaciones interpersonales analizado, podrían incluirse en cualquiera de las tres categorías. La prestación de servicios de alquiler de nombres de dominio, si bien a primera vista podrían clasificarse como *hosting*, ciertas características de los servicios concretos que proporcionan harían viable su encuadre como *mere conduit*, por lo que en ocasiones incluso los tribunales evitan catalogarlos de una determinada forma. Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia del TJUE recaída en el asunto C-521/17, *SNB-REACT v. Deepak Mehta*, de 7 de agosto de 2018. Lo mismo sucede en el caso de los motores de búsqueda, tanto a nivel europeo, como estatal. Mientras en España, Portugal o Hungría se les han considerado como servicios de *hosting*, en Austria se han analizado como de *mere conduit*. Para profundizar en el tema puede consultarse las sentencias del TJUE recaídas en los asuntos: C-236/08, c-238/08, *Google France v. Vuitton*, de 23 de marzo de 2010, C-160/15, *GS Media BV*, de 8 de septiembre de 2016, o C-527/15, *Stichting Brein Jack v. Frederik Wullems*, de 26 de abril de 2017.

ración. De modo que habrá que atender en cada caso a la regulación específica de estas actividades, si existe, por aplicación del art. 1 de la DCE y art. 1 de la DCA, y a la jurisprudencia del TJUE y de los tribunales nacionales en interpretación del marco legal aplicable (VAN HOBOKEN, QUINTAIS, POORT, VAN EIJK, 2018, p. 9-11).

3. Una especial referencia a la vulneración de los derechos de autor

El mercado en línea de contenidos digitales constituye la forma más evolucionada de los mercados virtuales deslocalizados debido a que los contenidos son susceptibles de digitalización para el envío directo en línea. Se evitan así problemas relacionados con el transporte o las aduanas y se elimina muchas veces la intervención de los intermediarios, porque los titulares de los derechos de explotación (productores o editores) y/o los autores de las obras pueden poner a disposición del público los contenidos utilizando sus propios sitios en línea. De modo que estamos ante un mercado donde la comercialización previamente autorizada de los contenidos queda limitada a muy pocos operadores a nivel mundial, como iTunes, Amazon o Google Play (IGLESIAS POSSE, 2012, p. 147). Sin entrar a exponer los debates surgidos en torno a cómo la eclosión de este mercado virtual debería ser afrontada por el Derecho, cabe destacar que las formas materiales de explotación de los contenidos protegidos -en soportes tangibles- quedaron jurídicamente reservadas para los actos de distribución, mientras que las formas inmateriales de explotación, que engloban todos los actos instrumentales de reproducción online -*uploading*, asignación de URL, transmisión mediante *bits*, con reproducciones en distintos puntos de la Red (*routing* y *proxy-caching*), hasta llegar al usuario al que se le puede dar acceso mediante *streaming* o *download*, *pull media* y *push media*- se reservaron para los actos de comunicación al público (CARBAJO CASCÓN, 2014, p. 550-555).

Esta última modalidad de comunicación pública de contenidos protegidos ha quedado plasmada en la vigente Directiva (UE) 2019/790, sobre derechos de autor y derechos afines –de aquí en adelante DDADA– aplicable a un prestador de servicios para compartir contenidos en línea, definido, a tenor de su art. 2.6. como un “prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos”. Quedan fuera los demás prestadores de servicios cuyas activida-

des de intermediación persigan fines ajenos a esta Directiva, a los que se les aplicaría con carácter supletorio la DCE, según lo dispuesto en el art. 17.3 DDADA y, en consecuencia, el régimen de exención de la responsabilidad. No sucede así en el supuesto de los prestadores de servicios de la DDADA, obligados a obtener las correspondientes licencias de uso, base jurídica del modelo comercial de pagar por usar, trascendental en el *e-commerce* donde se transforma en el esquema de contrato más típico de tipo B2C, desplazado a la comercialización de derechos de autor, lo que permite la utilización autorizada de forma temporal o definitiva de un contenido protegido, con los límites establecidos en el contrato de licencia, sin estarse en presencia de un contrato real de transmisión de la propiedad sobre el soporte y la obra en cuestión. De modo que se pretende de los proveedores de servicios de la sociedad de información que concluyan acuerdos con todos los titulares de derechos, bajo la sanción de la responsabilidad si en sus plataformas se almacenan y facilitan contenidos protegidos sin autorización de los titulares del *copyright*, y exista un acto de comunicación pública de las obras protegidas (LÓPEZ RICHART, 2018, p. 124). Se trata de un modelo de negocio cuya eficacia depende, sin lugar a dudas, de las medidas de encriptación y medidas anticopia tomadas para la protección de los contenidos.

La DDADA sigue la jurisprudencia del TJUE que, con más o menos acierto se ha posicionado en contra de la piratería, para establecer la responsabilidad de los intermediarios en los términos expuestos. Se ha puesto fin así a distintos debates que han surgido con anterioridad, en torno a las actividades que llegarían o no a afectar la neutralidad de las plataformas implicadas (PUIG-RIVAS, 2018, p. 64-65). De modo que, por razones de extensión, cabe centrarnos en un aspecto que sigue de actualidad, como es el concepto de *acto de comunicación pública de la obra protegida*, como requisito *sine qua non* que daría viabilidad a una acción de responsabilidad en contra de los intermediarios.

El art. 17.1 DDADA define el acto de comunicación pública como aquel mediante el cual *se ofrece al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por los usuarios*. La interpretación jurisprudencial del concepto por el TJUE se basa, en síntesis, en dos premisas. Primero, que siempre que haya público nuevo, el enlace ha de considerarse un acto de comunicación pública. Segundo, que hay público nuevo siempre que el contenido enlazado no se corresponda con

la divulgación original del titular²³. Es decir, que el contenido vaya dirigido a un público que no tuvieron en cuenta los autores de las obras protegidas cuando autorizaron su utilización para la comunicación de origen²⁴. Para la difusión pueden emplearse medios electrónicos diferentes, o los mismos medios que los de origen, pero en un lugar/contexto en que la difusión hubiese resultado imposible sin la actuación indispensable del intermediario²⁵. Así ocurre, por ejemplo, cuando el propietario de un establecimiento difunde obras protegidas a los clientes presentes en dicho establecimiento, es decir, en un lugar no cubierto por la difusión de origen. No obstante, cabe advertirse de que el concepto adquiere en la jurisprudencia del TJUE dimensiones muy casuísticas, y que su aplicación a casos nuevos resulta difícil o, cuanto menos, arriesgada (MAESTRE RODRÍGUEZ, 2017, p. 81). No obstante, cabe destacar que el TJUE ha establecido una presunción *iuris tantum* de conocimiento de una actividad ilícita cuando se proporcionan, con ánimo de lucro, enlaces a obras protegidas colgadas inicialmente en internet sin autorización del autor²⁶. Una presunción que parte de la doctrina considera de difícil encaje en nuestro sistema jurídico (MAESTRE RODRÍGUEZ, 2017, p.84), sin perjuicio de la problemática que engloba para un intermediario detectar este tipo de ilegalidades (ARROYO AMAYUELAS, 2020, p. 815).

Finalmente, cabe recalcar que no tiene cabida, con carácter general, en el marco de la protección de los derechos de autor en los mercados electrónicos, la aplicación de *la doctrina del agotamiento de derechos de propiedad intelectual* (aplicable a los derechos de propiedad industrial), porque no estamos aquí ante una distribución o venta de un producto que requiera en todo caso la existencia de un ejemplar físico, sino ante una forma de explotación inmaterial de obras y prestaciones afines mediante su puesta a disposición en línea. Sin embargo, el TJUE ha introducido una excepción que declara susceptible de aplicarse esta doctrina a copias no tangibles de programas de ordenador puestos a disposición del público en Internet mediante

²³ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia del TJUE recaída en el asunto C-466/2012, *Svensson*, párrafos 25 a 27.

²⁴ Para profundizar en el tema puede consultarse el auto de 18 de marzo de 2010, *Organismos Sillogikís Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, C-136/09, apartado 38.

²⁵ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League Ltd* y otros v. *QC Leisure* y otros (C-403/08) y *Karen Murphy* v. *Media Protection Services Ltd* (C-429/08), párrafos 190 y ss.

²⁶ Para profundizar en el tema puede consultarse sentencia *GS Media BV-Sanoma* del TJUE de 8 de septiembre de 2016; asunto C-160/15; ECLI:EU:C:2016:644; apdo. 51.

licencias intemporales a cambio del pago de un precio que permitiría al titular del derecho obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la obra²⁷.

4. Conclusiones

El papel que desempeñan los intermediarios en los mercados electrónicos reviste especial importancia, porque actúan como competidores reales, desarrollan labores evidentes de organización de los mercados, prestan servicios complementarios a la negociación y contratación electrónica, incluidas la promoción comercial de ofertas, la composición de la publicidad, la admisión de operadores al sistema, la difusión de información u ofertas de terceros. De modo que, la responsabilidad que podría corresponderles por las infracciones de derechos de propiedad intelectual y conexos, llevadas a cabo en sus páginas web o plataformas por terceros, no les puede resultar totalmente ajena. Si bien, la DCE y la DSA conforman un régimen de exención de dicha responsabilidad o “puerto seguro”, aplicable a los intermediarios cuando no participen en estas infracciones, ello no impide que, en su calidad de operador profesional, un intermediario no deba responder conforme a los criterios de diligencia profesional y de no monitorización de los contenidos, establecidos en el ordenamiento jurídico aplicable, al no actuar con lealtad, tanto en sus actuaciones, como inactuaciones. Pues, no es lo mismo simplemente alojar y transmitir una información, que participar en la promoción de una operación económica, difundirla, monitorizarla o ayudar a su realización. En este contexto no resultaría amparada por el Derecho una inacción en supuestos de “conocimiento efectivo” de la infracción, cuando debe negarse además la “neutralidad” de quien participa con su actuación, omisión deliberada o negligencia, con la consiguiente pérdida del “puerto seguro”.

Si bien la DDADA opta justamente a la inversa, por la introducción de un régimen de responsabilidad directa de los intermediarios, a lo que se suma la aplicación de la presunción *iuris tantum* de conocimiento de una actividad ilícita cuando se proporcionan, con ánimo de lucro, enlaces a obras protegidas colgadas inicialmente en internet sin autorización del autor, lo cierto es que tanto la DDADA, como la DCE y, ahora la DSA, castigan bajo la obligación de hacer frente a los daños ocasionados, a todos aquellos in-

²⁷ Para profundizar en el tema puede consultarse la sentencia del TJUE recaída en el asunto C-128/2011, *Oracle c. Usedsoft*, de 3 de julio de 2012.

termediarios que actúen en los mercados digitales sin respetar los buenos usos mercantiles y el principio de buena fe, para obtener unas ventajas económicas que en condiciones de legalidad no hubiesen alcanzado.

Sin embargo, las debilidades del sistema derivan de la inseguridad jurídica generada por la interpretación de los textos legales en sede judicial, especialmente a la hora de aplicarse conceptos indeterminados tales como los señalados *ad supra*, de modo que resultará primordial la jurisprudencia que viene sentando sobre estos extremos el TJUE. A todo ello se suma el hecho de que, si un intermediario llegará a perder el “puerto seguro”, solo respondería por la infracción al cumplirse las condiciones previstas a tal efecto en la legislación del Estado miembro donde se enjuicie la causa, porque en ningún caso estaríamos ante un supuesto automático de imputación de la responsabilidad, sino que ello dependerá de la normativa nacional aplicable, en un contexto de deslocalización de los servicios digitales, y de falta de armonización de las legislaciones, lo que contribuye no solo a un aumento considerable de esta inseguridad jurídica, sino también a fomentarse las prácticas de *forum-shopping*.

Con todo ello, cabe destacar de cara al futuro que, si bien es cierto que la DSA no introduce cambios significativos al régimen de exención de responsabilidad de la DCE, ello no implica que no contribuya a la disuasión de las infracciones. Pues, dota a las víctimas, por otras vías, de instrumentos jurídicos con un carácter disuasorio incuestionable, que les permiten defender sus derechos de un modo mucho más eficaz (en comparación con la DCE), en los términos ya señalados. Todo ello, sin llegar a afectar el desarrollo de los mercados digitales, de una forma tan sensible como lo hubiese hecho la modificación del régimen actual de exención de responsabilidad de los intermediarios.

Referencias bibliográficas

- ANGELOPOULOS, A.; SMET, S. (2016). *Notice-and-Fair-Balance: How to reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability*. Journal of Media Law.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2020). *La responsabilidad de los intermediarios en Internet. ¿Puerto seguros a prueba de futuro?* Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 12-1.
- BOIK, A; CORTS, K. (2016). *The Effects of Platform Most-Favored-Nation Clauses on Competition and Entry*. Journal of Law and Economics n°. 59.

- CARBAJO CASCÓN, F. (2012). *Problemas de distribución, Marcas y responsabilidad indirecta de los intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2011 (caso L’Oreal c. eBay) y jurisprudencia relacionada*. RCD n.º. 10/2012.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2014). *Contratación Electrónica y propiedad intelectual*. Thomson Reuters. Pamplona.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2015). *Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información*. Justitia. Madrid.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2020). *Derecho del comercio internacional*. Colex. Madrid.
- CASTELLÓ PASTOR, J.J. (2016). *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*. Aranzadi. Cizur Menor.
- ERDOS, D. (2017). *Beyond ‘Having a Domestic’? Regulatory Interpretation of European Data Protection Law and Individual Publication*. 33 Computer Law and Security Review.
- FERNÁNDEZ PINOS, J.E.; MORALES PRATS, F.; MORALES GARCÍA, O. (2002). *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Thomson. Madrid.
- FROSIO, G.F. (2017). *Reforming intermediary liability in the platform economy: A European Digital single market strategy*. 112 Northwestern University Law Review.
- GRIFFITHS, A. (2008). *A law-and-Economic Perspective on Trade Marks – Trade Marks and Brands – An interdisciplinary Critique*. Cambridge University Press. New York.
- IGLESIAS POSSE, R. (2012). *Provisión de enlaces electrónicos a contenidos protegidos por el derecho de autor*. Actas de Derecho de Propiedad Industrial vol. 32.
- JULIÀ-BARCELÓ, R.; KOELMAN, K.J. (2000). *La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva del Comercio Electrónico: problemas no resueltos*. Revista de la Contratación Electrónica n.º. 6.
- KELLER, D. (2018). *The rights tool: Europe’s Intermediary Liability and the EU 2016 General Data protection Regulation*. Berkeley Technology Law Journal vol 33.
- LEISNER, M. (2020). *European Copyright Licensing and Infringement Liability under art. 17 DSM Directive to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?*. Intellectual Property Journal.
- LODDER, A.L.; MURRAY A.D. (2017). *EU-Regulation of E-Commerce. A Commentary*. Edward Elgar. Cheltenham.

- LÓPEZ RICHART, J. (2018). *Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por los usuarios en el mercado único digital*. Revista de Propiedad Intelectual n°. 60.
- MACÍAS CASTOLLO, A.; HERNÁNDEZ ROBLEDO, M.A. (2008). *El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías (Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual)*. La Ley. Madrid.
- MAESTRE RODRÍGUEZ, J. (2017). *La responsabilidad de los prestadores de servicios y el concepto de público nuevo*. Revista de Derecho y Sociedad n°. 49.
- PUIG-RIVAS, R. (2018). *El nuevo derecho de acceso (Evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a obras protegidas)*. Revista de Propiedad Intelectual n°. 58.
- RIORDAN, J. (2016). *The Liability of Internet Intermediaries*. Oxford University Press. Oxford.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T. (2018). *Sociedad digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Madrid.
- SCHWEMER, S.; MAHLER, T.; STYRI, H. (2020). *Legal analysis of the intermediary service providers of non-hosting nature. Final Report prepared for the European Commission*. Luxemburgo.
- SENFLEBEN, M. (2020). *Intermediary Liability and Trademark Infringement: Proliferation of Filter Obligations in Civil Law Jurisdictions?*. Oxford University Press. Oxford.
- SENFLEBEN, M.; ANGELOPOULOS, C. (2020). *The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations on the Way to the Digital Services Act: Between Art. 15 of the E-Commerce Directive and Art. 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*. CIPIL. Amsterdam.
- TADDEO, M.; FLORIDI, L. (2017). *The responsibility of online service providers*. Springer. Switzerland.
- VAN HOBOKEN, J. (2012). *Legal Space for Innovative Ordering: On the Need to Update Selection Intermediary Liability in the EU*. Institute for Information Law Research. Amsterdam.
- VAN HOBOKEN, J.; Quintais, J.P.; Poort, J.; Van Eijk, N. (2018). *Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online. Final Report. A Study prepared for the EC*. DG Communications Networks. Luxemburgo.
- YANGUAS, R. (2012). *Contratos de conexión a Internet, Hosting y Búsqueda*. Civitas. Madrid.