

DEMOCRAZIE E COSTITUZIONALISMI

Cura, amnistia e nuove prospettive

a cura di **FRANCESCO RIMOLI, SILVIA TALINI**



Roma Tre Press
2026



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A.D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODDIGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022

41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Diritto Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023
42. A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, 2023
43. F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, 2023
44. E. RIGO (a cura di), *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, 2023
45. C. SALVI, *Cinquant'anni di scritti giuridici*, 2024
46. D. CHINNI, L. PACE (a cura di), *Il Referendum abrogativo dopo la tornata del 2022. Nuove tendenze e nodi irrisolti*, 2024
47. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il futuro dell'Accademia. Scritti dedicati agli allievi*, 2024
48. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2022-2023*, 2024
49. F. RIMOLI, S. TALINI, *"Si vis pacem, para bellum"? La guerra e le democrazie europee. Atti del convegno annuale dell'OSDE, Roma 16 febbraio 2024*, 2024
50. G. FIORELLI, E. FRONZA, N. GUZMÁN, D. IPPOLITO, L. MARAFIOTI (a cura di), *Verità e giustizia nel processo penale. Atti del convegno di studi giuridici organizzato dalle Università di Bologna, Buenos Aires e Roma Tre (18-22 gennaio 2024)*, 2025
51. S. BENVENUTI, G. ROSSETTI (a cura di), *La Garanzia. Tradizioni storiche e modelli*, 2025
52. F. BORLIZZI, S. ZOLEA (a cura di), *Cliniche legali, culture giuridiche e trasformazioni sociali. Un dialogo italo-cubano*, 2025
53. B. BICHI RUSPOLI FORTEGUERRI, F. BONITO (a cura di), *Law and Social Change*, 2025
54. F. CARDARELLI, T.E. FROSINI, E. POILLOT, G. RESTA, S. SICA, A. ZOPPINI (a cura di), *Il valore del dissenso. Riflessioni con Vincenzo Zeno-Zencovich*, 2025
55. F. NAPPI, *Giurisprudenza. Valore teoretico e formativo dell' "arte del giudice"*, 2026
56. A. CARRATTA, B. POZZO (a cura di), *Metodi innovativi per la didattica nei corsi di giurisprudenza. Un dialogo interdisciplinare*, 2026
57. M. SINISI (a cura di), *Territorio e digitalizzazione. Dialoghi italo-spagnoli di diritto pubblico*, 2026
58. P. ALVAZZI DEL FRATE, MARIA D'ARIENZO, P. LATTANZI, M. RICCI, E. ROSAFIO, R. TARCHI (a cura di), *Il futuro dell'università italiana. Problemi e prospettive*, 2026
59. V. ZENO-ZENCOVICH, *Upside Down, Inside Out, Back to Front. Stravaganze metagiuridiche*, 2026
60. S. BENVENUTI, G. FONTANA, S. ZOLEA, *Le transizioni della Costituzione materiale nel XXI secolo*, 2026



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

COLLANA L'UNITÀ
DEL DIRITTO

6I

DEMOCRAZIE E COSTITUZIONALISMI

Cura, amnistia e nuove prospettive

Seminari OSDE 2024-2025

a cura di
FRANCESCO RIMOLI, SILVIA TALINI



Roma TriE-PRESS
2026

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press*

Roma, ottobre 2026

ISBN: 979-12-5977-676-1

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanei, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La Collana entra a far parte della struttura di Roma TrE-Press, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Avvertenza</i>	11
-------------------	----

LA LEY DE AMNISTÍA IN SPAGNA SEMINARIO 18 APRILE 2024

ELISABETTA FRONTONI, <i>Introduzione</i>	15
RAFAEL BUSTOS GISBERT, <i>La ley de amnistía en España</i>	19
GENNARO FERRAIUOLO, <i>La ley orgánica de amnistía e il suo contesto</i>	37
PATRIZIO GONNELLA, <i>Diritto penale, conflitto politico e amnistia nella vicenda catalana</i>	63

L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI COSTITUZIONE IN EUROPA E IN SUD AMERICA SEMINARIO 14 MAGGIO 2024

SILVIA TALINI, <i>Le trasformazioni del costituzionalismo tra Europa e Sud America</i>	71
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, <i>Los constitucionalismos latinoamericanos y el constitucionalismo europeo. Algunas comparaciones</i>	75
HUMBERTO A. SIERRA PORTO, <i>El concepto de Constitución en Iberoamérica</i>	97

ETICA DELLA CURA, DISEGUAGLIANZE E DEMOCRAZIA SEMINARIO 10 DICEMBRE 2025

FRANCESCO RIMOLI, <i>Saluti introduttivi</i>	111
GIOVANNA PISTORIO, <i>Introduzione</i>	115
MARIA PIA PATERNÒ, <i>Teorie politiche della cura e democrazia</i>	119

FRANCESCO BILANCIA, *L'etica della cura come approccio analitico negli studi sulla democrazia* 143

ALESSANDRA PIOGGIA, *L'etica della cura nell'amministrazione democratica* 155

Notizie sugli Autori 165

Avvertenza

Il presente volume raccoglie gli atti di alcuni seminari promossi dall'Osservatorio sui processi di sviluppo delle democrazie europee (OSDE) nel biennio 2024-2025 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

Costituito nel 2023, l'Osservatorio nasce con l'intento di offrire uno spazio di ricerca, analisi e confronto sui processi di trasformazione che interessano le democrazie contemporanee, favorendo il dialogo tra studiosi e studiose di diversa formazione.

In questa prospettiva, i seminari qui raccolti hanno rappresentato occasioni di approfondimento e discussione su temi particolarmente rilevanti per la comprensione delle dinamiche istituzionali, politiche e sociali che attraversano l'Europa contemporanea e gli ordinamenti ad essa più strettamente connessi.

In coerenza con lo spirito che anima le attività dell'Osservatorio, alle Autrici e agli Autori è stata lasciata la più ampia libertà nella rielaborazione degli interventi svolti nel corso degli incontri. Per questa ragione, i contributi qui pubblicati presentano caratteristiche non uniformi: alcuni conservano una struttura più vicina a quella dell'esposizione orale, altri assumono invece la forma di saggi scientifici. Tale pluralità di approcci riflette la natura stessa dell'iniziativa e costituisce un elemento che i curatori hanno ritenuto opportuno preservare.

I contributi, inoltre, sono pubblicati nella versione predisposta dalle Autrici e dagli Autori in relazione ai rispettivi seminari e risultano pertanto aggiornati alla data del loro svolgimento, non tenendo necessariamente conto degli sviluppi normativi, giurisprudenziali o del dibattito scientifico successivamente intervenuti.

I curatori

LA *LEY DE AMNISTÍA* IN SPAGNA

SEMINARIO 18 APRILE 2024

Elisabetta Frontoni

Introduzione

Il seminario sulla *Ley de amnistía in Spagna* si inserisce nell'ambito degli incontri organizzati dall'OSDE (Osservatorio sui processi di sviluppo delle democrazie europee). Ringrazio il Coordinatore, prof. Francesco Rimoli, per aver deciso di ospitare questa giornata di studio su un tema di indubbio interesse per il dibattito costituzionalistico. Per l'Università Roma Tre non si tratta della prima occasione di discussione sulla questione, il 4 dicembre del 2014 presso il Dipartimento è stato ospitato un seminario dal titolo "Il caso catalano: trasformazioni della forma di Stato, autodeterminazione, processo federativo europeo", segno dell'attenzione riservata dalla nostra comunità accademica per la vicenda del processo indipendentista catalano, che ha visto contrapposti governo centrale e governo locale in Spagna e ha prodotto una profonda lacerazione del tessuto sociale.

Per l'incontro odierno, l'Osservatorio si giova della presenza del prof. Rafael Bustos Gisbert, catedrático de Derecho constitucional dell'Università Complutense di Madrid, che è visiting professor presso il Dipartimento di giurisprudenza nei mesi di aprile e maggio del 2024. Il professor Bustos, tra l'altro, è componente spagnolo della cosiddetta Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, che ha affrontato la questione dei requisiti richiesti alle leggi di amnistia nello Stato di diritto e ha reso un importante parere il 18 marzo 2024. La Commissione è stata chiamata a pronunciarsi dal Presidente dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e dal Presidente del Senato spagnolo su numerose questioni relative alla proposta di *Ley de amnistía*.

L'amnistia rappresenta uno strumento politicamente molto delicato per giungere a una pacificazione sociale e politica e, nel caso specifico della Spagna, la questione è resa ancora più complessa dal fatto che l'istituto non è previsto espressamente nella Costituzione. La Costituzione spagnola non menziona l'amnistia e, diversamente dall'articolo 79 della nostra Costituzione, non detta un procedimento particolare per approvare una legge di amnistia, nonostante la circostanza storica che proprio due atti di amnistia, il decreto-legge n. 10 del 1976 e la legge n. 46 del 1977, abbiano segnato il passaggio dal franchismo all'ordinamento democratico. Così,

nel silenzio della Costituzione, a essere in discussione è la stessa possibilità di adottare legittimamente una legge di amnistia a prescindere dal suo contenuto specifico.

Nel parere, la Commissione ha scelto di non pronunciarsi sulla scelta di procedere a una amnistia, perché ritiene che si tratti di una decisione politica, ma, sulla base di un'analisi comparata, ha individuato i requisiti che dovrebbero sorreggere un processo di amnistia. Secondo la Commissione, tale processo dovrebbe essere adottato nel rispetto del principio di legalità e in modo tale da garantire una riconciliazione sociale e politica senza "fretta". In questa prospettiva, dovrebbero essere evitate procedure che possano essere definite come "acceleratorie" e dovrebbe essere privilegiato il raggiungimento di maggioranze qualificate più alte per l'approvazione delle leggi di amnistia, anche quando si faccia ricorso a leggi che già necessitano della maggioranza assoluta come le leggi organiche in Spagna. L'ampio consenso parlamentare è necessario in considerazione degli effetti divisi che l'amnistia porta con sé, pur essendo uno strumento di pacificazione sociale. Alle amnistie consegue una differenza di trattamento rispetto agli stessi fatti che, per non essere considerata arbitraria, deve fondarsi su uno scopo legittimo e che sia nell'interesse della collettività come appunto l'unità nazionale e la riconciliazione. Spetta alle assemblee elettive valutare se, in un determinato contesto storico politico, l'amnistia costituisca un mezzo adeguato per raggiungere lo scopo perseguito o se non sia preferibile ricorrere ad altri strumenti come provvedimenti individuali o modifiche alla legislazione penale.

A questo proposito è anche importante restringere e definire in modo preciso l'ambito di applicazione materiale e temporale dell'amnistia, in modo da rendere gli effetti della legge più prevedibili. Secondo la Commissione, deve essere individuato un nesso causale stretto tra le consultazioni tenutesi in Catalogna il 9 novembre 2014 e il 1° ottobre 2017, la loro preparazione, le loro conseguenze e gli atti di malversazione e corruzione. In ogni caso, nel documento si afferma con nettezza che le amnistie sono compatibili con gli standard internazionali solo se le gravi violazioni dei diritti umani sono escluse dal loro ambito di applicazione.

Infine, in relazione al problematico rapporto con la giurisdizione, il parere sottolinea che, perché possa dirsi rispettata la separazione dei poteri, le amnistie non dovrebbero privare del tutto il potere giudiziario della sua autorità. Per questa ragione, rispettano la separazione dei poteri quelle leggi di amnistia che riservano ai giudici il compito di verificare se nei singoli casi sottoposti al loro giudizio siano soddisfatti i criteri stabiliti dal Parlamento

per l'applicazione dell'amnistia.

È su queste questioni, oltre che sulle vicende politiche e sociali che rappresentano il contesto storico nel quale si è cominciato a discutere della necessità di una amnistia in Spagna, che sono stati chiamati a intervenire i nostri relatori. Con il professor Bustos, discutono del tema il prof. Gennaro Ferraiuolo, professore di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e il Prof. Patrizio Gonnella, professore di Filosofia del diritto presso il nostro Dipartimento.

Il 10 giugno 2024 è stata pubblicata la *Ley Orgánica 1/2024 de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña* che, perlomeno rispetto alla maggioranza richiesta per l'approvazione, si è discostata dalle indicazioni della Commissione di Venezia che chiedeva una maggioranza qualificata più ampia. La legge è stata approvata dalla Camera dei Deputati il 30 maggio 2024 con 177 voti in favore e 172 contrari, dopo essere stata respinta al Senato. Della legge tiene conto lo scritto del prof. Bustos, che nell'epilogo richiama anche l'importante sentenza n. 137/2025 del Tribunale costituzionale spagnolo e il problematico "seguito" della decisione, che mostra come la vicenda catalana sia tutt'altro che conclusa, come del resto avevano prefigurato molto bene gli interventi di Gennaro Ferraiuolo e Patrizio Gonnella.

Rafael Bustos Gisbert

La ley de amnistía en España

SUMARIO: 1. El contexto – 2. La aprobación de la ley de amnistía y la negación absoluta de su constitucionalidad – 2.1. Los acuerdos de investidura de 2023 – 2.2. El silencio constitucional respecto a las amnistías: ¿prohibición o permiso implícito? – 2.3 Finalidad de la ley: ¿cálculo político ilegítimo o intento de normalización? – 3. Análisis (provisional) de la constitucionalidad de la ley de amnistía – 3.1. Cuestiones procedimentales: defectos en la tramitación parlamentaria de la ley – 3.2. Cuestiones sustanciales: igualdad y seguridad jurídica – 4. Conclusiones – 5. Epílogo.

En las páginas siguientes recogemos el texto de la intervención en el seminario “La ley de amnistía en España” organizado por el Dipartimento di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Roma-Tre el 18 de abril de 2024. Fue para mí un gran honor participar en dicho Seminario por lo que he de expresar mi agradecimiento a los organizadores, en especial a la profesora Elisabetta Frontoni, la invitación a participar.

El texto que sigue respeta las notas que sirvieron de base para la exposición. Por tanto, no recogen los desarrollos posteriores hasta el momento de la actual redacción (diciembre de 2025), si bien incluimos al final un breve epílogo para que el lector pueda conocer lo acontecido desde la exposición realizada en abril de 2024. Pero no hemos incorporado al texto las consideraciones que podrían derivar de esos desarrollos posteriores (muy singularmente la STC 137/2025 en la que se avaló la constitucionalidad de la ley) pues eso cambiaría radicalmente el sentido de este texto. Al respecto ha de tenerse en cuenta que al momento de realizar en la exposición se estaba produciendo el debate doctrinal y político reflejado en las líneas que siguen. Pero no existían valoraciones jurisprudenciales de la ley.

El único punto de referencia externo y neutral existente era la Opinión de la Comisión de Venecia (2024)003 sobre las exigencias derivadas del Estado de Derecho para las leyes de amnistía y, en especial, respecto al proyecto de ley de amnistía en tramitación en España aprobada en la sesión plenaria de 15-16 de marzo de 2024. En este punto he de aclarar que, en tanto miembro de la Comisión, no intervine en la redacción y debate de dicha opinión por ser relativa a mi país. Pero también he de afirmar que

globalmente comparto el contenido y recomendaciones de la Opinión que es, a mi juicio, ponderada y de una gran calidad técnica. La Opinión, pues, ha servido de base esencial para la preparación de esta exposición y del texto que sigue. Pero, obviamente, todas las afirmaciones y valoraciones realizadas reflejan mi postura personal y no la de la Comisión.

1. *El contexto*

No es posible abordar el análisis de la ley de amnistía sin situarla mínimamente en su contexto histórico-constitucional. Y ello porque sin tal contexto muchos de los debates sobre su contenido y su conformidad o no con la Constitución vigente carecerían de sentido. Así, tres contextos históricos deben ser destacados.

La compleja historia constitucional española y el papel de las leyes de amnistía. La historia constitucional española (1812-1978) se caracteriza por una fuerte inestabilidad constitucional: una guerra de independencia, cuatro guerras civiles, una invasión extranjera, innumerables golpes de Estado militares (más o menos cruentos), revoluciones obreras de distinta entidad, dos dictaduras militares. En tal contexto de inestabilidad no puede sorprender que fueran utilizadas con mucha frecuencia medidas de gracia tanto para reincorporar a la vida pública a quienes en algún momento se opusieron al ordenamiento jurídico existente, como para “perdonar” a aquellos que fueron condenados por tal oposición una vez el partido que representaba sus mismas posiciones llegaba al poder. 18 leyes de amnistía e incontables indultos durante el período muestran con suficiente elocuencia el uso habitual de medidas de gracia. Con la característica, además, de que los indultos aparecían como medidas de gracia concedidas por el ejecutivo, pero adoptando a menudo la forma de “indultos generales” y apareciendo así, como verdaderas amnistías encubiertas pues eran acordadas no por el parlamento a través de la ley, sino por decisión del Consejo de ministros. No es de extrañar que, por ese motivo, los indultos generales fueran expresamente prohibidos por la Constitución de 1931 a la vez que se reservaba la aprobación de amnistías al parlamento (art. 102).

Un sistema constitucional fundado en dos leyes de amnistía. Se sostiene, creo que acertadamente, que el actual régimen constitucional español se funda en dos leyes de amnistía aprobadas en 1976 y 1977. La primera, aprobada por Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio sobre amnistía,

amnestiaba los delitos con intencionalidad política que no hubieran puesto en riesgo o dañado la vida e integridad de las personas. La segunda sería la ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía extendiéndose a todos tipos de delito con intencionalidad política. Nótese que el Decreto Ley de 1976 fue aprobado por las instituciones procedentes del franquismo y constituyeron un paso previo esencial para que se produjeran las primeras elecciones democráticas (a la postre, constituyentes) desde los años treinta y que requerían la plena reintegración de la oposición a la plenitud de sus derechos políticos. La segunda ley es aprobada ya por las cortes constituyentes y tiene un espectro mucho más amplio. Fue considerada por todas las fuerzas un acto de reconciliación nacional, extendiendo una impunidad general por los crímenes cometidos durante el franquismo tanto por la oposición como por las propias estructuras represivas del Estado y muy singularmente por los militares victoriosos en la guerra civil.

Se trata pues de dos leyes preconstitucionales consideradas como una precondition para el tránsito pacífico de la dictadura a la democracia en España. Ambas leyes han sido aplicadas con posterioridad a la aprobación de la Constitución en 1978 y en los pocos supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre aspectos relacionados con las mismas, no se ha generado ninguna duda de constitucionalidad sobrevenida de ambas normas.

Este carácter “fundacional” del sistema constitucional español de las leyes de amnistía y su carácter consensuado no significa que hayan estado exentas de crítica. En particular las organizaciones internacionales, el Comité de derechos humanos de Naciones Unidas singularmente, han demandado frecuentemente de España la derogación de ambas normas por incluir el perdón de delitos que implicaban violaciones graves de derechos humanos y porque habrían procedido a un “blanqueamiento” de la dictadura de forma similar a otras criticadas leyes de “punto final” (especialmente en el ámbito latinoamericano) que habrían impedido investigar y aclarar graves violaciones de derechos humanos. Estas críticas no han sido, sin embargo, jamás tomadas seriamente en consideración por ningún gobierno español desde 1978.

El intento de secesión de Cataluña. La ley de amnistía solo puede entenderse en el contexto del proceso de intento de secesión de Cataluña. Resulta imposible explicar en una breve exposición dicho proceso por lo que baste apuntar sus hitos históricos principales. (i) En junio de 2010, el Tribunal Constitucional español declara la nulidad o reinterpreta importantes preceptos del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Dicha norma fue aprobada por el parlamento catalán (por una mayoría de 2/3), posteriormente negociada y aprobada por el parlamento español (como Ley Orgánica, por tanto, por mayoría absoluta de la Cámara baja) y ratificada en referéndum por el pueblo de Cataluña. La sentencia dio origen a una manifestación multitudinaria en Cataluña en contra que contó con, aproximadamente, un millón de manifestantes. Las movilizaciones se mantuvieron en el tiempo hasta casi alcanzar dos millones de manifestantes en Barcelona en septiembre de 2012 en el día nacional de Cataluña bajo el lema “Cataluña, un nuevo estado de Europa”. (ii) En el periodo 2012-2017 se producen constantes choques entre el parlamento catalán y los poderes centrales como consecuencia de la intención del primero de convocar un referéndum de autodeterminación en Cataluña. Las elecciones al parlamento catalán en 2015 fueron presentadas por las fuerzas independentistas como unas “elecciones plebiscitarias” en las que el voto en favor de los partidos políticos independentistas debía interpretarse como un voto favorable a la autodeterminación de Cataluña. El resultado, sin embargo, no fue concluyente. Si bien las fuerzas en favor de la independencia obtuvieron conjuntamente la mayoría absoluta del parlamento catalán, no obtuvieron una mayoría clara en el número de votos emitidos. (ii) En 2017 se produce el momento álgido del proceso independentista. En septiembre el parlamento catalán aprueba las llamadas “leyes de desconexión”. En virtud de la primera de ellas convoca un referéndum de autodeterminación y por obra de la segunda establece que ninguna norma jurídica española, incluida la constitución, contraria a las mismas puede ser aplicada en Cataluña. Ambas leyes fueron recurridas y suspendidas por el Tribunal Constitucional. Pese a ello, el 1 de octubre se celebra el llamado referéndum de autodeterminación sin ningunas garantías (ni siquiera se aplicó un censo de votantes, ni se registró a estos) y con fuertes intervenciones policiales en algunos lugares de votación y en las calles de las principales ciudades catalanas. El 27 de octubre, el presidente del gobierno de Cataluña (Carles Puigdemont) declara la independencia de Cataluña, pero suspende inmediatamente esa declaración para negociar un acuerdo con el gobierno español. Ese mismo día el Senado español aprobó la aplicación del art. 155 de la Constitución y autorizó al gobierno español a suspender la autonomía catalana y asumir la gestión de sus competencias. El gobierno ejerció dicho poder ese mismo día. Los principales líderes del movimiento independentista fueron detenidos. Algunos, como el presidente Puigdemont, huyeron al extranjero. (iii) En 2019, el Tribunal Supremo español (competente al existir aforados entre los procesados)

condena a los principales líderes del movimiento independentista por delitos de sedición y malversación a penas de hasta 13 años de prisión y de inhabilitación absoluta. Tras esta sentencia se producen disturbios generalizados en Barcelona con actos graves de desórdenes y de violencia en virtud de las cuales se producen numerosas detenciones y se inician procedimientos judiciales. Los líderes huidos no fueron procesados en cuanto en España no cabe el juicio penal en ausencia. (iv) En 2022, en virtud de un acuerdo político entre el gobierno español y algunas de las fuerzas independentistas, los principales líderes del movimiento son indultados por el gobierno respecto a las penas de prisión, pero no respecto a las relativas a la inhabilitación para el ejercicio de cargo público.

2. La aprobación de la ley de amnistía y la negación absoluta de su constitucionalidad

2.1. Los acuerdos de investidura de 2023

Las elecciones generales de julio de 2023 arrojaron unos resultados parlamentarios extraordinariamente difíciles. Los partidos de derecha no alcanzaban la mayoría parlamentaria dada la imposibilidad de pactar con los partidos nacionalistas (vascos y catalanes), pero tampoco los partidos de izquierda eran capaces de alcanzar una mayoría suficiente para constituir un nuevo gobierno sino era con el apoyo de las fuerzas secesionistas. Finalmente, el partido socialista firmó un acuerdo con dichas fuerzas en virtud del cual se obligaba, entre otras cosas, a aprobar una ley de amnistía para todos los independentistas condenados o procesados por delitos cometidos durante el intento de secesión en Cataluña. En contrapartida, los partidos secesionistas se comprometieron a apoyar la investidura de Pedro Sánchez como presidente del gobierno.

El efecto de este acuerdo sobre la política española ha sido brutal. La derecha considera que el partido socialista ha traicionado a España, los sectores judiciales ven en el mismo una desautorización de su labor en lo que respecta a la condena penal a los líderes independentistas por el intento de secesión y hasta dentro del propio partido socialista se alzaron voces en contra puesto que durante la campaña electoral se había expresamente rechazado la posibilidad de que se aprobara una ley de amnistía. Las explicaciones del líder del partido, “hacer de la necesidad, virtud”, no convencieron a

significados líderes, pasados y presentes, del socialismo español. Por el contrario, los secesionistas consideraron el acuerdo un triunfo de sus tesis y un primer paso en el reconocimiento del derecho a la autodeterminación a la vez que afirmaban públicamente que si fuera necesario se volverían a comportar del mismo modo y a declarar unilateralmente la independencia. La ley de amnistía fue finalmente aprobada como Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

En fin, el acuerdo para la aprobación de una ley de amnistía (y su posterior aprobación) causó una fuerte división política acentuando, aún más, la polarización existente en España. Una polarización política y social, pero también jurídica. En tal sentido, la reacción de los juristas españoles, académicos y profesionales del Derecho, fue mayoritariamente contraria a la aprobación de la ley. Se han sucedido los artículos en la prensa, pero también trabajos colectivos que en su mayoría defienden la inconstitucionalidad de la ley. Con ello, y esta es una opinión personal, se han quizás desvirtuado los debates que era necesario mantener en torno a la ley de amnistía pues, por un lado, dicho debate se ha focalizado en la cuestión de la constitucionalidad de la ley en lugar de discutir su “oportunidad” política y, por el otro, se ha radicalizado el debate jurídico en torno a la negación “in toto” de una ley de amnistía, en lugar de evaluar “en concreto” los problemas específicos planteados por la ley.

La negación “radical” de la constitucionalidad de la ley se ha sustentado en dos grandes argumentos: el silencio constitucional y la ilegitimidad de su finalidad.

2.2. El silencio constitucional respecto a las amnistías: ¿prohibición o permiso implícito?

La Constitución española no menciona en su texto ni una sola vez la palabra “amnistía”. La única referencia relacionada se contiene en el art. 62.i) al enumerar las funciones del rey (que son funciones debidas y no discrecionales pues son acordadas por el gobierno) incluye: “Ejerce el derecho de gracia de acuerdo con la ley que no podrá autorizar indultos generales”.

La parquedad de la regulación constitucional ha generado una clara división entre quienes interpretan el silencio constitucional como una prohibición tácita de las leyes de amnistía y quienes consideran que los límites a la voluntad del legislador democrático han de ser solo los expresamente previstos en la constitución, no pudiéndose interpretar

los silencios constitucionales como una restricción de la capacidad de configuración del ordenamiento del poder legislativo.

Los debates doctrinales previos a la aprobación de la ley de amnistía presentaban dos orientaciones divergentes según la perspectiva adoptada. Para la doctrina constitucionalista mayoritaria (Linde Paniagua, Aguado Renedo y García Mahamut) las leyes de amnistía serían constitucionales siempre que se respetaran los límites derivados del principio de seguridad jurídica y la garantía del principio de igualdad. Solo Aragón Reyes había expresado sus dudas acerca de la constitucionalidad de una eventual ley de amnistía en cuanto, en su opinión, la Constitución establece una reserva de jurisdicción en favor del poder judicial que impediría la derogación general de los efectos de las decisiones judiciales firmes. Sin embargo, la doctrina penalista parecía haber adoptado una opción diferente. En esta parecía ser mayoritaria la que sostenía la inconstitucionalidad de una ley como consecuencia de la prohibición de los “indultos generales” de manera que, aplicando el clásico argumento de que quien prohíbe lo menos ha de prohibir lo mayor, si estos estaban prohibidos (cuando estos no anulan las sentencias judiciales de condena penal) con mayor motivo lo estarían las amnistía (que suponen eliminar la antijuridicidad de las conductas y con ello de la propia condena penal).

Durante y después de la tramitación parlamentaria estos argumentos se han repetido de una forma u otra si bien adoptando formulaciones más radicales. Los argumentos básicos, justificadores de que el silencio de la norma suprema implicaba la inconstitucionalidad de la ley han sido básicamente tres: (i) constituye un ataque directo al Estado de Derecho por afectar a la seguridad jurídica y al derecho a la igualdad; (ii) socava la división de poderes por invadir el ámbito reservado al poder judicial; y (iii) resulta una violación de la interdicción de los “indultos generales”.

No nos convencen ninguno de estos argumentos. Respecto al primero, ciertamente una ley de amnistía afecta al principio de seguridad jurídica y al derecho a la igualdad, pero eso no supone su interdicción absoluta o su calificación de un ataque al Estado de Derecho. Lo que implica es que la regulación legal habrá de respetar ambos límites que no son absolutos. Si se quiere en otros términos, no cabe la descalificación global de la ley de amnistía, sino la evaluación en concreto del respeto a dichos límites en el articulado de la ley. En lo atinente al segundo, ha de recordarse que el ejercicio de la función jurisdiccional se realiza en el marco del sometimiento del juez a la ley. Sometimiento que apunta a la prevalencia de la voluntad del legislador democrático y a su capacidad de libre configuración

del ordenamiento jurídico. Por ello, una ley de amnistía no viola la “reserva de jurisdicción” en la medida en que la forma adoptada (la ley parlamentaria) no supone invasión de las competencias del poder judicial siempre y cuando corresponda a este su ejecución y aplicación en cada caso. Finalmente, el tercer argumento, a mi juicio, olvida que “indulto” y “amnistía” son dos instituciones diferentes. El primero es acordado por el gobierno para dar salida a objetivos de justicia material del caso concreto sin afectar a la antijuridicidad de los hechos que fueron objeto de condena penal. La amnistía, por el contrario, ha de ser adoptada por el poder representativo con las garantías propias del procedimiento legislativo en un parlamento democrático. Y sus objetivos son, frecuentemente, de naturaleza política y por ello buscan la completa desaparición del reproche penal a las conductas objeto de condena. La prohibición de los indultos generales precisamente obedecería a la intención del constituyente de evitar el fraude constitucional presente en nuestra historia a través del cual se procedía a la concesión a través de indultos generales de auténticas “amnistías encubiertas” por el ejecutivo sin las garantías propias de la ley y de su procedimiento parlamentario de aprobación.

En fin, en nuestra opinión, del silencio constitucional no cabe deducirse una prohibición a la libertad de configuración del legislador democrático en lo que se refiere a la amnistía, aunque ello no obsta a que otros límites constitucionales (concretos) hayan de ser respetados. Por otra parte, mal se entendería que la constitución española prohibiera las leyes de amnistía, cuando se han aplicado las leyes de amnistía de 1976 y 1977 sin que se haya planteado ningún problema de inconstitucionalidad sobrevenida después de 1978, ni por los tribunales ordinarios ni por el Tribunal Constitucional, en particular, teniendo en cuenta las demandas para ello del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

2.3 Finalidad de la ley: ¿cálculo político ilegítimo o intento de normalización?

Una segunda línea de pensamiento para justificar la inconstitucionalidad global de la ley de amnistía se centraba en la ilegitimidad del fin perseguido con esta concreta ley. No se trataría de que *toda* ley de amnistía estuviera constitucionalmente prohibida, sino de que *esta concreta* ley de amnistía sería inaceptable constitucionalmente, cabiendo otras leyes de amnistía. Según esta posición, toda ley de amnistía supone un trato desigual (afirmación, sin duda, cierta) que requiere para ser constitucional que

persiga un fin legítimo.

En el caso de la ley de amnistía el fin perseguido no es otro, según quienes sostienen esta posición, que generar una mayoría parlamentaria capaz de otorgar la investidura al presidente del gobierno. Algunos, más matizadamente, sostienen que la ilegitimidad del fin viene determinada por la ausencia de arrepentimiento por parte de los amnistiados (que frecuentemente han declarado que “lo volverían a hacer”) o bien porque la posición durante las elecciones del partido socialista (que ahora la avala) era contraria a cualquier forma de amnistía. Según esta última posición la aprobación de la ley de amnistía hubiera requerido un debate previo en el proceso electoral y no cabía, con posterioridad, cambiar su posición cuando no estaba claramente incluida en el programa electoral defendido.

En mi opinión, estos argumentos no pueden ser tampoco aceptados. En tal sentido coincidimos con García Roca en que debe diferenciarse entre “ratio” y “ocasio”. Una cosa es la motivación política tras una decisión (*ocasio*) y otra bien distinta la finalidad de una ley (*ratio*). La primera se mueve en el terreno de la negociación política y la segunda en los objetivos perseguidos por la ley. Y son los objetivos perseguidos los relevantes y no los motivos conducentes a adoptar la decisión política que hacen que la mayoría parlamentaria adopte tales objetivos como propios. Esto es, el fin de una medida legislativa se establece respecto sus objetivos específicos, no respecto a los motivos políticos detrás de la persecución de tales objetivos. Es, pues, la finalidad legislativa declarada en la propia ley la relevante. En tal sentido es claro que la misma es según dice el propio título de la ley, la normalización institucional, política y social en Cataluña. Objetivo que se justifica en las 10 páginas de su extensa exposición de motivos. Por eso mismo que los beneficiados no expresaran arrepentimiento puede ser un dato muy relevante para criticar la asunción del objetivo de normalización de Cataluña, pero no para considerar que dicho objetivo sea ilegítimo.

Respecto al cambio de posición del partido socialista frente a lo sostenido en campaña electoral, el argumento es poderoso desde una perspectiva democrática. Ciertamente una decisión de esta envergadura debería haber sido objeto de discusión durante la campaña electoral pues de lo contrario se hurta una decisión política esencial al debate directo preelectoral. Pero, desde una perspectiva estrictamente jurídica es difícil poder concluir la inconstitucionalidad de una norma por el cambio de posición política de un partido en el marco de las negociaciones para conformar una mayoría parlamentaria de gobierno. Un cambio de posición que sin duda generará costes democráticos, pero que no supone, en sí mismo, una violación de

las normas constitucionales, ni mucho menos un criterio relevante para declarar la inconstitucionalidad de la ley.

En ambos casos se produce, a nuestro juicio, un salto argumentativo fruto de la confusión entre el debate político (sobre la oportunidad de la ley) y el debate acerca de la constitucionalidad (sobre la “legalidad” de la norma adoptada) de la ley que ha contaminado la discusión pública durante la tramitación y aprobación de la ley de amnistía. No todo lo constitucional es “oportuno” o justificado políticamente. El objeto de valoración en el juicio de constitucionalidad de la ley no es la conveniencia de una decisión o la coherencia política de quienes la apoyan, sino el contenido jurídico de la norma que, no conviene olvidarlo, es aprobada por un parlamento elegido democráticamente.

3. Análisis (provisional) de la constitucionalidad de la ley de amnistía

Una vez aclarado por qué, a mi juicio, no es correcta una desautorización global y general de la constitucionalidad de la ley, corresponde establecer más en concreto los problemas constitucionales específicos planteados por la LO 1/2024 diferenciando las cuestiones procedimentales y las cuestiones sustanciales planteadas.

3.1. Cuestiones procedimentales: defectos en la tramitación parlamentaria de la ley

Desde un punto de vista procedimental la LO 1/2024 fue tramitada y aprobada como una proposición de ley por el procedimiento de urgencia. Ello suscita algunas dudas respecto a su constitucionalidad.

La iniciativa legislativa no fue del gobierno (proyecto de ley), sino del grupo parlamentario socialista y los otros seis grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados que conformaban la recién creada mayoría parlamentaria de gobierno. Por ello se tramitó como proposición de ley y no como proyecto de ley. Con ello se evitaba someter al texto a las obligaciones gubernamentales en la preparación de proyectos de ley que incluyen, entre otras, la necesidad de solicitar informe previo a otros órganos constitucionales (el Consejo General del Poder Judicial) o de relevancia constitucional (el Consejo de Estado). El indisimulado objetivo era impedir la inclusión en la tramitación de opiniones desfavorables a

la ley. Ello no impidió, sin embargo, que el Consejo General del Poder Judicial emitiera una declaración institucional en contra de la proposición de ley (incluso antes de que esta existiera) y, a petición del Senado, aprobara un informe extraordinariamente duro contra la ley cuando ya estaba en tramitación.

La adopción de esta forma de iniciativa para una decisión de esta magnitud no puede calificarse de habitual. No parece que sea la mejor manera de abordar una discusión legislativa de esta envergadura, pero no es un mecanismo del cual pueda deducirse la inconstitucionalidad de la norma por vicios en el procedimiento legislativo pues no se incumplió norma alguna. Cosa diferente, reiteramos, es que esta forma de iniciativa no respete el espíritu de la regulación constitucional para decisiones políticas de este calado. De nuevo la confusión entre lo “conveniente” y lo “constitucional” debe ser evitada a la hora de evaluar la conformidad de la ley con la norma suprema.

En lo referente a la declaración de urgencia de la ley, esta es una prerrogativa del gobierno y supone una tramitación acelerada en el parlamento reduciendo sustancialmente los plazos, pero no alterando la estructura del procedimiento legislativo ordinario. Se excluyó la tramitación por el procedimiento de lectura única que habría cercenado sustancialmente el debate de la ley y que podría haberse considerado inconstitucional dada la relevancia del texto. Ello supuso un procedimiento que se extendió durante un total de seis meses entre la presentación de la iniciativa (13 de noviembre de 2023) y la aprobación definitiva por el pleno del Congreso de los Diputados (14 de mayo de 2024). La tramitación exigió un debate de toma en consideración en el Congreso de los Diputados, debate y votación en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, votación en el Pleno del Congreso, debate en la Comisión de Justicia del Senado (que llamó a comparecer a ministros y académicos para discutir la ley), votación del Senado imponiendo el veto suspensivo constitucionalmente previsto y votación final en el pleno del Congreso de los Diputados.

En mi opinión, tanto la duración final del procedimiento como las sucesivas lecturas del texto en las Cortes Generales españolas aseguraron una deliberación parlamentaria suficiente del mismo.

La última cuestión procedimental capaz de generar dudas es el tipo de ley elegido para vehicular la ley de amnistía. En concreto fue la forma de Ley Orgánica que es la reservada para determinadas materias por la Constitución y que exige el voto favorable de la mayoría del Senado y la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (art. 81 CE) teniendo en cuenta que el Senado vetó la ley (mayoría absoluta en contra de la ley) pero

que, constitucionalmente, tal veto puede ser superado por el Congreso si reafirma su voluntad por mayoría absoluta. La opción por una ley orgánica para la ley de amnistía es la constitucionalmente correcta teniendo en cuenta la reserva material prevista en la constitución para este tipo de leyes al afectar a derechos fundamentales. Respecto a la mayoría exigida (mitad más uno de los miembros de la cámara baja), la Comisión de Venecia la consideró insuficiente pues una decisión de esta magnitud hubiera requerido mayor consenso político y por tanto una mayoría cualificada superior. No comparto este criterio concreto (posiblemente el único punto en el que estoy en desacuerdo con la opinión de la Comisión) en cuanto una mayoría de 2/3 supone equiparar, en cuanto al apoyo parlamentario exigido, la aprobación de una ley de amnistía con el procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 167 CE. Ello no obsta a que no reconozcamos lo que de razón tiene el argumento de que una decisión como la de amnistiar a quienes han atentado contra la unidad del Estado debería contar con el máximo consenso posible. Pero de nuevo, no debemos confundir lo que habría sido política o, incluso, constitucionalmente “conveniente” con lo que ha de ser “jurídicamente exigible”.

3.2. Cuestiones sustanciales: igualdad y seguridad jurídica

Respecto a las cuestiones sustanciales planteadas por la ley se resumen en su afectación al respecto a los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Tres ejes permiten hacer una exposición ordenada de las mismas: el ámbito de aplicación material y temporal y el procedimiento de aplicación.

En lo referente al *ámbito material de aplicación de la ley* el artículo 1 enumera los actos a los que se extiende la aplicación de la ley que incluyen:

a) Los actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos. (...)

b) Los actos cometidos con la intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas que tuvieron lugar en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017 por quien careciera de competencias para ello o cuya convocatoria o celebración haya sido declarada ilícita, así como aquellos que hubieran contribuido a su consecución. (...)

c) Los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos o resistencia que hubieran sido ejecutados con el propósito de

permitir la celebración de las consultas populares a que se refiere la letra b) del presente artículo o sus consecuencias, así como cualesquiera otros actos tipificados como delitos realizados con idéntica intención. (...)

También quedarán amnistiados los actos de desconsideración, crítica o agravio vertidos contra las autoridades y funcionarios públicos, los entes e instituciones públicas, así como sus símbolos o emblemas, incluidos los actos llevados a cabo a través de la prensa, de la imprenta, de un medio de comunicación social, de internet o mediante el uso de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, así como en el curso de manifestaciones, asambleas, obras o actividades artísticas o educativas u otras de similar naturaleza que tuvieran por objeto reivindicar la independencia de Cataluña o la celebración de las consultas a las que se refiere la letra b) o prestar público apoyo a quienes hubieran ejecutado los actos amnistiados con arreglo a esta ley.

d) Los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia u otros actos contra el orden y la paz pública que hubieran sido ejecutados con el propósito de mostrar apoyo a los objetivos y fines descritos en las letras precedentes o a los encausados o condenados por la ejecución de cualesquiera de los delitos comprendidos en el presente artículo.

e) Las acciones realizadas en el curso de actuaciones policiales dirigidas a dificultar o impedir la realización de los actos determinantes de responsabilidad penal o administrativa comprendidos en este artículo.

f) Los actos cometidos con el propósito de favorecer, procurar o facilitar cualesquiera de las acciones determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable contempladas en los apartados anteriores del presente artículo, así como cualesquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones.

Se excluyen de la aplicación de la ley (art. 2) los actos que supongan lesiones a la vida e integridad física de las personas o supongan violaciones del derecho a sufrir tratos inhumanos, así como los actos de terrorismo, los contrarios a la hacienda pública de la UE o todos los delitos considerados contrarios al orden internacional.

Como puede observarse el ámbito de aplicación material de la ley es enormemente amplio, buscándose amnistiar prácticamente todos los actos que pudieran ser considerados delictivos vinculados a la defensa de la secesión de Cataluña excepto los que implicaran grave violaciones de derechos fundamentales. En este punto la Comisión de Venecia se mostró

crítica, a nuestro juicio acertadamente, en la medida en que la definición de las conductas sobre la base de su intencionalidad genera dudas respecto a la garantía de la seguridad jurídica en su veste de previsibilidad de la aplicación de la ley a los diferentes supuestos. En tal sentido, apuntaba la Comisión, especiales problemas de seguridad jurídica en lo referente a los delitos de malversación de fondos públicos regulados en el apartado 4 del artículo 1 que establece: no se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial.

La Comisión recomendaba que ante la amplitud de las conductas y la orientación intencional de la regulación y para evitar un trato desigual excesivo (y por ello no justificado), era necesaria una interpretación restrictiva de las previsiones legales. En particular, expresaba su preocupación por la fijación clara del nexo causal entre la conducta amnistiada y la intencionalidad de la misma vinculada al proceso secesionista. Y ciertamente, dado que la finalidad de la ley que justifica un trato desigual es la intención política perseguida, debe establecerse claramente la causalidad entre conducta e intención para satisfacer las exigencias del principio de igualdad.

En lo atinente al *ámbito temporal de aplicación*, la ley parece ser excesivamente generosa al incluir todos los actos cometidos entre el 1 de noviembre de 2011 y el 13 de noviembre de 2023 (12 años). Este es, sin duda, el punto en el que la Comisión de Venecia ha sido más crítica. Efectivamente, la ley abarca la totalidad del proceso independentista, pero un ámbito temporal tan amplio supone la extensión de la aplicación de la ley hasta unos límites que pudieran considerarse irrazonables. Debe notarse, además, que el periodo de aplicación fue ampliado en las últimas fases del procedimiento legislativo de aprobación de la ley en el Congreso de los Diputados cuando ya se conocía el proyecto de opinión aprobado por la Comisión de Venecia en el que se recomendaba reducir el plazo de aplicación de la ley. Desde luego, la reacción de la cámara baja española ampliando el plazo, no puede ser bienvenida.

En lo relativo a al *procedimiento de aplicación de la ley* debe destacarse que estamos en presencia de una “ley singular” dado que sus destinatarios son solo determinadas personas, pero no se trata de una “ley autoaplicativa”. Ello sitúa el debate sobre su constitucionalidad en unos términos muy concretos. La ley será aplicada por el poder judicial. En concreto, por los mismos jueces que sentenciaron las conductas amnistiadas o que están

realizando la instrucción criminal de los mismos.

La ley prevé que su aplicación judicial deberá ser urgente y preferente, fijándose un plazo de dos meses para resolver su aplicación al caso desde la reclamación del beneficiario. El plazo es desde luego corto y podría pensarse que supone una presión excesiva sobre los jueces, pero la ley no prevé ningún efecto o sanción por el incumplimiento de los plazos por lo que es previsible (como ocurre en casos similares en la práctica judicial española) que dicho plazo sea incumplido y que las decisiones no se adopten con tanta celeridad y desde luego solo lo serán después del estudio pormenorizado del asunto en sede judicial.

La ley establece también la anulación inmediata de toda medida cautelar adoptada en el curso de los procedimientos no terminados (lo que supone la inmediata puesta en libertad de aquellos procesados que se encontraran en prisión provisional) así como las peticiones de extradición emitidas en el curso del procedimiento. Pero, de nuevo, deberán ser los tribunales que emitieron tales medidas los que las revoquen.

Respecto a los recursos contra la decisión de aplicar la ley, se establece que no tendrán en ningún caso efectos suspensivos. Ello ha generado un debate, a mi juicio estéril, respecto a los efectos suspensivos del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El debate es, a mi juicio, estéril porque, por un lado, ambas cuestiones no pueden considerarse un “recurso” sino que procesalmente son “cuestiones incidentales” y, por el otro, el efecto suspensivo de su planteamiento está previsto respectivamente en la Constitución y en el Derecho de la Unión, por lo que en ningún caso la ley podrá impedir que el proceso quede en suspenso mientras se resuelven. Desde esta última perspectiva, pues, la ley no parece plantear graves problemas de inconstitucionalidad.

4. Conclusiones

Las incertezas que rodeaban la aprobación de la ley de amnistía en España continuarán con su aplicación. En la fecha en que esta exposición tiene lugar (abril de 2024) es previsible que la ley sea objeto de recursos de inconstitucionalidad directos (planteados por el Partido Popular y por las Comunidades Autónomas en las que dicho partido gobierna) de cuestiones de inconstitucionalidad (planteados por los órganos judiciales encargados

de aplicarla) y de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (también planteadas por los tribunales ordinarios). Con carácter general no creo que se produzca una desautorización general de la ley por inconstitucional o por contradecir al Derecho de la Unión Europea, pero sí una reinterpretación de algunos de sus contenidos respecto al ámbito de aplicación sustancial y temporal de la misma.

Pero no puedo terminar esta exposición sin una última reflexión sobre nuestro papel. El de los juristas académicos o no (incluyo, pues, a jueces, fiscales y abogados) frente a situaciones políticas tan complejas y divisivas como la generada por la ley de amnistía. En mi opinión, los juristas españoles se han equivocado en el modo como han afrontado la valoración de la ley. En tanto juristas sabemos que las cuestiones jurídicas complejas (y, por definición, una ley de amnistía lo es) requieren ser interpretadas siguiendo los métodos propios del Derecho. En este caso del Derecho constitucional. Ello requiere primero aproximarnos a la categoría “ley de amnistía” desde estándares de valoración vinculados a la teoría general del derecho constitucional teniendo en cuenta su efecto sobre el Estado de Derecho, sobre los derechos fundamentales y sobre los límites constitucionales al legislador democrático. Después, en un segundo paso (y si el primero es positivo) deberemos examinar si la propuesta es o no conforme con la regulación constitucional concreta aplicable al caso. Y solo después de haber hecho este doble análisis podremos detenernos en la valoración personal que nos merezca la ley en cuanto a su oportunidad política, su conveniencia para resolver problemas o la falta de ética tras los motivos partidistas de su aprobación.

Pienso, sinceramente, que los juristas españoles (muy singularmente académicos y, hasta cierto punto jueces) han seguido el camino contrario. Ante el desagrado y rechazo político y ético generado por la ley en amplios sectores se ha tratado de construir una desautorización global de la ley a través de la imputación de su inconstitucionalidad. Para ello han utilizado el argumento básico de que el silencio constitucional se debía a que la ley era contraria a las propias bases del Estado de Derecho y de la división de poderes.

Pero con ello se ha desvirtuado el debate público en España. Los españoles estamos discutiendo sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía. Sobre cuestiones técnico-jurídicas complejas. A mi juicio, lo que la sociedad española debería estar discutiendo es sobre qué hacer políticamente ante un problema como el del secesionismo catalán, sobre los efectos de las sentencias condenatorias a los líderes del proceso independentista catalán y sobre cómo articular, en un contexto político fragmentado y polarizado,

la organización territorial del Estado. En concreto, deberíamos discutir sobre si la ley de amnistía es o no un instrumento útil para contribuir a resolver el problema y sobre si está justificado o no políticamente su uso. Los problemas políticos requieren soluciones políticas. Articuladas a través del Derecho. Pero no confundamos los dos debates, porque a la postre confundimos el debate democrático. Y no lo olvidemos. No todo lo que es constitucional es conveniente u oportuno políticamente. Estamos discutiendo lo primero y, desgraciadamente, no estamos debatiendo lo segundo que es lo que, de verdad, condicionará el futuro del país.

5. Epílogo

Dado el tiempo transcurrido entre la intervención en la Universidad (abril 2024) y la redacción de estas líneas (diciembre 2025) se han producido algunos hechos que conviene sumar a la exposición de manera muy sintética y sin realizar un análisis jurídico pormenorizado.

Al respecto debemos comenzar poniendo de manifiesto que muchas de las cuestiones planteadas en la intervención se han materializado en la aplicación de la ley que ha recibido resistencia tanto política, como judicialmente.

La resistencia política se materializó en los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Partido Popular y por algunas de las Comunidades Autónomas en las que gobierna. Dichos recursos han sido ya resueltos a partir de la STC 137/2025, de 26 de junio. En ella un Tribunal Constitucional dividido (6 a 4) avaló globalmente la ley de amnistía, pero limitó el ámbito temporal de aplicación de la ley y extendió sus efectos a quienes hubieran cometido conductas delictivas en contra del proceso de secesión de Cataluña en aras de la garantía del principio de igualdad. La cuestión de la constitucionalidad de la ley ha sido, pues, ya zanjada en la línea defendida en la exposición realizada en abril de 2024.

La resistencia judicial a la aplicación de la ley puede encuadrarse en tres grandes líneas. La primera fue plantear la inconstitucionalidad de la ley. El Tribunal Constitucional ha rechazado estas cuestiones siguiendo la estela de la recién citada STC 137/2025. La segunda ha sido el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la UE. Aproximadamente. Una quincena de cuestiones está pendiente ante el citado tribunal sin que aún se haya dictado sentencia. Solo se cuenta con las

conclusiones del Abogado General en uno de los asuntos (C-666/24) en las que avala la conformidad de la ley con el Derecho de la UE. La tercera línea es más compleja. El Tribunal Supremo español (encargado de la ejecución de la ley de amnistía en cuanto órgano juzgador del principal proceso contra los líderes del movimiento secesionista), además de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, ha realizado una interpretación novedosa del delito de malversación de fondos públicos en virtud de la cual considera que la condena a los líderes independentistas no entraba dentro del ámbito de aplicación de la ley de amnistía. En tal sentido, ha sostenido que existe “beneficio personal” en los delitos de malversación cometidos por los líderes independentistas en cuanto que al hacer uso de fondos públicos para financiar el proceso secesionista evitaron asumir personalmente los gastos derivados generándose, por ello, un beneficio económico en su favor. Por tanto, no ha considerado de aplicación el art. 1.4 (reproducido más arriba en el texto) y ha mantenido las condenas al respecto y las órdenes de extradición sobre los políticos secesionistas huidos. Esta decisión ha generado que los afectados hayan presentado recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional pendientes de resolución.

Como puede observarse, el conflicto en torno a la ley de amnistía dista de estar cerrado.

Gennaro Ferraiuolo

La ley orgánica de amnistía e il suo contesto

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il conflitto territoriale a ridosso dello scontro tra politica e giurisdizione – 2.1. Una vicenda paradigmatica: la crisi istituzionale del 2022-2023 – 3. Il processo al *procés*: la questione (politica) catalana innanzi ai giudici – 3.1. Pregiudizio e violenza – 4. A mo' di conclusione: e la questione plurinazionale?

1. *Premessa*

Matices – “sfumature” – è la parola che Enric Juliana, giornalista del noto quotidiano catalano *La Vanguardia*, utilizzò per aprire e strutturare la sua introduzione al seminario “Il caso catalano: trasformazioni della forma di Stato, autodeterminazione, processo federativo europeo”, tenutosi all’Università Roma Tre il 4 dicembre del 2014. Si tratta di una circostanza non verificabile: se infatti di quell’incontro può ancora leggersi il programma¹, non è possibile invece ripercorrerne i contenuti video; e non perché non siano stati prodotti ma in quanto travolti, qualche anno dopo, dalla furia distruttrice dell’art. 155 della Costituzione spagnola applicato in risposta allo strappo indipendentista dell’autunno del 2017. Lo strumento della cd. coercizione statale fu utilizzato, in quella circostanza, in una declinazione tanto intensa – e per questo non esente da critiche in sede scientifica² – da consentire, tra le altre cose, la cancellazione degli archivi documentali del *Consell de Diplomàcia Pública de Catalunya* (DIPLOCAT), organismo che aveva contribuito a organizzare, presso diverse università europee (e non solo), numerosi dibattiti sulla questione catalana, tra i quali la ricordata iniziativa romana³. Si tratta di un episodio – la distruzione, ad

¹ La locandina dell’evento è ancora reperibile sulla rivista telematica *federalismi.it*.

² Sull’applicazione dell’art. 155 in riferimento ai fatti catalani del 2017 cfr., nella dottrina italiana, L. FERRARO, *Un nuovo governo autonomico e la fine della coercizione statale in Cataluña: un consuntivo sull’art. 155 della Costituzione spagnola*, in *federalismi.it*, 17, 2018 (in particolare, per i profili critici, pp. 26 ss., spec. note 67 e 68).

³ Il video del seminario era consultabile al seguente link, non più attivo: <http://www.diplocat.cat/es/cataluna/debates-sobre-cataluna/2-contingut/640-il-caso-catalano->

opera degli apparati pubblici, delle risultanze di dibattiti scientifici – che dovrebbe far riflettere e forse rilevante, sia pure indirettamente, ai fini del discorso condotto in questa sede, di cui le vicende della legge di amnistia non rappresentano che l'ennesimo, e non ancora chiuso, capitolo.

Di fronte alle prospettive dischiuse in Spagna dalla approvazione di quest'atto⁴ – nella fase del procedimento di formazione prima e, poi, in quella della applicazione, con fronti di contenzioso aperti sul piano interno e sovranazionale – la domanda di fondo a cui occorre provare a dare una risposta è, riprendendo le parole del preambolo della legge stessa, se ricorressero effettivamente «circostanze politiche eccezionali», e la connessa «necessità di superare un conflitto politico radicalizzato, nella ricerca di una migliore convivenza e coesione sociale» (mia la traduzione)⁵.

È questo essenziale snodo che condiziona l'inquadramento di ogni più puntuale questione di ordine tecnico. Peraltro, il riferimento alle *circostanze politiche eccezionali* si presenta particolarmente congeniale alla vicenda analizzata, in quanto molti approcci analitici al tema della secessione sono costruiti proprio sulla tensione tra *normalità* e *eccezionalità* costituzionale e, a cascata, tra *adherence to the law* e *legitimacy*⁶, tra *legal authority* e *moral authority*⁷: schemi tutti riconducibili alla più generale idea

trasformazioni-della-forma-di-stato-autodeterminazione-processo-federativo-europeo-universita-degli-studi-roma-tre-roma-italia.

⁴ Si tratta della *Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña*, in *Boletín Oficial del Estado* (BOE), 11 giugno 2024, n. 141, pp. 67764 ss.

⁵ Questo il passaggio integrale del preambolo della *ley orgánica 1/2024*: «Esta facultad legislativa se configura en el ordenamiento como un medio adecuado para abordar circunstancias políticas excepcionales que, en el seno de un Estado de Derecho, persigue la consecución de un interés general, como puede ser la necesidad de superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados, en la búsqueda de la mejora de la convivencia y la cohesión social, así como de una integración de las diversas sensibilidades políticas».

⁶ Si tratta della nota impostazione della Corte suprema canadese, prospettata nel *Reference re Secession of Quebec*, [1998], 2 SCR 217, spec. par. 67. Si è segnalato come «the rejection of an approach solely based on a legalistic and formalistic conception of constitutional normativity» rappresenti uno degli elementi portanti del *reference*: cfr. J.F. GAUDREAU-DESBIENS, *Secession Blues: Some Legal and Political Challenges Facing the Independence Movement in Quebec*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2014, pp. 768-769.

⁷ È quanto emerge in diversi passaggi della vicenda del *referendum* indipendentista scozzese: si veda, in particolare, l'introduzione, a firma del *Prime Minister* David Cameron e del *Deputy Prime Minister* Nick Clegg, del documento *Scotland's constitutional future. A consultation on facilitating a legal, fair and decisive referendum on whether Scotland should leave the United Kingdom*, gennaio 2012, 5. In dottrina, cfr. P. BOSSACOMA I BUSQUET, *Morality and Legality of Secession. A Theory of National Self-Determination*, Palgrave Macmillan, 2020.

per cui «surrogare la legittimità costituzionale con decisioni in nome della legalità costituzionale può essere, *nelle situazioni di crisi*, una pericolosa e controproducente illusione»⁸.

2. Il conflitto territoriale a ridosso dello scontro tra politica e giurisdizione

Forse a lungo i segnali di crisi riscontrabili nell'ordinamento spagnolo si è faticato a vederli. O se ne sono offerte talvolta letture incomplete o unilaterali, schiacciate sulle ragioni – o sui torti – di una sola delle parti del conflitto territoriale: una conferma della richiamata difficoltà a *matizar* che si riscontra – a diversi livelli del dibattito pubblico – nell'inquadramento delle tensioni registratesi negli ultimi decenni tra Spagna e Catalogna.

A visioni parziali va oggi ascritta anche quella di un potere giudiziario posto sotto assedio dal potere politico, attraverso una strategia di cui l'approvazione della legge di amnistia rappresenterebbe la più recente e drastica mossa. Una lettura che potrebbe addirittura avvicinare la situazione spagnola a quella di alcuni ordinamenti dell'Est europeo, rispetto ai quali si sono attivate le risposte delle istituzioni della UE⁹. Con la peculiarità però – sul piano politico – che a resistere sul fronte “costituzionalista” a siffatta deriva si ritroverebbe un partito di estrema destra, *Vox*, che vede i suoi più naturali interlocutori esteri proprio in quelle forze politiche che in altri ordinamenti hanno innescato derive illiberali.

Lasciando da parte tale dato, alcune scelte normative che hanno inciso su organismi riconducibili alla sfera del potere giudiziario (*Consejo general del poder judicial* – CGPJ – e *Tribunal constitucional* – TC) e, da ultimo, la legge di amnistia, andrebbero valutate non in maniera isolata ma collocandole nello scenario in cui sono intervenute, che è quello di un sistema dove la politicizzazione e il connesso eccesso di ruolo della magistratura potrebbero rappresentare non l'effetto che si è inteso

⁸ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 126 (mio il corsivo); sulla «congenita incapacità delle Corti costituzionali di adempiere il loro compito nelle situazioni di profondo mutamento politico, di crisi», cfr. pure A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2001, p. 13 (in particolare nota n. 13).

⁹ In tal senso cfr. J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, in *DPCE online*, 4, 2022, pp. 2259 ss.

determinare ma la criticità (già conclamata) che si è cercato di correggere¹⁰. Sia ben chiaro: ciò non deve condurre a negare la delicatezza, per contenuti e metodi seguiti, di alcune soluzioni adottate, né ad escludere che talvolta i rimedi prospettati siano potuti risultare peggiori dei mali che si intendeva curare. È necessario però, per non appiattirsi su letture semplificanti, tenere nella dovuta considerazione alcuni essenziali elementi.

2.1. *Una vicenda paradigmatica: la crisi istituzionale del 2022-2023*

Nella prospettiva indicata, è utile ricordare come il CGPJ sia da tempo al centro di polemiche e oggetto di rilievi in sede sovranazionale in punto di autonomia e indipendenza¹¹: e ciò a partire dalla sua regolazione costituzionale e organico-attuativa, che ne definisce una integrale derivazione politica, tanto nella componente laica quanto in quella togata¹², con ripercussioni sull'unica quota di giudici costituzionali (due su dodici), quella scelta appunto dal CGPJ, in teoria slegata da quel medesimo circuito (gli altri dieci sono designati, a norma dell'art. 159, co. 1 CE, dal Governo, dal *Congreso* e dal *Senado*).

Simili criticità si sono manifestate in maniera dirompente nella gravissima crisi istituzionale apertasi sul finire del 2022. Il CGPJ era scaduto da oltre quattro anni: l'ultimo rinnovo risaliva al 2013, allorquando il *Partido popular* (PP), al Governo e forte della maggioranza assoluta in entrambe le Camere ottenuta alle elezioni del 2011, aveva potuto determinare una maggioranza conservatrice all'interno dell'organo e, a cascata, del TC, tramite le quattro nomine appannaggio del Governo e del CGPJ (prodottesi anch'esse nel 2013) rientranti nel "terzo" di giudici

¹⁰ Per una ricostruzione fortemente critica degli apparati giudiziari spagnoli, cfr. B. CLAVERO, *Constitución a la deriva. Imprudencia de la justicia y otros desafíos*, Pasado y Presente, Barcelona, 2019.

¹¹ Cfr., ad esempio, i rapporti della Commissione europea sulla situazione dello stato di diritto in Spagna (in particolare, per il 2022 e il 2023: *Informe sobre el Estado de Derecho. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España*, rispettivamente del 13 luglio 2022 e del 5 luglio 2023); nonché i rapporti periodici del GRECO (*Groupe d'États contre la corruption* del Consiglio di Europa) relativi all'ordinamento spagnolo. Sul punto cfr. E. SAMMACICCIO, *Europa, Stato di diritto e indipendenza della magistratura: il caso spagnolo* del Consejo General del Poder Judicial, in *DPCE online*, 2, 2024, pp. 807 ss.; nonché già M. IACOMETTI, *Il Consejo General del Poder Judicial spagnolo: un organo di effettiva garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario?*, in *DPCE online*, 4, 2020, pp. 4897 ss.

¹² Si veda, in attuazione dell'art. 122, co. 3, Cost., la *Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio (de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)*, art. 567, co. 2.

costituzionali che si rinnova, per singole componenti, ogni tre anni (art. 159 CE)¹³. Tale situazione, produceva la reazione delle successive maggioranze a guida socialista, intesa ad allentare la presa del PP sul CGPJ con interventi legislativi che – per incentivarne il dovuto rinnovo – ne limitavano drasticamente le prerogative in regime di *prorogatio*¹⁴. Quando però si avvicinava la scadenza dei giudici costituzionali nominati dall'organismo, le limitazioni funzionali introdotte risultavano dannose nella prospettiva del rinnovo del TC: paralizzare le nomine rimesse al CGPJ significava infatti bloccare anche quelle governative, da realizzare congiuntamente alle prime, secondo l'interpretazione delle disposizioni costituzionali fino a quel momento consolidatesi. Si decideva così di intervenire di nuovo sulla regolazione della materia, consentendo espressamente al CGPJ, pur se scaduto, di individuare i giudici costituzionali di sua spettanza¹⁵.

Quando, il 12 giugno 2022, si esauriva il mandato dei quattro magistrati del TC del blocco Governo-CGPJ, tre conservatori e uno progressista, si determinava comunque una paralisi nel rinnovo dell'organo di garanzia, sempre per effetto di manovre politiche intese a mantenere la maggioranza conservatrice consolidatasi con le nomine del 2013. Il TC iniziava così ad operare con quattro giudici (su dodici) scaduti¹⁶ (oltre che con uno dimessosi, nel luglio del 2022, per motivi di salute). A fronte di un CGPJ che non perveniva ad un accordo sui giudici da nominare, il

¹³ Questa situazione risultava scientemente protratta dal PP, grazie alla maggioranza qualificata (tre quinti) prescritta per le nomine dei membri del *Consejo* (art. 122, co. 3 Cost.), del quale aveva così potuto mantenere il controllo anche nella fase in cui iniziano a succedersi maggioranze governative a guida socialista. La disponibilità a porre fine a siffatta condotta ostruzionistica è stata subordinata dai Popolari, in questi anni, alle più svariate condizioni: riformare previamente il complessivo sistema di elezione del CGPJ; tenere fuori dalle negoziazioni per la scelta dei componenti dell'organo *Unidas Podemos* (UP, alleati di governo del PSOE nella passata legislatura); escludere dall'azione di governo interventi rivolti a incidere sulla situazione dei *leader* dell'indipendentismo catalano condannati o incriminati.

¹⁴ In tal senso disponeva l'art. 570 bis della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, introdotto con la legge organica 4/2021 (*por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones*).

¹⁵ Dubbi sulla legittimità costituzionale del richiamato art. 570 bis erano stati prospettati innanzi al TC – ma non ancora decisi – proprio in ordine alla preclusione relativa alla nomina dei giudici costituzionali, poi rimossa con la *Ley Orgánica* 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la *Ley Orgánica* 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁶ La *Ley Orgánica* 2/1979 (*del Tribunal Constitucional*), stabilisce, all'art. 17, co. 2, che «los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles».

Governo (29 novembre) provava a superare lo stallo indicando quelli di sua spettanza, che avrebbero già da soli ribaltato gli equilibri interni al TC a vantaggio della componente progressista. Le nomine erano però vanificate dallo stesso TC a maggioranza conservatrice, che rifiutava di procedere agli adempimenti prescritti per il perfezionamento delle stesse, ribadendo l'interpretazione – in dottrina ritenuta non incontrovertibile – secondo cui la nomina dei quattro giudici del blocco Governo-CGPJ deve essere contestuale¹⁷.

A quel punto, la maggioranza di governo presentava, in un procedimento legislativo d'urgenza già in corso, alcuni emendamenti aggiuntivi concernenti i meccanismi di nomina dei giudici costituzionali, chiaramente eterogenei rispetto ai contenuti del disegno di legge originario rivolto a modificare alcune previsioni del Codice penale: si trattava, nello specifico, di una *Proposición de Ley Orgánica* adottata sempre nella prospettiva di una pacificazione dei rapporti con la Catalogna – riemerge dunque, ancora, il filo che lega le presenti considerazioni – in particolare attraverso il superamento del reato di sedizione (art. 544 del codice penale, ora abrogato) nonché la riforma della malversazione (artt. 432 ss. del codice penale), ovvero le fattispecie di reato in forza delle quali erano state inflitte severissime condanne ai leader politici e associativi dell'indipendentismo¹⁸.

Le disposizioni *intruse* incidevano su diversi piani: in primo luogo definivano un meccanismo di progressiva degradazione della maggioranza necessaria all'elezione dei due giudici costituzionali di spettanza del CGPJ (dai tre quinti alla maggioranza semplice)¹⁹; sganciavano poi l'elezione di questi dalle nomine attribuite al Governo²⁰; sottraevano infine il procedimento di verifica dei requisiti dei giudici al TC (che, come ricordato, aveva appena paralizzato la nomina dei giudici governativi) per collocarla in capo ai medesimi organi designanti²¹.

¹⁷ L'art. 2, co. 1, lett. g della *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, attribuisce al TC «la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley».

¹⁸ Cfr. *Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*. Il testo, nella versione trasmessa dal Congreso al Senado il 16 dicembre 2022, con gli emendamenti contestati e successivamente stralciati, può essere consultato in *Boletín oficial de las Cortes generales (Senado)*, n. 428 del 16 dicembre 2022.

¹⁹ *Disposición final segunda*, co. 4, e *Disposición transitoria quinta* della *Proposición*, cit.

²⁰ *Disposición transitoria cuarta* e *Disposición final primera*, co. 3 della *Proposición*, cit.

²¹ *Disposición final primera* e *Disposición transitoria cuarta* della *Proposición*, cit.

Con un ricorso del 14 dicembre, alcuni deputati del PP denunciavano innanzi al TC, per via di *amparo*, la lesione della loro funzione rappresentativa connessa al descritto *modus procedendi*, limitativo, nella prospettazione dei ricorrenti, del dibattito parlamentare e dunque dell'esercizio di una serie di prerogative dei parlamentari. Il vizio del procedimento legislativo che si faceva valere trovava precedenti nella giurisprudenza costituzionale e, dunque, era effettivamente riscontrabile una forzatura dei partiti di maggioranza; ciò che veniva però ritenuto da questi ultimi una forzatura costituzionale ancora più grave – e, nella loro prospettazione, inedita – era la fase in cui si pretendeva di far valere il *vulnus* in questione: si chiedeva infatti al TC di paralizzare – sospendendolo in via *cautelarissima* – un procedimento legislativo in corso, incidendo sull'autonomia di un Parlamento di fatto sottoposto non più ad un controllo (successivo) su atti definitivamente approvati ma ad una vigilanza (preventiva) sullo svolgimento delle proprie attività interne, in violazione della parioridinazione tra organi costituzionali.

Ne seguivano una serie di passaggi rocamboleschi, con un TC propenso, più che a cercare strade per far decantare la durezza dello scontro in atto, a disporre dei tempi della propria attività in maniera frenetica, facendo di tutto per assecondare le aspettative di ricorrenti *politicamente affini* alla maggioranza dei giudici. Così il Presidente Trevijano (anch'egli scaduto), di orientamento conservatore, convocava una riunione straordinaria già nella mattinata del giorno successivo al ricorso, per giocare di anticipo sulla votazione del *Congreso* sugli emendamenti legislativi contestati, calendarizzata il medesimo giorno. Su richiesta di cinque giudici costituzionali – la *componente progressista* – fondata sull'esigenza di un «estudio completo del asunto», la riunione era differita al 19 dicembre, comunque prima del voto del *Senado*, necessario per l'approvazione definitiva dell'atto (una legge organica), fissato il 22 dicembre.

Nelle more della pronuncia del TC sulla richiesta di sospensione, i Popolari producevano ulteriori allegazioni a sostegno del ricorso, mentre i parlamentari delle forze di maggioranza (PSOE e UP), del *Congreso* e del *Senado*, da un lato chiedevano il rigetto dell'istanza cautelare, dall'altro ricusavano due giudici costituzionali scaduti (Trevijano e Narváez, entrambi di orientamento conservatore), sulla base dell'art. 219.10 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, che prevede il dovere di astensione per i magistrati che abbiano un interesse diretto o indiretto nel giudizio: nel caso di specie, la permanenza in carica dei due giudici era infatti destinata a cessare per effetto dell'entrata in vigore delle previsioni legislative contestate. Le istanze di ricusazione – che, laddove accolte, avrebbero rovesciato gli equilibri interni al TC – erano respinte (con la decisiva partecipazione al voto dei ricusati

medesimi) e, contestualmente, era accordata la sospensione cautelare del procedimento legislativo, attraverso un *auto* di cui si pubblicava, il 19 dicembre, la sola parte dispositiva²²: si giocava così di anticipo sulla deliberazione del Senato che, stralciati gli emendamenti disomogenei, approverà definitivamente la residua parte del provvedimento legislativo. In tal modo la decisione cautelare assorbiva la decisione sul merito del ricorso.

Le vicende sinteticamente ricostruite²³ mostrano chiaramente come all'interno del CGPJ e del TC, organi nevralgici – in chiave di garanzia – per la tenuta dell'ordinamento democratico, operassero blocchi distinti in maniera netta, collocati in una *maggioranza* e in una *opposizione* stabilmente riconoscibili, orientati – in maniera altamente prevedibile – secondo una ferrea *disciplina di gruppo*; in questo scenario, appariva quasi scontata la pretesa delle forze parlamentari della maggioranza a guida socialista di tramutarsi, in virtù della legittimazione elettorale ottenuta, in maggioranza anche nelle istituzioni di garanzia. Capitava così che si discutesse, con la massima naturalezza, di una maggioranza del TC non allineata a quella «que salió de las urnas»²⁴, per la presenza di una «mayoría conservadora que no se corresponde con la actual representación parlamentaria»²⁵: laddove una simile situazione – ovviamente depurata da forzature e abusi – dovrebbe invece risultare del tutto normale per un organo chiamato ad operare, fisiologicamente, in chiave contro-maggioritaria, sulla base di competenze tecnico-giuridiche e non di logiche di appartenenza partitica. Le scelte talora rocambolesche, schizofreniche, drastiche, avventate – per contenuti e metodi – che toccano i delicati snodi dei rapporti tra politica e giurisdizione (su cui impatta, con tutta evidenza, anche il discorso sulla

²² Il testo completo della pronuncia (*auto* n. 177 del 2022) sarà poi pubblicato nel *Boletín oficial del Estado*, sez. TC, n. 17 del 20 gennaio 2023.

²³ Per ulteriori spunti in tema, con diversità di accenti, cfr. G. NAGLIERI, *Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità ed anomalie*, in *federalismi.it*, 4, 2023; C. VIDAL PRADO, *Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del Consejo General del Poder Judicial e del Tribunal Constitucional*, in *federalismi.it*, 34, 2022; M.A. SIMONELLI, *Un paso adelante? Una breve riflessione sulla crisi costituzionale spagnola*, in *diritticomparati.it*, 25 gennaio 2023; J. URÍAS, *Un auto político. Comentario al ATC 177/2022, de 19 de diciembre*, in *Blog de la Revista catalana de dret públic*, 15 febbraio 2023; L. FROSINA, *La crisi costituzionale spagnola tra lawfare, conflitti tra i poteri e rischi di erosione delle istituzioni*, in *Nomos*, 3, 2022; J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Reformas*, cit., pp. 2259 ss.

²⁴ *El Gobierno pone fin al secuestro del Constitucional al suprimir la mayoría de tres quintos en el CGPJ para elegir magistrados*, in *eldiario.es*, 8 dicembre 2022.

²⁵ *El Gobierno y sus socios debaten registrar la nueva reforma del Constitucional tras conocer el fallo del Tribunal*, in *El País*, 22 dicembre 2022.

legge di amnistia) vanno senz'altro vagliate criticamente ma, al contempo, collocate in siffatto sfondo: quello di un sistema non in fisiologico equilibrio ma connotato da criticità gravi e conclamate.

3. *Il processo al procés²⁶: la questione (politica) catalana innanzi ai giudici*

Ben prima di uno scontro istituzionale di così dirompente portata, erano molteplici i segnali di allarme relativi al ruolo del TC e alla sua percezione da parte dell'opinione pubblica. Addirittura nel 2002, in un momento in cui non erano ancora accesi i riflettori sulla rivendicazione indipendentista della Catalogna, Roberto Luis Blanco Valdés salutò con sollievo la scelta del legislatore di non attribuire a quest'organo la decisione sulla illegalizzazione dei partiti politici, in virtù del «marcato profilo partitico che, di fronte all'opinione pubblica spagnola, ha finito per avere il Tribunale costituzionale, dovuto soprattutto alla politica viziata dalla lottizzazione operata negli ultimi anni dai partiti che controllano la Camera dei deputati e il Senato»²⁷. Francisco Rubio Llorente, in tempi più vicini, ha confermato questa rappresentazione, riferendosi ad una vera e propria *colonización* del TC, divenuto l'arena in cui i maggiori partiti spagnoli continuano la «contienda política» persa in Parlamento, con conseguenze molto gravi sull'autorità dell'organo²⁸.

Il punto di caduta di una parabola così lucidamente messa a fuoco è da molti individuato nella tormentata vicenda della sentenza sullo statuto catalano, caratterizzata da proroghe di magistrati, ricusazioni di giudici con dubbio fondamento, un collegio profondamente diviso che si pronuncia su un testo già approvato dal Parlamento catalano, da quello spagnolo (con maggioranze qualificate) e, soprattutto, per via referendaria dai catalani, al termine di un procedimento durato ben quattro anni²⁹. Il TC «salió dañado

²⁶ Con la formula *procés independentista* (o *sobiranista*) *català* – spesso, semplificando, *procés* – sono diffusamente designate, nel dibattito sui media e anche in molte ricostruzioni scientifiche, le vicende del conflitto nazionalistico-territoriale che in questa sede interessano.

²⁷ R.L. BLANCO VALDÉS, *A proposito della "illegalizzazione" di Batasuna*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2002, pp. 762-763.

²⁸ F. RUBIO LLORENTE, *Defectos de forma*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 2014, pp. 147-148.

²⁹ Cfr. E. AJA FERNÁNDEZ, *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid 2014, pp. 89 ss.

tras el control del Estatuto de Cataluña»³⁰: si è parlato, in riferimento alla sentenza 31/2010, di «argumentaciones verdaderamente sorprendentes, circunloquios, paráfrasis, anáforas y paradojas»³¹; di «desaparición del juicio de conocimiento y su sustitución por el juicio proveniente de la decisión política»³²; e si percepiva bene la ferita che la decisione infliggeva alla legittimazione dell'organo, «pieza clave del sistema que no puede funcionar correctamente si el máximo intérprete de la norma suprema carece de credibilidad» (credibilità relazionata, in primo luogo, ad un rigore argomentativo che mancava del tutto nella «pequeña y triste historia» di quella pronuncia)³³.

In quella stessa decisione si coglie anche, diffusamente, il momento di deflagrazione dello scontro nazionalistico-territoriale tra Spagna e Catalogna: il peso di una questione essenzialmente politica – che peraltro affonda le sue radici in una delle fratture sulla cui composizione si costruisce l'ordinamento democratico del 1978 – viene integralmente scaricato sulla giurisdizione, quella costituzionale prima, quella penale poi³⁴.

Per quanto concerne la prima, essa non si sottrae alla pressione politica, ma adotta al contrario strategie decisorie che la assecondano, anticipando molto di quanto si (ri)produrrà nella richiamata vicenda apertasi sul finire del 2022: un uso piuttosto ondivago dell'istituto della ricusazione dei giudici; una gestione dei tempi del processo che, anziché far decantare il livello dello scontro, pare voler rispondere, in modo tempestivo, a precisi impulsi dell'Esecutivo³⁵; il mancato ricorso a decisioni processuali, pur laddove possibili se non addirittura scontate, che porta il TC sia a pronunciarsi, con una certa disinvoltura, nel merito di atti evidentemente privi di effetti giuridici sia – e qui la più evidente

³⁰ J. GARCÍA ROCA, *Desafío secesionista y justicia constitucional*, in *El País*, 23 settembre 2015.

³¹ S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, Editorial Crítica, Barcelona, 2014, p. 144.

³² M.A. APARICIO PÉREZ, *Alguna consideració sobre la sentència 31/2010 i el rol atribuït al Tribunal constitucional*, in *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, 2010, 27.

³³ X. ARBÓS MARÍN, *Una visió general*, in *Revista catalana de dret públic, Especial*, cit., 30.

³⁴ Una critica alla giurisdizionalizzazione dello scontro con la Catalogna, senza prospettare contestualmente alcuna risposta sul piano politico, è stata espressa in Italia da B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meditato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, 14, 2020, IX.

³⁵ Il dato era rilevato criticamente da L. CAPPUCCIO, *Introduzione. La lunga e accidentata marcia della Catalogna verso una consultazione popolare sull'indipendenza*, in L. CAPPUCCIO, G. FERRAIUOLO (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *federalismi.it*, 22, 2014, p. 4.

anticipazione – a paralizzare procedimenti parlamentari (autonomici) in corso, anche legislativi³⁶.

Perplessità di portata non minore emergono allorquando, dal piano della giurisdizione costituzionale, si passa a quello della giurisdizione comune, in ispecie (ma non solo) penale. È su questo versante che si apre, oggi, la questione dello spazio applicativo della legge di amnistia: spazio ampio e di non agevole delimitazione (tanto nel momento della definizione normativa dei contenuti dell'atto quanto su quello della sua interpretazione) perché di ampissima portata è stato il processo di criminalizzazione del movimento indipendentista catalano, di cui il giudizio innanzi al *Tribunal Supremo* (TS) rappresenta soltanto il passaggio più noto ed eclatante (anche dal punto di vista mediatico)³⁷.

Quest'ultimo è culminato in dure condanne ai leader politici e associativi dell'indipendentismo per i reati di sedizione e malversazione³⁸. Anche in questo caso, l'epilogo della legge di amnistia dovrebbe spingere a ragionare su alcune circostanze di contesto di quella vicenda penale: ancora – lo si ribadisce – non per dar campo ad un generalizzato approccio giustificazionista ma per prospettare una ricostruzione che non perda aderenza con la complessità dello scenario.

A tal fine, si può forse partire dalla «differenza sostanziale tra il criminale che cerca di sottrarre i propri atti agli sguardi della collettività e colui che pratica la disobbedienza civile sfidando la legge in maniera manifesta. Questa distinzione tra una violazione clandestina e una violazione aperta della legge, operata in pubblico, è talmente palese che può essere ignorata solo per *pregiudizio* o *malafede*». Sono passaggi della traduzione italiana del saggio *Civil Disobedience* di Hannah Arendt³⁹. Guardando al processo

³⁶ Il punto è ben evidenziato da G. NAGLIERI, *Polarizzazione*, cit., pp. 78 ss. Tra gli interventi del TC in tal senso più rilevanti vi è senz'altro l'auto 124/2017. Si vedano anche la *providencia* del TC dell'11 novembre 2015 (n. *asunto* 6330-2015), la sentenza n. 259 del 2015, l'auto n. 141 del 2016, l'auto n. 134 del 2017.

³⁷ In tema cfr. R. SELMINI, *Criminalizzazione e repressione del dissenso politico. Il caso della mobilitazione indipendentista catalana*, in *Criminalia*, 2020, 431 ss.; nonché R. SELMINI – B. SALELLAS I VILAR, *Da Barcellona a Leningrado: riflessioni sulla criminalizzazione del movimento indipendentista catalano*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 2022, pp. 7 ss.

³⁸ Si veda la sentenza del *Tribunal Supremo* (Sala de lo Penal) n. 459/2019, resa nella *causa especial* n. 20907/2017: su di essa, anche per l'ampia bibliografia richiamata, cfr. F. MARCELLI, *Catalogna, una questione di democrazia*, in F. MARCELLI (a cura di), *Il problema catalano tra diritto a decidere ed autodeterminazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 48 ss.; nonché J. QUERALT JIMÉNEZ (a cura di), *La sentencia del procés. Una aproximación académica*, Atelier Libros S.A., Barcellona, 2020.

³⁹ H. ARENDT, *Civil Disobedience*, in *The New Yorker*, 12 settembre 1970, trad. italiana

contro i politici e gli attivisti catalani, incarcerati preventivamente a seguito degli accadimenti dell'autunno del 2017 e poi condannati dal TS, simili parole risultano emblematiche⁴⁰: nel corso di quel giudizio penale appare del tutto secondaria la ricostruzione delle condotte, compiute alla luce del sole e addirittura rivendicate dagli imputati; ciò che viene in questione non sono i fatti, ma soltanto la loro riconducibilità ad ipotesi di reato di particolare gravità.

Il saggio di Hannah Arendt colpisce ancora di più, nella prospettiva che qui interessa, per l'esplicito riferimento alle «maggioranze concorrenti» di cui ragionava John C. Calhoun, che «aveva certamente ragione quando afferma che nelle questioni di grande rilevanza nazionale la “concorrenza o il consenso delle varie parti della comunità” sono un requisito imprescindibile per un governo costituzionalmente legittimo. Considerare le minoranze disobbedienti come formate da ribelli o traditori è contrario ai dettami e allo spirito della Costituzione [il riferimento è alla esperienza statunitense], i cui padri erano particolarmente sensibili ai pericoli di un dominio incondizionato della maggioranza. Di tutti i mezzi che coloro che praticano la disobbedienza civile dispongono per diffondere e far valere le proprie ragioni, l'unico che potrebbe giustificare l'appellativo di “ribelli” è la *violenza*»⁴¹. Sullo sfondo, dunque, il richiamo ad un pensatore, Calhoun, che non può non evocare il tema della secessione e, più in generale, del complesso rapporto, da declinare oggi nella cornice delle democrazie pluraliste, tra *porzioni* di una comunità politica: «if democracy is to be understood not simply as majority rule, then cultural conflicts in democratic states must be resolved in a way that is acceptable or at least defensible to all citizens and groups»⁴².

Disobbedienza civile, Chiarelettere, Milano 2020, p. 30 (mio il corsivo).

⁴⁰ Cfr. A. GAMBERINI, *La condanna degli esponenti indipendentisti catalani: un crimine lesae maiestatis nel cuore dell'Europa*, in *Forumcostituzionale.it*, 23 ottobre 2019, che ricollega espressamente l'azione degli indipendentisti catalani alla disobbedienza civile.

⁴¹ H. ARENDT, cit., pp. 31-32 (mio il corsivo). Anche per Bobbio *pubblicità, azione di gruppo e non violenza* rappresentano i caratteri distintivi della disobbedienza civile: N. BOBBIO, *Disobbedienza civile*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, UTET, Torino 1983, spec. pp. 338 e 340.

⁴² S. MANCINI, *Rethinking the Boundaries of Democratic Secession: Liberalism, Nationalism and the Right of Minorities to Self-Determination*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 3-4, 2008, p. 561. Anche Augusto Barbera segnalava come il principio di maggioranza possa trasformarsi in una tirannia del numero in contesti con una scarsa omogeneità culturale e territoriale: v. A. BARBERA, G. MIGLIO, *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Giuffrè, Milano 1997 [edizione citata Milano 2008], p. 103; nello stesso senso v. F. MODUGNO, *Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione*

Il rapporto tra disobbedienza civile e democrazia è, naturalmente, di estrema delicatezza. Lo è ancor più dalla prospettiva giuridica: la stessa Arendt rileva come proprio per i giuristi sia «particolarmente difficile riconoscere in colui che la pratica il componente di un gruppo e non un criminale singolo e quindi imputabile per legge»⁴³. In questo scenario altamente problematico, e tornando alle recenti vicende catalane, appare però sintomatico quello che probabilmente rappresenta un semplice lapsus di un'attenta e profonda studiosa delle vicende spagnole, che – pur stigmatizzando la «*“judicialización”* estrema del conflitto politico» - ha ricompreso la *disobbedienza civile* (non, dunque, la semplice *desobediencia* cui si riferisce il codice penale spagnolo agli artt. 410-412) tra i reati contestati agli esponenti dell'indipendentismo innanzi al TS⁴⁴. Sintomatico in una duplice ottica: da una parte del fatto che, probabilmente, le condotte oggetto di quella vicenda processuale, per come prodottesi, non possono non evocare il tema della disobbedienza civile; dall'altra, che gli obiettivi perseguiti dagli imputati siano connotati da un intrinseco disvalore che deve necessariamente convertire quella disobbedienza (civile) in una figura criminosa.

3.1. Pregiudizio e violenza

La disobbedienza civile è dunque lì, ma il suo disvalore finalistico impedisce di tematizzarla come tale. Questo, sempre ricorrendo alle parole di Arendt, potrebbe essere la conseguenza di un *pregiudizio*: i fatti, nella loro presupposta valenza negativa, non possono non costituire un (grave) illecito penale; il dubbio non riguarda allora l'*an* della condanna – tutto, d'altra parte, si è svolto alla luce del sole – ma solo la figura criminosa che porterà ad infliggerla. Ci si muove dalla condanna ineluttabile alla fattispecie penale, non viceversa⁴⁵; anche perché la condanna sembra dover guardare

dei popoli (riflessioni sull'ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.), in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, tomo II, Giuffrè, Milano 1999, pp. 1029 e 1041.

⁴³ H. ARENDT, cit., p. 58.

⁴⁴ Cfr. L. FROSINA, *Il conflitto catalano tra giustizia e politica. Prime osservazioni sulla sentenza del Tribunale Supremo sul cd. procés*, in *federalismi.it*, 20, 2019, pp. 2-3.

⁴⁵ «Con el procesamiento por rebelión y la posterior condena por sedición se ha intentado hallar en la legislación penal una respuesta que esta no podía ofrecer, al menos sin entrar en grave conflicto con principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* definitorios del Estado de Derecho ni forzar categorías dogmáticas afianzadas en la teoría jurídica del derecho»: così A. LLABRÉS FUSTER, *Rebelión no, sedición tampoco (a propósito*

non tanto, e primariamente, alla rieducazione dei condannati (secondo la prescrizione dell'art. 25, co. 2, della Costituzione spagnola), quanto a una funzione di prevenzione generale: dovrà trattarsi di una pena *esemplare*. Lo tematizza apertamente il filosofo Fernando Savater – candidato alle elezioni politiche del novembre 2019 nelle liste di *Ciudadanos* (partito che nasce in Catalogna in chiave anticalanista prima, anti-indipendentista poi) – in una fase in cui il processo innanzi al TS non aveva ancora preso forma: «l'umiliazione dei secessionisti è un momento di pedagogia, perché ciò che fanno è incompatibile con la democrazia. Bisogna portarli in tribunale e in carcere perché non si ripeta più»⁴⁶. Si tratta di una prospettiva che si discosta in maniera vistosa dai cardini del diritto penale democratico, legittimando «interventi punitivi informati alla massima severità e soprattutto privi di qualunque certezza e garanzia: non solo la pena “esemplare”, ma persino la “punizione dell'innocente” svincolata dalla colpevolezza e dallo stesso accertamento del reato [...]. una siffatta dottrina della pena è virtualmente solidale [...] con schemi di processo che escludono le garanzie di difesa e in particolare il principio *in dubio pro reo*. [...] può risolversi in punizioni discrezionali e diseguali, a seconda dell'allarme sociale o delle convenienze politiche, rispetto a cui il condannato è destinato a fungere da capro espiatorio: [...] il suo esito pratico è l'appiattimento della ragione giuridica sulla ragione politica o di stato [...]»⁴⁷.

Ma qual è il *pregiudizio* che rende invisibile – o comunque tollerabile – questo evidente scostamento dalle coordinate del diritto penale democratico?

Un'ipotesi può essere avanzata riprendendo il contributo fornito da Benedict Anderson in uno dei più noti studi sul nazionalismo. Un testo il cui titolo è stato spesso frainteso: la formula delle *comunità immaginate* è infatti richiamata, in molti casi, in un'accezione negativa, invero estranea alla prospettiva dello studioso. Questi, infatti, non intende affatto distinguere tra comunità *immaginate* e comunità *reali*, tra nazioni *finte* e nazioni *vere*. Al contrario – muovendo dalla premessa che «la “nazionalità” è il valore più universalmente legittimato nella vita politica del nostro tempo»⁴⁸ – si propone un approccio laico allo studio delle nazioni (e dei

de la STS 459/2019 de 14 de octubre, sobre el procés), in *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n. 26, 2019, 106.

⁴⁶ Cfr. *Referendum Catalogna, Savater: «Un compromesso non è possibile»*, in *Corriere della sera*, 21 settembre 2017.

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989 (ed. citata 2008), p. 265.

⁴⁸ B. ANDERSON, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London-New York 1983, trad. italiana *Comunità immaginate*.

nazionalismi), che ne assume l'*artificialità* senza attribuire a tale formula alcuna connotazione valutativa: le nazioni – tutte le nazioni, grandi o piccole, dotate o meno di un apparato statuale al loro servizio – sono *manufatti culturali* frutto della creazione umana⁴⁹. E tra i *pregiudizi* che lo studioso, nella parte conclusiva dell'opera, invita a superare vi è quello della diffusa rappresentazione delle piccole patrie quale mera espressione di anacronistiche spinte disgregatrici, generate da egoismi territoriali: si denuncia un *linguaggio della frammentazione* dietro cui «si nasconde sempre un conservatorismo panglossiano che ama immaginarsi che ogni status quo sia graziosamente normale»⁵⁰; un conservatorismo che alimenta l'ideologia dei *grandi paesi* collocati sempre «dalla parte del progresso e della pace, mentre i loro avversari starebbero dalla parte del “meschino” nazionalismo»⁵¹.

Gli indipendentisti catalani, agli occhi dei più, occupavano il banco degli imputati proprio nella veste preconfezionata di *meschini nazionalisti che hanno attentato al progresso e alla pace della grande Spagna*. La ragione del diritto penale imporrebbe di neutralizzare questa visione, scongiurando il pericolo che il pregiudizio politico (che diviene, talvolta, anche pregiudizio analitico)⁵² trasfiguri, sul piano processuale, in pre-giudizio; e, invece, nella vicenda che interessa, ciò non accade.

Sempre nella scia di Arendt, può essere inquadrato il tema della violenza. Si tratta di un elemento sicuramente centrale nella vicenda processuale qui considerata: in primo luogo in quanto necessario per la configurazione della fattispecie penale della ribellione (art. 472 ss. c.p.) di cui erano imputati i leader indipendentisti, che si sostanzia – appunto - in una «sollevazione violenta» (*alzamiento violento*) indirizzata al conseguimento di una serie di fini enumerati dalla disposizione codicistica, tra cui quello di «dichiarare l'indipendenza di una parte del territorio nazionale» (art. 472, n. 5). Ne deriverebbe, pertanto, che il perseguimento di quest'ultimo obiettivo, dissociato da una modalità di azione violenta, non potrebbe integrare la fattispecie in questione (il che, ovviamente, non significa che non possa

Origini e fortuna dei nazionalismi, Manifestolibri, Roma 1996, p. 22.

⁴⁹ Ivi, 23; non a caso, l'Autore critica il pensiero di Ernest Gellner, che al concetto di *invenzione* associa, in senso peggiore, quello di *falsità* (p. 25).

⁵⁰ Ivi, 219. Critico nei confronti del pregiudizio dell'*economicismo* - con cui si guarda di frequente alle rivendicazioni identitarie - è anche A. CANTARO, *Introduzione*, in C. DE FIORES, D. PETROSINO, *Secessione*, Futura Editrice, Roma 1996, pp. 16-17.

⁵¹ B. ANDERSON, *op. cit.*, 221.

⁵² Sul punto M. BILLIG, *Banal Nationalism*, Sage Ltd, London 1995, trad. it. *Nazionalismo banale*, Soveria Mannelli, 2018, pp. 15-19.

configurare altre ipotesi criminose, o legittimare interventi che muovono su un piano giuridico diverso da quello penale).

La discussione sul punto potrebbe apparire irrilevante, considerando che il TS, nella sentenza di condanna, non ha ritenuto sussistente, per nessuno degli imputati, il delitto in questione⁵³. Eppure, non può non rilevarsi come tale capo d'imputazione, da subito apparso a molti abnorme rispetto alla reale portata dei fatti, abbia comunque assolto un ruolo non secondario. Da un punto di vista strettamente tecnico, è l'accusa di ribellione che ha radicato la competenza del TS in unica istanza di giudizio⁵⁴ e ha determinato l'applicazione dell'art. 384 *bis* della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, che contempla – già per i semplici imputati – la sospensione dalle cariche pubbliche eventualmente ricoperte⁵⁵ (sospensione che ha portato le forze indipendentiste a perdere la maggioranza assoluta al *Parlament de Catalunya* ottenuta alle elezioni del dicembre del 2017).

Su un piano diverso, ma forse ancor più rilevante, questa imputazione ha dato consistenza a una precisa rappresentazione della rivendicazione indipendentista catalana, sostenuta a livello politico e mediatico, tesa ad offuscarne la connotazione di «movimiento pacífico y democrático»⁵⁶ e – appunto – non violento. Un processo di criminalizzazione del nemico politico (interno) che, nel solco di quanto già osservato, va chiaramente al di là della rilevanza penale delle condotte oggetto del processo penale. E alla (presunta) ribellione indipendentista senza (l'elemento tipico della) violenza⁵⁷ si affiancheranno numerosi ulteriori procedimenti intesi a

⁵³ Non manca, in dottrina, chi ha criticato la sentenza – che resterebbe però una «gran sentència» - per non aver qualificato i fatti come ribellione: così E. GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los delitos de rebelión, sedición y desobediencia en la STS 459/2019, de 14 de octubre*, in *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 26, 2019, pp. 49 ss.

⁵⁴ Su tale profilo cfr., ampiamente, A. ARMENGOT VILAPLANA, *La competencia del Tribunal supremo para conocer de la causa especial de «el procés»*, in *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 26, 2019, pp. 253 ss.

⁵⁵ *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, art. 384 *bis*: «Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión».

⁵⁶ Secondo la definizione offerta da M. CASTELLS, *Ruptura. La crisis de la democracia liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 2018, p. 120; la *storia vera*, ha scritto un'attenta osservatrice delle vicende catalane, è che «sono oltre due milioni, *pacíficos e determinati*, a volere una relazione diversa della Catalogna con il resto della Spagna» (E.M. BRANDOLINI, *Piolín imbavagliato. Cronaca dell'autunno catalano*, Futura Editrice, Roma 2018, 14, mio il corsivo).

⁵⁷ Invero, il TS non ricorre nella sentenza di condanna alla figura della ribellione non

reprimere un terrorismo independentista senza armi, senza attentati, in definitiva senza terrore, facendo leva su figure criminose – artt. 571 ss. cp. – segnate da una tipificazione a maglie larghe e da una problematica anticipazione dell'intervento penale⁵⁸.

Di segno analogo la trasfigurazione che subisce il delitto di odio, fattispecie concepita – anche sulla base delle indicazioni provenienti da organismi internazionali⁵⁹ – come strumento di tutela di gruppi in condizione di strutturale vulnerabilità. E, in effetti, il codice penale spagnolo (art. 510) è in tali termini che lo definisce, quando individua le condotte incriminabili: quelle dirette contro «un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad» (art. 510 c.p.). Nell'azione della magistratura si produce da questo punto di vista una conseguenza paradossale: gli individui appartenenti ad una minoranza *nazionale* (quella catalana) che sostengono il referendum independentista (profilo *ideologico*), da potenziali vittime di discriminazioni configuranti il delitto di odio, sono in molti casi perseguiti come autori delle stesse a danno di gruppi la cui riconducibilità alle previsioni codicistiche è invece a dir poco problematica (ad esempio: il *grupo vulnerable* “forze dell'ordine”)⁶⁰.

per carenza dell'elemento tipico dell'*alzamiento violento*, che sarebbe stato provato nel giudizio, ma in quanto quest'ultimo non era finalisticamente collegato alla effettiva dichiarazione di indipendenza: il punto è sottolineato in particolare da E. GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los delitos*, cit., pp. 50-51.

⁵⁸ In merito, la dottrina ha evocato i differenti – ma contigui – schemi del diritto penale *del nemico*, del *diritto penale d'autore*, del *diritto penale del rischio*, del *diritto penale simbolico*, della *espansione del diritto penale*; per una ricostruzione delle diverse posizioni nel dibattito scientifico cfr. J.C. AGUERRI, *La construcción del radical como enemigo en el Código Penal español: los elementos de los delitos aplicados para gestionar la radicalización islamista y sus implicaciones para el Estado de Derecho*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-09, 2019, spec. pp. 20 ss.

⁵⁹ Si veda OSCE - OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS (ODIHR), *Hate Crime Law. A Practical Guide*, Warsaw, 2009, 16, dove si legge: «The target may be one or more people, or it may be property associated with a group that shares a particular characteristic. A protected characteristic is a characteristic shared by a group, such as “race”, language, religion, ethnicity, nationality, or any other similar common factor».

⁶⁰ Tra i tanti, cfr. i seguenti casi riportati dalla stampa: *Imputado por un delito de odio el concejal catalán de la nariz de payaso*, *Público.es*, 23 febbraio 2018; *La Fiscalía investigará por delitos de odio a quienes presionen a alcaldes no independentistas*, *El País*, 20 settembre

In questo scenario, non sorprende che il rapporto annuale di Amnesty International del 2017-18 abbia rilevato come «the rights to freedom of expression and peaceful assembly of Catalan independence supporters were disproportionately restricted. Dozens of people were prosecuted for “glorification of terrorism” and “humiliation of victims” on social media. [...] In many instances, authorities pressed criminal charges against people who had expressed opinions that did not constitute incitement to a terrorism-related offence and fell within the permissible forms of expression under international human rights law»⁶¹.

L'esito perseguito – la costruzione del nemico violento – può ritenersi racchiuso in alcune dichiarazioni dal *Ministro de Interior* del Governo Sánchez I: in relazione ai disordini prodottisi nelle manifestazioni di protesta seguite alla sentenza di condanna del TS – manifestazioni, nel loro complesso e nella loro imponenza, di «naturaleza [...] eminentemente pacífica»⁶² – questi si spingeva ad affermare che in Catalogna «hubo una violencia de mucho mayor impacto que la del País Vasco»⁶³. Forse è superfluo ricordare gli oltre ottocento morti provocati dal terrorismo basco; le azioni a supporto della rivendicazione indipendentista catalana, susseguitesi a partire dal 2010, non paiono in alcun modo raffrontabili a quei drammatici eventi: i feriti registratisi vanno ascritti, in larga parte, all'uso eccessivo (e inappropriato) della forza da parte dei corpi di polizia, come rilevato da molti osservatori indipendenti⁶⁴.

2017 (la pressione cui si riferisce l'articolo è imputata a striscioni e cartelli); *La Fiscalía de Barcelona investiga los tuits sobre la muerte de Maza como presuntos delitos de odio*, *Público.es*, 22 novembre 2017; *El alcalde de Reus y cuatro concejales, a un paso de ir a juicio por delito de odio por un manifiesto contra la Policía*, *eldiario.es*, 10 dicembre 2018. Sul punto, nella dottrina italiana, cfr. M. IACOMETTI, *Il Tribunale costituzionale spagnolo verso l'ipertrofia del concetto di “discurso del odio” e la eccessiva compressione della libertà di espressione?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017.

⁶¹ Cfr. *Amnesty International Report 2017/18. The State of the World's Human Rights*, London, 2018, pp. 339-340.

⁶² Lo rileva *Amnistía Internacional España*, in un comunicato del 18 ottobre 2019 (*España/Cataluña: Las autoridades deben desescalar la tensión y garantizar el derecho de reunión pacífica*), consultabile al link <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espaa-cataluna-las-autoridades-debendesescalar-la-tension-y-garantizar-el-derecho-de-reunion-pacif/>.

⁶³ Cfr. *Marlaska*: «En los actos violentos subyace el independentismo radical», in *Iarazon.es*, 27 ottobre 2019; lo stesso giorno, la prima pagina a stampa del quotidiano spagnolo era integralmente occupata da una fotografia del ministro e dal titolo «En Cataluña la violencia ha sido de mayor impacto que la del País Vasco» (*La Razón*, 27 ottobre 2019).

⁶⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA, *1-O en Cataluña: obstáculos para la investigación del uso excesivo de la fuerza*, Madrid, 2018; HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2019*.

Ma anche questa violenza – la violenza delle forze dell'ordine – viene recuperata dalla strategia (politica, giudiziaria, mediatica) di costruzione del nemico violento. Colpiscono, in tal senso, gli argomenti prospettati innanzi al TS per giustificare le misure di carcerazione preventiva e il complessivo impianto accusatorio. La violenza degli imputati era infatti riscontrata in ragione della prevedibilità del fatto che le loro condotte, supportate da una massiccia mobilitazione popolare, avrebbero potuto generare la violenza: «la aceptación del plan incluía la aceptación de previsibles y altamente probables episodios de violencia». Guardando a quanto effettivamente accaduto, la violenza dei manifestanti poteva essere riferita soltanto a episodi sporadici e marginali, del tutto insufficienti a sostenere l'imputazione per ribellione. Ecco allora che i giudici attribuiscono alla sfera degli imputati anche la reazione violenta dei corpi di pubblica sicurezza: «es cierto que no consta que el recurrente [Junqueras] haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos. Tampoco consta que diera órdenes directas en tal sentido. [...] Es llano que tanto el recurrente como los demás sabían que el Estado no podía ni puede consentir esa clase de actos, que desconocen e impiden la aplicación de las leyes que rigen el Estado democrático de Derecho, y que actuaría a través de los medios a su disposición, entre ellos el uso legítimo, y como tal, proporcionado y justificado, de la fuerza. Era previsible, en esa situación, que, con una alta probabilidad, se produjeran enfrentamientos en los que apareciera la violencia»⁶⁵. La violenza delle forze di polizia nella repressione del *referendum* del 1° ottobre è in tal modo ascritta agli imputati indipendentisti.

La ribellione – e la violenza che dovrebbe giuridicamente darle consistenza – non escono mai, dunque, dallo sfondo del processo. Ma, messi da parte i reati di disobbedienza e di malversazione di fondi pubblici

Events of 2018, USA, 2019, 237; ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Democracy Index 2017. Free speech under attack*, London, 2018, 10; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2017/18*, cit., pp. 188-190; AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA, *España/Cataluña: Las autoridades deben desescalar la tensión*, cit.

⁶⁵ Si veda l'auto della sala penale del *Tribunal supremo* del 5 gennaio 2018 (n. *recurso* 20907/2017), con il quale viene negata la messa in libertà di Oriol Junqueras (spec. 10 e 13, da cui sono ripresi i passaggi citati nel testo). In senso critico rispetto alla pronuncia cfr. J. PÉREZ ROYO, *Esto no puede acabar bien nunca*, *eldiario.es*, 6 gennaio 2018; nonchè i rilievi formulati in UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER - WORKING GROUP ON ARBITRARY DETENTION, *opinions* n. 6 del 13 giugno 2019 e n. 12 del 10 luglio 2019; AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA, *España: la prolongación de la prisión provisional de Jordi Sánchez es "excesiva y desproporcionada"*, 6 febbraio 2018, [<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-la-prolongacion-de-la-prision-provisional-de-jordi-sanchez-es-excesiva-y-desproporcio/>].

(senz'altro di minore impatto sul giudizio), non va dimenticata la violenza che caratterizza il reato di sedizione che darà sostanza alle severe pene definitivamente inflitte. Nella tipizzazione vigente al momento dei fatti, si richiedeva una *sollevazione pubblica e tumultuaria* rivolta ad impedire *con la forza*, o comunque *fuori dalle vie legali*, l'esercizio di pubbliche funzioni⁶⁶: tra i fatti dedotti in causa, si guardava principalmente alle manifestazioni di protesta contro la esecuzione di alcune risoluzioni giudiziarie di ispezione degli uffici della *Generalitat* (20 settembre 2017).

Il principale nodo interpretativo risiedeva, in questo caso, nella individuazione dello spazio che esiste tra la tipizzazione della condotta delittuosa in questione e l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti (su tutti il diritto di riunione pacifica) preordinato a manifestare un dissenso nei confronti dell'autorità costituita, anche attraverso azioni di resistenza passiva non violenta. Detto in altri termini: «rebajando el contenido conceptual de alzamiento público y tumultuario a prácticamente cualquier desorden, sin necesidad de violencia alguna ni de daños graves, resultaría que muchas de las manifestaciones, protestas y acciones de resistencia no-violenta [...] constituirían delito de sedición. Y nos encontraríamos con que los límites impuestos jurisprudencialmente sobre el derecho de manifestación y protesta serían muchísimo más opresivos de lo que pensábamos»⁶⁷.

Seguendo la prospettazione dei fatti del 20 settembre 2017 fornita dalla stessa sentenza del TS (p. 43), ci si può allora chiedere se si dia il carattere *tumultuoso, con ricorso alla forza o comunque illegale*, in una concentrazione di manifestanti (circa quarantamila) che «si riunivano

⁶⁶ Art. 544 c.p., nella previgente formulazione: «Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».

⁶⁷ Cfr. J. LUÍS MARTÍ, *Un exótico derecho. Protesta y sedición en la sentencia del procés*, in *Ctex*, n. 242, 2019 [<https://ctxt.es/es/20191009/>]; dello stesso Autore, con contenuti analoghi ma in lingua inglese, può vedersi *An Exotic Right: Protest and sedition in the Spanish Supreme Court's ruling on Catalan secessionism*, in *VerfBlog*, 18 ottobre 2019 [<https://verfassungsblog.de/an-exotic-right/>]; criticamente rispetto a questa prospettazione, V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Conflicts: A reply to José Luis Martí on the Spanish Supreme Court's judgment convicting Catalan secessionist leaders*, in *VerfBlog*, 25 ottobre 2019 [<https://verfassungsblog.de/constitutional-conflicts/>]. Sul tema, più ampiamente, J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *¿La sedición como cajón de sastre? Reflexiones al hilo de la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 82-83, 2019, pp. 110 ss.; A. LLABRÉS FUSTER, *Rebelión no*, cit., pp. 77 ss.

in un ambiente in cui coesistevano le grida rivendicative, contrarie alla presenza della commissione giudiziale [incaricata di eseguire l'ispezione], e atti ludici spontanei o promossi dagli organizzatori». In ogni caso, la valutazione su tali profili dovrebbe sempre vertere su elementi qualitativi, riferiti ai caratteri intrinseci delle azioni dei manifestanti, e non scivolare su quelli quantitativi, ossia collegati al livello di supporto raggiunto dalle mobilitazioni (pacifiche) in termini di partecipazione popolare. Diversamente, si perverrebbe ad un esito paradossale: quanto più consistente si fa l'adesione alla protesta (e alla disobbedienza pacifica) tanto più l'ordinamento, anziché ricercare risposte in grado di accomodare politicamente il dissenso, spinge quelle rivendicazioni sul terreno del penalmente rilevante. La sentenza del TS sembra invece muoversi proprio in quest'ultima direzione: le manifestazioni al centro del giudizio sono considerate *tumultuose* – e dunque sediziose – in ragione di elementi che ne denotano il successo in termini partecipativi. A sostanziare il reato di sedizione – questo un passaggio chiave della pronuncia (p. 283) – è un *levantamiento* «multitudinario» (per adesione), «generalizado» (per estensione spaziale, producendosi «en toda la extensión de una comunidad autónoma») e «proyectado de forma estratégica» (ulteriore indice di forza organizzativa dei cittadini mobilitati).

Probabilmente è in ragione di simili elementi e contraddizioni che Luigi Ferrajoli, pur muovendo da posizioni di radicale critica all'indipendentismo catalano, ha evidenziato come la «figura penal decimonónica» della *sedición*, nell'uso che ne è stato fatto dal TS, finisca sempre con il limitare «el ejercicio del derecho de reunión y de protesta política»⁶⁸. In linea con tale lettura si rinvencono alcuni riscontri nel preambolo della legge organica che, nel 2022, ha portato alla soppressione della sedizione, anche per la difficoltà di distinguerla dalla ribellione (a conferma dunque del fatto che, in una interpretazione costituzionalmente orientata, entrambe le figure dovrebbero essere contraddistinte dal ricorso alla violenza): «La doctrina ha criticado efectivamente la falta de claridad acerca del contenido y alcances del tipo delictivo de sedición, circunstancia

⁶⁸ L. FERRAJOLI, *Sobre la cuestión catalana: deshaciendo un posible equívoco*, in *sinpermiso. info*, 22 dicembre 2019; nello stesso senso A. GAMBERINI, *La condanna*, cit. Il profilo è oggetto di attenzione anche da parte di AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA, *España: libertad de reunión y de expresión, y principio de legalidad, a la luz de la sentencia del Tribunal supremo en la causa especial 3/2009/2017*, Madrid, 2020; nonché, ancor prima, nei documenti *Legalidad penal y proceso independentista* (*eldiario.es*, 9 novembre 2017) e *La banalización de los delitos de rebelión y sedición* (*eldiario.es*, 21 novembre 2017), sottoscritti da numerosi professori spagnoli di diritto penale.

esta que opera en contra del mandato de certeza propio del principio de legalidad penal. Tampoco puede obviarse, por otra parte, el hecho de que la comisión de este delito puede presentarse vinculada en su desarrollo al ejercicio de derechos y libertades fundamentales como el derecho de reunión o la libertad de expresión. Conviene, en este sentido, evitar un posible efecto disuasorio sobre el ejercicio de tales derechos y libertades constitucionales»⁶⁹.

4. *A mo' di conclusione: e la questione plurinazionale?*

I dati messi in evidenza, pur potendosi prestare naturalmente a letture diverse da quelle prospettate, denotano in ogni caso un quadro politico-istituzionale problematico e instabile, con criticità ordinamentali conclamate e rilevate, oltre che da una parte della dottrina giuridica, da molti osservatori indipendenti. Lo stesso ricorso alla legge di amnistia – strumento adoperato di solito in chiave di pacificazione in radicali cesure ordinamentali (così è stato anche per la Spagna nella transizione democratica) – dà una misura importante della profondità del conflitto politico generato dalla questione catalana; per di più, il fatto che tale intervento si sia prodotto immediatamente a ridosso della commissione dei reati e delle pene amnistrate – una sorta di repentino ripensamento – è un ulteriore indizio di una diffusa percezione di abnormità delle risposte fornite dagli apparati statali alla rivendicazione indipendentista.

Questa percezione trova conferma anche nei contenuti del patto di investitura tra il partito indipendentista *Junts per Catalunya* e il PSOE, che ha consentito la nascita del Governo Sánchez III⁷⁰; proprio a seguito dell'accordo, il gruppo socialista depositava al *Congreso*, il 13 novembre 2023, la *Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*.

In quel documento politico, si riconosce il *deficit di autogoverno*

⁶⁹ *Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, in BOE, n. 307, 23 dicembre 2022, 10.

⁷⁰ L'accordo è stato siglato a Bruxelles il 9 novembre 2023, dai rappresentanti del PSOE e di *Junts* (rispettivamente Santos Cerdán León e Jordi Turull i Negre). Il testo può essere consultato al *link* <https://www.lavanguardia.com/politica/20231110/9366764/acuerdo-psoe-junts.html>.

accumulato nei secoli, fin da quei *Decretos de Nueva Planta* del 1714 che tanta centralità assumono nella *immaginazione* (à la Anderson) del nazionalismo catalano. Uno snodo imprescindibile per comprendere la recente crisi è individuato nella sentenza del TC sullo Statuto catalano, con il quale si tentava di affermare il *riconoscimento della Catalogna come nazione* (nella unità della Spagna). Le rivendicazioni catalane – rivolte principalmente ai versanti *culturale, linguistico e istituzionale* – sono state, nel tempo, oggetto di una *severa limitazione legale*, di veri e propri *divieti* quando non di una *persecuzione attiva*. E, dopo le imponenti mobilitazioni popolari e le prese di posizione da parte delle istituzioni catalane che ne sono seguite, i governi spagnoli non hanno fatto *nulla per favorire le negoziazioni*, rifiutando di discutere le proposte avanzate dalla comunità autonoma *lealmente e nel rispetto della cornice legale vigente*. Le spinte unilaterali che ne sono derivate hanno prodotto una reazione giudiziaria dall’inegabile *valenza politica* (oggetto di *critica da parte di diversi organismi internazionali*)⁷¹ e uno sproporzionato impiego della forza, testimoniato da *immagini con un forte impatto sia dentro sia fuori i confini spagnoli* (il riferimento è alla repressione violenta messa in atto dalle forze dell’ordine spagnole per bloccare le operazioni referendarie del Primo ottobre). In corsivo si sono riportati, pressoché letteralmente, alcuni dei passaggi dell’accordo, presupposto dell’impegno dei partiti sottoscrittori a cogliere la *oportunidad histórica* di aprire una «nuova tappa nella quale ricercare, muovendo dal rispetto e dal riconoscimento dell’altro, una soluzione politica e negoziata al conflitto».

I frammenti testuali riportati consentono di accedere ad un piano di analisi fondamentale per le vicende descritte ma che sembra ormai rimosso dal dibattito. La legge di amnistia e gli elementi che definiscono il contesto in cui interviene si muovono infatti in superficie: rappresentano i pezzi dei relitti visibili a galla dopo la deflagrazione dello scontro. In profondità, persiste però il conflitto nazionalistico-territoriale, quella questione catalana che avrebbe richiesto – e probabilmente ancora richiede – risposte politiche. L’attuale debolezza delle forze partitiche catalaniste, generata dalla dura reazione dello Stato spagnolo alla radicalizzazione delle loro istanze che ha condotto ad un sostanziale azzeramento dei gruppi dirigenti, non significa che quel medesimo conflitto non possa tornare a manifestarsi in futuro.

Leggere tali problemi attraverso le categorie analitiche riferibili al regionalismo italiano rischia di condurre ad esiti fuorvianti: Augusto

⁷¹ L’accordo richiama, tra i vari organismi, il *Working Group On Arbitrary Detention* dell’*United Nations Human Rights Office Of The High Commissioner*; lo *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite, la Corte di giustizia della Unione europea, la Corte europea dei diritti umani e l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa.

Barbera sottolineava che se i movimenti catalani e baschi hanno «evidenti ragioni storiche, etniche, linguistiche e culturali per rivendicare una nazione catalana o una nazione basca separate, invece i movimenti separatisti della Padania possono basarsi esclusivamente sul malessere economico»⁷². La questione plurinazionale – che esprime la frattura generata dal «conflitto tra la cultura del centro costruttore della nazione e le popolazioni assoggettate nelle province e periferie distinte etnicamente e linguisticamente»⁷³ è infatti consustanziale all'ordinamento democratico spagnolo, nella sua genesi e nel processo storico che la precede: la tenuta del sistema non può dunque non misurarsi anche sulla capacità di accomodare – con gli strumenti della democrazia - il pluralismo nazionale.

Francisco Rubio Llorente, in uno dei suoi ultimi saggi, parlava della proiezione nel modello autonomistico della differenza tra *nacionalidades* e *regiones* (prospettata dall'art. 2 CE) come della «grande questione, suggerita ma elusa, nel 1978», una questione che continua a rappresentare il «nodo gordiano» del costituzionalismo spagnolo⁷⁴. Santiago Muñoz Machado, in un volume del 2014, formulava rilievi di tenore analogo: in Spagna «è stato universalizzato un sistema autonomistico nel quale tutte le province si sono “autodeterminate”, come se in tutte fossero esistite questioni politiche uguali a quelle della Catalogna o identiche premesse storiche»⁷⁵. Di fronte

⁷² A. BARBERA, G. MIGLIO, *Federalismo e secessione*, cit., p. 142. In senso analogo, Livio Paladin, ragionando sul concetto di nazione, affermava che «la cosiddetta Padania non ha nulla da spartire con la Scozia o il Québec» (L. PALADIN, *I «principi fondamentali» della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, ora in ID., *Saggi di Storia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 177).

⁷³ Cfr. S. ROKKAN, *State Formation, Nation-building, and Mass Politics in Europe. The Theory of Stein Rokkan*, Oxford University Press, Oxford 1999, ed. italiana *Stato, nazione e democrazia in Europa*, Il Mulino, Bologna 2002, *passim* (il passaggio riportato nel testo è ripreso dall'introduzione all'edizione italiana: v. P. FLORA, *Introduzione e interpretazione*, 63, fig. IX).

⁷⁴ F. RUBIO LLORENTE, *Defectos de forma*, cit., pp. 163-164 (mia la traduzione). Della centralità di tale questione nella fase costituyente si ritrova traccia in numerosi e autorevoli studi: cfr. G. TRUJILLO, *Relaciones interpartidistas en un marco político descentralizado*, in P. DE VEGA (a cura di), *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid 1977, pp. 258 ss.; M. HERRERO DE MIÑÓN, *Memories de estío*, Temas de Hoy, Madrid 1993, 123 ss.; J. SOLÉ TURA, *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*, Alianza, Madrid 1985, trad. it. *Nazionalità e nazionalismo in Spagna. Autonomie, federalismo e autodeterminazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, pp. 88 ss.

⁷⁵ S. MUÑOZ MACHADO, cit., p. 222; l'elevato numero di Comunità autonome sembra così rispondere, in un'ottica centralistica, all'obiettivo di diluire il peso dei nazionalismi minoritari: eccettuata la profondità storica delle richieste di autogoverno di questi ultimi,

a tale situazione - e a una crisi catalana che non era ancora giunta al punto di rottura determinatosi nel settembre del 2017 - Rubio Llorente avvertiva la necessità di ribadire che la Spagna è una *nazione di nazioni*, che richiede il superamento di una logica uniformante (il noto *café para todos*)⁷⁶ e la garanzia per la Catalogna di un adeguato *trattamento differenziato*⁷⁷, fino a difendere, dalle pagine di *El País*, l'eventuale prospettiva di un referendum sulla indipendenza⁷⁸. Nella medesima direzione, Muñoz Machado segnalava l'urgenza di una riforma della Costituzione, da articolare su due piani: un riordino generale del sistema autonomistico accompagnato dalla previsione, in chiave asimmetrica, delle «risposte differenziatrici che il catalanismo politico reclama. [...] La Costituzione dovrà dotarsi di una o più disposizioni relative alla Catalogna»⁷⁹, rivolte a recuperare sia la logica bilaterale del *pattismo* sia il diritto di autodeterminazione nella sua declinazione interna, ovvero gli elementi ritenuti dallo studioso connotativi del rapporto tra Catalogna e Spagna per come storicamente affermatosi⁸⁰.

Forse, per scendere in profondità, nella riflessione scientifica e nella ricerca delle soluzioni politiche, è a tale tipo di proposte – formulate da studiosi autorevoli e non sospettabili di simpatie indipendentiste - che occorrerebbe tornare quanto prima a guardare, prevenendo nuove ondate di radicalizzazione del conflitto politico-territoriale, con le forzature unilaterali e le torsioni di segno autoritario che potrebbero derivarne.

il processo di articolazione territoriale dell'ordinamento è frutto, nonostante la formale iniziativa riservata alle province, di «decisiones tomadas por el gobierno, o por acuerdos entre éste y la oposición [...] en algunos casos al margen de la voluntad expresa de ciertas provincias o contra ella» (F. RUBIO LLORENTE, *Defectos*, cit., pp. 159-160).

⁷⁶ In tema cfr. C. VIVER I PI-SUNYER, *El reconeixement de la plurinacionalitat de l'Estat en l'ordenament jurídic espanyol*, in F. REQUEJO, A.-G. GAGNON (a cura di), *Nacions a la recerca de reconeixement: Catalunya i el Quebec davant el seu futur*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona 2010, p. 225; J. BURGUEÑO, *Caffè per tutti: l'autonomia diffusa minaccia lo Stato*, in *Limes*, n. 4, 2012, pp. 125 ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña*, cit., p. 222.

⁷⁷ Cfr. Rubio Llorente *defiende una consulta en Catalunya para evitar "efectos impredecibles"*, *El Periódico*, 3 ottobre 2013.

⁷⁸ Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *Un referéndum para Cataluña*, in *El País*, 8 ottobre 2012.

⁷⁹ S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña*, cit., pp. 228 e 230.

⁸⁰ Ivi, 52 ss.; sul "pattismo" cfr., in termini più generali, A.-G. GAGNON, *L'Âge des incertitudes: essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Université Laval, 2011, trad. italiana *L'età delle incertezze. Saggio sul federalismo e la diversità nazionale*, Cedam, Padova 2013, 137 ss.

Patrizio Gonnella

Diritto penale, conflitto politico e amnistia nella vicenda catalana

SOMMARIO: 1. Contro il diritto penale del nemico. La Spagna torna verso prospettive mitigatrici e ragionevoli – 2. Un processo sotto osservazione – 3. Il ritorno della politica.

1. Contro il diritto penale del nemico. La Spagna torna verso prospettive mitigatrici e ragionevoli

Le vicende catalane che presero forma nel 2017 – il referendum per l'indipendenza, le proteste, l'intervento delle forze di polizia, gli arresti, il processo, le condanne – in primo luogo ci interrogano intorno al ruolo del diritto penale e alla tendenza contemporanea a delegare allo stesso la regolamentazione delle più disparate dinamiche sociali e politiche. Non è questa la funzione storica del diritto penale come ci hanno insegnato i classici a partire da Montesquieu¹ e Beccaria² e come ha teorizzato Luigi Ferrajoli nel suo paradigma del diritto penale minimo³. Il diritto penale moderno dovrebbe avere la funzione di minimizzare la violenza dei crimini e la ferocia delle pene; dovrebbe essere rigorosamente orientato verso i principi di legalità, materialità, proporzionalità e offensività. Nel caso in cui così non fosse, si offrirebbe uno spazio pericoloso alla discrezionalità punitiva, agli arbitrii, all'esercizio della vendetta politica, alla trasformazione del diritto penale da strumento di convivenza negoziata a meccanismo di lotta di potere. La grande illusione illuministica ancora non riesce a trovare pieno riconoscimento nelle instabili e fragili democrazie moderne, sempre più tentate di ridurre gli spazi della politica e della società e di allargare quelli della reazione e del controllo penale⁴.

¹ Vedi D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, Roma 2016.

² Vedi l'opera di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* curata da P. GONNELLA, S. MARIETTI, seconda edizione con prefazione di L. FERRAJOLI, Giappichelli, Torino 2024.

³ Paradigma che L. Ferrajoli ha proposto inizialmente in *Diritto e Ragione*, Laterza, Roma-Bari 1989.

⁴ Una degenerazione che è stata raccontata in tempi non sospetti da L. WACQUANT in

In assenza di violenza sulle persone non si giustifica un'offensiva penale così sproporzionata come quella che è avvenuta in Spagna nel 2017 contro i leader del movimento indipendentista. Il tema di questa riflessione non è il diritto all'autodeterminazione del popolo catalano, bensì la legittimità della risposta punitiva fondata sul reato di sedizione, dai contorni incerti, ottocenteschi e evidentemente slegati da ogni carattere di materialità. Partecipare a una manifestazione indipendentista o indire un referendum rientra nell'ambito del diritto penale oppure in quello del dialogo e della lotta politica? Con il delitto di sedizione contestato agli indipendentisti catalani si è palesato il ritorno ai crimini di lesa maestà. Un delitto che, nella forma in cui è stato contestato nel 2017 ai promotori del referendum, affondava le sue radici nella legislazione del 1822 e che, a seguito delle condanne sproporzionate avvenute nel processo tenutosi davanti alla Corte Suprema nel 2019, ha giustamente indotto il legislatore a una sua revisione profonda tre anni dopo, nel 2022. Infatti, il 23 dicembre 2022 è stata pubblicata la legge n. 14 che ha abrogato il reato di sedizione sostituendolo con il delitto di disordine pubblico aggravato. In questo modo si è tornati all'interno dei principi di mitezza, ragionevolezza, proporzionalità e offensività, precedentemente vilipesi nelle condanne per sedizione pronunciate al termine delle cinquantadue udienze del processo conclusosi davanti alla Corte Suprema il 14 ottobre del 2019.⁵ Le parole non vanno mai perseguite salvo non costituiscano incitamento diretto alla violenza. La retorica dei cattivi maestri non deve essere affare da diritto penale⁶.

2. *Un processo sotto osservazione*

Nel 2019 un gruppo di organizzazioni della società civile e accademici spagnoli ha messo in piedi una piattaforma di osservazione qualificata e sistematica del processo a cui è stato dato il nome "*International Trial Watch*".⁷ Il timore era il rischio di un processo non equo, fortemente

Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale, Feltrinelli, Milano 2000.

⁵ La sentenza del 14 ottobre del 2019 prevede condanne dai nove ai tredici anni di carcere nei confronti di dodici esponenti catalani per sedizione e appropriazione indebita.

⁶ Illuminante e ricca di suggestioni la lettura di E. DE LUCA, *La parola contraria*, Feltrinelli, Milano 2015.

⁷ A questo link sono reperibili tutti i materiali relativi all'osservazione internazionale del processo agli indipendentisti catalani <https://internationaltrialwatch.org/en/>.

inquinato da pressioni politiche. Ho avuto modo di essere parte attiva del processo di osservazione. Tutte le riflessioni che seguono attengono al solo processo e nulla hanno a che fare con la questione dell'indipendenza che ha esulato totalmente dall'attività di osservatore internazionale. Nei giorni 26 e 27 febbraio 2019 ho assistito in qualità di osservatore internazionale, su sollecitazione della piattaforma International Trial Watch, alle udienze tenutesi presso il Tribunale Supremo di Madrid contro dodici esponenti del mondo politico catalano e della società civile della Catalogna accusati dei crimini di ribellione, sedizione e malversazione. Nella giornata del 26 febbraio ci sono stati gli interrogatori del responsabile dell'associazione *Òmnium Cultural* Jordi Cuixart e della ex presidente del Parlamento della Catalogna Carmen Forcadell; nella giornata del 27 febbraio sono stati ascoltati alcuni testimoni su richiesta dell'accusa popolare o della difesa. Preliminarmente merita una riflessione la decisione del Tribunale Supremo che, su richiesta concorde della Fiscalía, ha negato uno spazio *ad hoc* nei locali della Corte agli osservatori internazionali che facevano parte della Piattaforma, nonostante un'apposita richiesta in tal senso. Il riconoscimento formale del ruolo di osservatori agli esperti internazionali membri della Piattaforma avrebbe costituito un segnale inequivoco di trasparenza e fiducia nella società civile. Segnale che è dunque mancato. La negata assegnazione di autorizzazioni *ad hoc* e di uno spazio fisico dedicato agli osservatori internazionali ha reso oggettivamente più complesso il compito di monitoraggio alla luce delle condizioni materiali di organizzazione del processo e della logistica dello stesso. Il bassissimo numero di posti messo a disposizione del pubblico per ciascuna udienza, ossia soli quaranta, ha fatto sì che bisognasse mettersi in coda all'alba per entrare nei locali del Tribunale Supremo, così producendo un'anomala e non gradevole concorrenza tra gli osservatori e quelle persone interessate a partecipare al processo per motivi affettivi o di vicinanza personale agli imputati. Dunque, il non aver riservato un certo, seppur ristretto, numero di posti agli esperti internazionali ha avuto sia un significato simbolico di chiusura nei confronti della società civile europea, sia un effetto materiale diretto a disincentivare la partecipazione quotidiana al processo. Pur considerando in modo positivo la possibilità concessa dal Tribunale di seguire in streaming le udienze, va comunque rilevato che la partecipazione dal vivo consente di osservare dinamiche che altrimenti sfuggirebbero agli osservatori.

Il processo vedeva molti dei suoi imputati in stato di custodia cautelare. Alcuni erano in carcere da oltre cinquecento giorni consecutivi, nonostante, come nel caso di Jordi Cuixart, non fosse facile rinvenire un

concreto rischio di fuga, viste le modalità incruente dell'arresto. Allo scopo di evitare ogni possibile reiterazione del delitto sarebbe stato sufficiente interdire le personalità politiche dalle funzioni pubbliche ricoperte. Nel caso di esponenti della società civile neanche questa cautela era necessaria. La custodia cautelare nei confronti di Jordi Cuixart aveva dunque un sapore ancora più amaro, costituendo una sorta di neutralizzazione forzata del suo legittimo diritto alla protesta e al dissenso.

Senza entrare nel merito della competenza e delle funzioni del Tribunale Supremo di Madrid, e pur nella consapevolezza che trattasi di decisione assunta nel pieno rispetto della legislazione spagnola, di fronte ad accuse che hanno portato a pene carcerarie molto lunghe sarebbe stato più rispettoso dei diritti e delle garanzie degli imputati assicurare agli stessi quanto meno due gradi pieni di processo, con possibilità di appellare nel merito le decisioni prese in primo grado.

Inoltre, la politicizzazione del processo è risultata sgradevole alla luce del ruolo di accusa popolare affidato al partito di estrema destra Vox, ammesso a essere parte nel procedimento penale. Finanche logisticamente appariva anomala la presenza di Vox nell'Aula, i cui avvocati erano posti fisicamente al fianco dell'avvocatura di Stato e della Fiscalía. Vox era allora un partito di giovane costituzione (meno di cinque anni di vita), tanto da non giustificare un interesse storicamente fondato alla partecipazione al processo nella qualità di parte giuridicamente riconosciuta. Al di là di ogni valutazione formale che potrebbe anche rendere legale la presenza nel processo degli avvocati di un partito politico, la loro presenza produceva finanche visivamente l'effetto di trasformare il processo stesso in un processo politico, tanto più che tra gli imputati vi erano esponenti di partiti politici appartenenti a schieramenti opposti e non messi fuori legge rispetto a quelli dell'accusa popolare. Non sempre ciò che è legale è anche opportuno. In tal caso è stata palesemente inopportuna l'accusa popolare affidata a un partito così ideologicamente caratterizzato e così giovane.

Infine, uno sguardo è stato rivolto alle accuse nei confronti del leader di *Òmnium Cultural* Jordi Cuixart e all'assenza nel processo di prove nitide a supporto delle accuse di violenza. Le imputazioni nei suoi confronti apparivano fortemente lesive del legittimo diritto alla libertà di pensiero, di associazione, di riunione, di dissenso, di protesta. L'accusa di ribellione (*ex* articolo 472 del Codice penale spagnolo) appariva non fondata alla luce degli stessi interrogatori a cui ho assistito personalmente, posto che il presupposto normativo necessario per imputare la commissione di un delitto così grave è l'aver usato violenza. A parte che lo stesso imputato in

udienza ha dichiarato a più riprese di ispirarsi a logiche di non violenza e che non c'era traccia di istigazione alla violenza nei *tweet* con i quali lui avrebbe sollecitato i catalani a partecipare a una manifestazione di piazza e che i fatti più eclatanti attribuitigli durante gli interrogatori consistevano in un comizio effettuato su un'autovettura della guardia civile spagnola, appariva chiaro che le accuse nei suoi confronti prescindevano da prove minime intorno all'uso della violenza fisica o morale. Al limite si sarebbe potuto imputargli il fatto di avere organizzato o partecipato a una manifestazione non autorizzata, dunque un reato ben meno grave. Pur dilatando al massimo la nozione di violenza non sembrava essercene traccia nei comportamenti sociali e processuali di Jordi Cuixart. Così facendo si è prodotta una rischiosa sovrapposizione della nozione criminale di ribellione con quella politica di dissenso pacifico che non legittima una risposta di tipo penale. La soglia del pericolo è stata così enormemente anticipata.

3. Il ritorno della politica

E la politica è fortunatamente tornata a essere protagonista in Spagna. Il 30 maggio del 2024 il Parlamento spagnolo ha approvato con una maggioranza risicata in via definitiva un progetto di legge di amnistia per gli indipendentisti catalani. L'anno successivo la Corte costituzionale ha ritenuto legittima la legge di amnistia.⁸ L'amnistia è un provvedimento di clemenza che tende a rimediare alle ingiustizie prodotte anche dalla legislazione, alle pratiche punitive esagerate. In questo caso è stato l'esito di un processo riformatore dello stesso Codice penale. In altri casi potrebbe essere la premessa per un intervento riformatore successivo.

In Italia nel 1992⁹ è stato modificato l'articolo 79 della Costituzione così rendendo del tutto impraticabili i provvedimenti di amnistia e indulto essendo richieste maggioranze iperqualificate di fatto irraggiungibili. Non è un caso che dal 1992 ad oggi sia stato approvato un solo provvedimento di indulto nel 2006, allo scopo di rimediare a un sovraffollamento carcerario fuori controllo. L'amnistia, che per decenni era stata strumento ordinario di gestione dei tribunali e degli istituti di pena, è dunque parola oggi sottratta

⁸ Decisione presa dalla Corte il 26 giugno del 2025 a maggioranza (sei voti favorevoli contro quattro contrari).

⁹ Legge costituzionale n. 1 del 6 marzo 1992.

al vocabolario politico¹⁰. In un paese come il nostro, regolato da un codice penale entrato in vigore nel 1930 e fortemente ispirato dall'ideologia dell'epoca, la via d'uscita naturale e saggia sarebbe l'approvazione di un nuovo codice penale che modifichi il sistema sanzionatorio, riduca la centralità del carcere e l'afflittività delle pene e minimizzi il numero dei delitti perseguiti sulla base dei principi di offensività e materialità. Contemporaneamente, un provvedimento di amnistia consentirebbe di ripartire da zero.

¹⁰ Vedi le riflessioni di S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), in *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Ediesse, Roma 2018.

L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI COSTITUZIONE
IN EUROPA E IN SUD AMERICA

SEMINARIO 14 MAGGIO 2024

Silvia Talini

Le trasformazioni del costituzionalismo tra Europa e Sud America

Le trasformazioni intervenute nel costituzionalismo contemporaneo negli ultimi decenni hanno progressivamente posto in discussione alcuni dei presupposti teorici sui quali era stato edificato il modello dello Stato costituzionale del secondo dopoguerra. La crescente interdipendenza tra ordinamenti, il moltiplicarsi dei livelli di produzione normativa, l'emersione di c.d. sistemi multilivello di tutela dei diritti e il ruolo sempre più incisivo delle Corti costituzionali e sovranazionali hanno contribuito a ridefinire il significato stesso di categorie tradizionali quali sovranità, rappresentanza, separazione dei poteri e rigidità costituzionale.

In questo contesto, la riflessione sul costituzionalismo europeo e sudamericano assume un particolare interesse non soltanto sotto il profilo comparatistico, ma anche sul piano teorico-generale. Le esperienze maturate nei due contesti, pur profondamente differenti sotto il profilo storico, sociale, giuridico ed economico, consentono infatti di osservare, da prospettive diverse, alcune delle principali tensioni che attualmente attraversano le democrazie costituzionali.

Del resto, il rapporto tra Europa e Sud America costituisce una componente essenziale della storia del costituzionalismo moderno. In effetti, come efficacemente rilevato, il costituzionalismo sudamericano nasce dalla commistione di una pluralità di matrici culturali e istituzionali: la tradizione giuridica iberica, l'influenza delle Cortes di Cadice, il costituzionalismo rivoluzionario francese, il modello federale statunitense e le peculiari condizioni politiche e sociali dei territori interessati dai processi di indipendenza. Dunque, più che il prodotto di un semplice fenomeno di imitazione, esso appare il risultato di una complessa operazione di adattamento e rielaborazione di modelli diversi, che nel corso del tempo ha dato luogo a percorsi costituzionali originali e autonomi¹.

Proprio tale complessità induce, tuttavia, a interrogarsi sulla persistente adeguatezza delle categorie interpretative tradizionalmente utilizzate per leggere e interpretare le esperienze costituzionali sudamericane. Una parte

¹ G. ROLLA, *America Latina: il costituzionalismo del periodo independentista e l'opzione federale*, in *Nomos*, 2020.

significativa della dottrina ha infatti posto in luce come l'applicazione di categorie elaborate all'interno della tradizione costituzionale europea o nord-americana rischi di produrre rappresentazioni parziali o distorte di fenomeni istituzionali che si sviluppano in contesti profondamente differenti. Le persistenti disuguaglianze economiche e sociali, il retaggio coloniale, la fragilità di numerose istituzioni democratiche e la presenza di profonde fratture territoriali e culturali costituiscono, con evidenza, elementi che incidono direttamente sul funzionamento concreto delle Costituzioni e sul significato assunto da istituti solo apparentemente analoghi².

Sotto questo profilo, l'esperienza sudamericana si presenta come un osservatorio privilegiato per analizzare il rapporto tra il dettato costituzionale e la sua effettività. Molte delle Carte costituzionali adottate nel continente, soprattutto a partire dagli ultimi decenni del Novecento, si caratterizzano per la presenza di ampi cataloghi di diritti fondamentali, per il riconoscimento di complessi meccanismi di tutela giurisdizionale e per una particolare attenzione ai principi di partecipazione democratica e inclusione sociale. Nondimeno, la concreta attuazione di tali previsioni continua troppo spesso a confrontarsi con persistenti condizioni di disuguaglianza e con assetti di potere che limitano l'effettiva capacità trasformativa delle Costituzioni.

È in tale prospettiva, dunque, che il tema dell'effettività assume una valenza centrale. La questione non riguarda soltanto la distanza tra norme costituzionali e realtà sociale, ma investe, più ampiamente, il ruolo stesso della Costituzione all'interno degli ordinamenti contemporanei. Se il costituzionalismo del secondo dopoguerra aveva individuato nella Costituzione il principale strumento di limitazione del potere e di garanzia dei diritti, le trasformazioni intervenute negli ultimi decenni sembrano avere progressivamente spostato l'attenzione verso i processi attraverso i quali i contenuti costituzionali vengono concretamente definiti, interpretati e attuati. In tale contesto, la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente assunto un ruolo sempre più incisivo, contribuendo, da un lato, a ridefinire il rapporto tra politica, diritto e Costituzione e, dall'altro, ad alimentare un dibattito che attraversa oggi, seppure con prospettive differenti, tanto l'esperienza europea quanto quella sudamericana³.

² S. BAGNI, G. PAVANI, *Leggere le categorie giuridiche del costituzionalismo e della democrazia attraverso le recenti vicende istituzionali dell'America latina*, in *DPCE Online*, 2024.

³ Su tali profili, da prospettive diverse ma complementari, si soffermano A. SAIZ ARNAIZ, *Los constitucionalismos latinoamericanos y el constitucionalismo europeo. Algunas comparaciones* e H. A. SIERRA PORTO, *El concepto de Constitución en Iberoamérica*, entrambi in questo Volume.

In tale contesto, accanto al tema dell'effettività, particolare rilievo assume la questione relativa alla revisione costituzionale e alla definizione del rapporto tra rigidità della Costituzione e principio democratico. Le vicende costituzionali latinoamericane hanno frequentemente mostrato come la revisione costituzionale non rappresenti soltanto uno strumento di adattamento dell'ordinamento ai mutamenti sociali, politici ed economici, ma possa trasformarsi in un terreno privilegiato di confronto tra diverse visioni della democrazia, della rappresentanza e della sovranità popolare. Non è casuale che molti dei più significativi processi di trasformazione costituzionale del continente abbiano coinvolto direttamente il corpo elettorale attraverso *referendum*, assemblee costituenti e altre forme di partecipazione popolare, dando vita a modelli che si differenziano sensibilmente dalle esperienze europee tradizionalmente fondate sulla centralità dell'organo rappresentativo⁴.

Anche sotto questo profilo emerge uno dei temi centrali del dibattito costituzionalistico contemporaneo: la ricerca di un equilibrio tra stabilità costituzionale e capacità di adattamento dell'ordinamento. La crescente complessità delle società contemporanee, la moltiplicazione delle sedi decisionali e la continua emersione di nuove domande di riconoscimento e tutela impongono infatti di interrogarsi sulle modalità attraverso le quali la Costituzione possa continuare a svolgere la propria funzione di garanzia senza rinunciare alla necessaria capacità di evoluzione⁵.

Le trasformazioni del costituzionalismo contemporaneo sembrano così collocarsi al crocevia di alcune significative tensioni: tra rigidità e mutamento, tra rappresentanza e partecipazione, tra sovranità statale e integrazione sovranazionale, tra garanzia dei diritti e legittimazione democratica delle decisioni pubbliche. È, dunque, proprio all'interno di tali tensioni che si misura oggi la capacità della Costituzione di continuare a rappresentare il principale strumento di organizzazione del potere e di tutela dei diritti nelle democrazie contemporanee.

⁴ L. CASSETTI, *Revisioni costituzionali e appello al popolo. Appunti per una riflessione sul valore della Costituzione nell'esperienza sudamericana*, in *Federalismi.it*, 2009.

⁵ Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, *Los constitucionalismos latinoamericanos*, cit., in questo Volume, spec. sulle convergenze e divergenze tra esperienza europea e latino-americana in materia di giustizia costituzionale, tutela dei diritti e integrazione sovranazionale.

Alejandro Saiz Arnaiz

Los constitucionalismos latinoamericanos y el constitucionalismo europeo. Algunas comparaciones

SUMARIO: 1. Reflexiones introductorias – 2. El modelo mixto de justicia constitucional latinoamericano frente a la defensa europea del modelo centralizado de justicia constitucional – 3. El hiperpresidencialismo (o la dictadura parlamentaria) frente al equilibrio (más o menos armónico) de poderes – 4. Un Estado de bienestar esquivo en Latinoamérica, donde los avances en derechos sociales (DESCA) ocurren por la vía judicial, frente al rol prevalente del legislador y de la administración pública en los Estados de bienestar (más o menos) consolidados en Europa – 5. Un sistema interamericano de derechos humanos sin integración económica frente a un CEDH complementado por la UE – 6. Conclusiones. Entre constitucionalismos y constitucionalismo: asimetrías, tensiones y aprendizajes compartidos.

1. Reflexiones introductorias

Quiero iniciar mi intervención agradeciendo al Prof. Rimoli, director del OSDE, a la Doctora Talini, y al Doctor De Nicola, por la organización de este seminario y por la invitación a intervenir en el mismo.

A lo largo de los próximos minutos aludiré a algunas diferencias (y también a ciertas similitudes) entre la idea de Constitución en Europa y en Sudamérica, más precisamente en Latinoamérica. La comparación que propongo, tras una contextualización inicial, vendrá referida a algunas partes del contenido de las Constituciones y a su aplicación.

Más de dos siglos después de las revoluciones que, a finales del siglo XVIII, alumbraron en ambas orillas del Atlántico los primeros textos constitucionales, el horizonte de libertad e igualdad sigue dando sentido a las Constituciones de nuestros días.

Así es en América Latina desde que los “representantes de los Estados de Venezuela” aprobaron la Constitución Federal de 1811, la primera en aquella región del mundo, en la que puede leerse que los Gobiernos “han sido instituidos para asegurar al hombre [...] el más justo y honesto

ejercicio de sus derechos”, que no son otros que “la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad” (artículos 151 y 152). Una libertad y una igualdad que se vuelven a proclamar, integrando una larga lista (artículo 8. II), como valores en los que se sustenta el Estado en la Constitución Política que el pueblo boliviano refrendó en 2009. Entre ambos documentos, es decir, entre el primero y el último de los textos constitucionales aprobados en América Latina, se han sucedido más de doscientas Constituciones y no sería exagerado sostener que la doble promesa de libertad e igualdad no ha faltado nunca a la cita.

La organización del poder, su reparto horizontal y vertical, y los derechos de los ciudadanos, fueron desde el primer momento las técnicas empleadas para concretar aquella promesa, tal y como se había hecho poco tiempo antes en los Estados Unidos y en Francia. En uno y otro modelo se inspiraron también las Constituciones europeas del período, que bebieron además de la tradición británica en tiempos de monarquías constitucionales.

Tras el momento fundacional, en el que tampoco puede desconocerse el peso de la influencia gaditana (cincuenta diputados por distintos territorios de América participaron en las Cortes que aprobaron la Constitución de 1812), la lenta aunque progresiva democratización de los sistemas políticos y el compromiso social del constitucionalismo fueron señas de identidad compartidas de los Estados de derivación liberal en América Latina y en Europa, aunque los muy diversos ritmos y contenidos de estas transformaciones (más perceptibles en Europa) han de explicarse tanto en clave nacional como regional.

Así ocurrió ya en las primeras décadas del siglo XX, cuando las Constituciones pasaron en muchos casos de ser herramientas para la libertad y la igualdad a convertirse en auténticas hojas de ruta, en planes para la transformación del Estado, mudando en cierto modo su naturaleza. No puede dejar de recordarse aquí el gran impacto de la Constitución mexicana de 1917 en Europa, en particular, aunque no solo, en los debates de la Constitución de la Segunda República Española, de 1931. Las actas de aquellas Cortes Constituyentes dan buena muestra de la presencia del precedente mexicano al discutirse tanto los derechos sociales como la garantía judicial de los derechos a través del amparo.

La realidad social y económica de Latinoamérica, así como su historia, ayudan a entender muchas de las diferencias, desde luego las más visibles, entre el constitucionalismo de aquella región y el europeo. La evocación del presidencialismo (muy) fuerte, del poder judicial débil (y poco

independiente), de los derechos ausentes, de los federalismos semánticos, de los partidos políticos inestables o de los parlamentos invisibles, son lugares comunes que suelen presentarse como señas de identidad de la historia constitucional regional, aunque todos ellos necesitarían de una rigurosa contextualización y de no pocas precisiones para su correcto (y no parcial) entendimiento. Algunos de estos defectos, obvio es el recordatorio, no son monopolio americano: una lista de los vicios de dos siglos largos de Estado constitucional en Europa serviría para identificar algunas notables coincidencias.

Aunque compartamos en buena medida presupuestos ideológicos y lecturas de las funciones y del valor de la Constitución, además de incumplimientos y problemas institucionales, es también fácil coincidir al sostener que muchos indicadores en América Latina dibujan un panorama social particularmente complejo que dificulta el funcionamiento normal de las instituciones públicas y complica la adhesión a la Constitución, lo que puede terminar provocando una crisis de legitimidad y explicar así la inestabilidad política que históricamente ha padecido la Región.

Desigualdad e inseguridad son las características que sin excepción se repiten desde hace ya demasiado tiempo en todos los informes de situación. En el *Latinobarómetro* de 2023, en el que se apunta la existencia en la actualidad de una “ola de recesión democrática” en la zona, puede leerse que “persisten la desigualdad, la pobreza y la injusticia en América Latina”. La “tercera ola” democrática regional, iniciada en 1978, no ha servido para mejorar sustancialmente unos déficits históricos que parecerían así incorregibles.

Más del 32% de la población total de América Latina se sitúa dentro de los márgenes de la pobreza, una cifra que se dispara por encima del 46% entre la población indígena (CEPAL 2022). El trabajo informal en la Región supone más de la mitad del total del empleo (OIT 2022). Los fallecimientos por COVID en Latinoamérica supusieron el 32% del total mundial, cuando la población alcanza solo el 8% (OMS 2022). La tasa global de homicidios es de poco más de 6 por cada 100.000 habitantes, pero en América Latina, donde tres cuartas partes de las muertes violentas queda impune, llega al 25 (BBC 2023). Son datos que pueden necesitar una explicación adicional pero que sirven, en cualquier caso, para confirmar una realidad compleja que no parece favorecer el estado de cosas que hace posible la consolidación democrática. No debería entonces extrañar que menos de la mitad de la población (el 48%) considere que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno, que el 28% se manifieste

indiferente y que el 17% declare preferir, en ciertas circunstancias, un gobierno autoritario.

El constitucionalismo de la Región no puede comprenderse cabalmente al margen de estas circunstancias. Algunas tendencias recientes de aquel solo pueden explicarse en un contexto complicado en el que la experimentación constitucional puede justificarse a la búsqueda de soluciones que no son necesarias para problemas que no existen (al menos con tanta intensidad) en otras latitudes. En Europa, sin ir más lejos.

Tras esta breve contextualización, que puede ayudar a explicar la distinta realidad del constitucionalismo en Latinoamérica y Europa, apuntaré algunas ideas que quieren poner en evidencia las diferencias, y en su caso las razones de éstas, entre uno y otro. El primer aspecto al que quiero hacer mención se remonta a los orígenes del Estado constitucional.

El constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX tuvo, tal y como ya se ha recordado, una doble fuente de inspiración. Por un lado, la Constitución estadounidense; por otro, los textos constitucionales de la Revolución francesa. De la primera, tomó la forma republicana de Estado, la idea federal y el presidencialismo como forma de gobierno; de la segunda, el valor esencialmente político de la Constitución, la repetida invocación del poder constituyente, y el alejamiento de la idea de los frenos y contrapesos en un contexto de poder judicial debilitado. En Europa, mientras tanto, hacíamos las cuentas con la monarquía, constitucional primero y poco a poco parlamentaria, que nos esforzábamos por hacer compatible con la separación de poderes y con la garantía de los derechos (artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Lo viejo no moría y lo nuevo no acababa de nacer.

Hay, en definitiva, un contexto histórico muy diferente. Mientras que en América las Constituciones se empezaban a escribir en un folio en blanco, en Europa las ideas del constitucionalismo liberal convivían con unas monarquías que aspiraban a sobrevivir en un entorno ideológico y cultural que se estaba transformando con notable rapidez. El impacto del texto estadounidense salido de la Convención de Filadelfia en septiembre de 1787 y las independencias recién logradas en las nuevas repúblicas, alejaban el escenario constitucional americano del europeo. Y ello, aunque los fundamentos teóricos y los objetivos últimos que perseguía en ambos casos la organización del poder público aquí y allí fueran los mismos: la idea contractual, el consentimiento de los gobernados, la libertad y la igualdad, la separación de poderes, por citar solo algunos, están presentes en ambos casos.

Tras la contextualización histórica y social que se ha llevado a cabo en las líneas precedentes, se impone una aclaración adicional. Cualquier comparación jurídica entre Europa y América Latina es intrínsecamente asimétrica. En cierto modo, es una comparación injusta geográficamente. Se trata de cotejar un continente como el europeo con lo que ocurre en varios “continentes” que forman lo que se ha convenido en denominar América Latina: el antiguo imperio azteca, el Caribe, la gran Colombia, el inmenso continente brasileiro o el cono sur. De manera que es muy difícil contrastar lo que ocurre en varios continentes americanos con lo que acontece en uno solo, mucho más homogéneo en este sentido, del otro lado del océano.

Ello es todavía más cierto cuando se trata del derecho constitucional. Por esa razón, el derecho comparado contemporáneo se aleja del tradicional funcionalismo y abre paso a la denominada *comparación lenta transregional*. Esa forma de derecho comparado elige fenómenos concretos y experiencias muy específicas que, de alguna manera, pueden reflejar un rasgo regional. Por ejemplo, la forma como en Brasil y, en algún momento también, en Polonia o Hungría actuaron los tribunales supremos o constitucionales para defender la democracia, constituye un *tertium* menos ambicioso y más prometedor en una investigación jurídica comparada.

En ese marco, toda referencia al constitucionalismo latinoamericano es, en sí mismo, una ambición. No solo por las razones geográficas o metodológicas que se acaban de mencionar, sino porque, constitucionalmente hablando, América Latina puede ser vista desde dos perspectivas. Por una parte, como una región constitucionalmente disputada y, por otra, como un espacio jurídico productor de múltiples constitucionalismos.

En la primera perspectiva, es plausible afirmar que existen diversas lecturas del constitucionalismo estándar que se discuten tanto la denominación “latinoamericano” como la pretensión de presentar una forma común de leer lo que ocurre constitucionalmente en el subcontinente. De acuerdo con esta primera visión, América Latina es una zona en la que varias ideas del constitucionalismo que han sido *importadas* o *recibidas* concurren por la mejor comprensión de los fenómenos constitucionales latinoamericanos. Aquí América Latina es parte del Sur Global que se nutre de lo que puede ser pensado, teorizado y adaptado del Norte Global.

La segunda forma de comprender constitucionalmente a América Latina es como una zona de producción. Bajo este segundo enfoque, más que un lugar de recepción, la región es un espacio jurídico en el que se han desarrollado varias formas de constitucionalismo que coexisten total

o parcialmente. Como se ha sugerido en otro lugar, aquí Latinoamérica se presenta como una especie de laboratorio o incubadora constitucional en el que surgen, concurren, interactúan y mutan diversas formas de derecho o teoría constitucional. En este sentido, se podría hablar también de un *excepcionalismo latinoamericano* que, a diferencia del estadounidense, no se basa en su condición de poder hegemónico global sino en todo lo contrario: los múltiples dramas políticos, sociales, democráticos, económicos y humanos que aquejan a los latinoamericanos y que conforman su paisaje social, político y literario. A diferencia de la *América* (escrita y pronunciada en inglés, si ello fuera posible), la América Latina sería más sensible a los males que la aquejan y, desde esa base, habría reaccionado con doctrinas, jurisprudencia y creaciones propias para enfrentar sus déficits sistémicos.

La literatura ayuda bien a comprender esta distinción. El romanticismo de Jorge Isaacs o el posmodernismo de Jorge Luís Borges representarían bien la idea de la recepción o importación en disputa. Mientras que el realismo mágico de Gabriel García Márquez o el modernismo de Rubén Darío serían una muestra de una región que produce ideas, fenómenos y realidades que mutan la literatura global.

Sea como zona disputa o como zona de producción, en América Latina interactúan diversas formas de constitucionalismos: el neoconstitucionalismo latinoamericano, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, el constitucionalismo latinoamericano de la sala de máquinas y el constitucionalismo transformador latinoamericano. A los que se suman, el constitucionalismo abusivo y el constitucionalismo autoritario, ambos en sus versiones latinoamericanas.

En medio de ese panorama, la comparación continental se torna imposible y abre paso a un contraste transregional que se debe enfocar, a los efectos de este seminario, en cuatro aspectos en los que divergen los fenómenos constitucionales de ambos lados de océano. Desde luego, incluso esa modesta selección podría ser bilateralmente injusta. También Europa puede reclamar, sin duda, su excepcionalidad, sus particularidades, la interacción y la disputa.

Una aproximación comparada debe considerar, como mínimo, los siguientes cuatro aspectos que sirven para identificar el fenómeno constitucional de América Latina respecto del europeo. En primer lugar, la prevalencia latinoamericana de justicia constitucional mixta frente a la clásica expansión del modelo centralizado de control de constitucionalidad apenas matizada por la inaplicación judicial de las normas nacionales contrarias al derecho de la Unión Europea. En segundo lugar, el

hiperpresidencialismo o las dictaduras parlamentarias latinoamericanas frente a una Europa todavía ajena, quién sabe por cuánto tiempo, a los desequilibrios excesivos de poderes. En tercer lugar, el infradesarrollo del Estado de bienestar latinoamericano que contrasta con las extensas listas de derechos sociales y que conducen al avance progresivo judicial, frente a Estados de bienestar relativamente avanzados en los que la garantía de los derechos sociales es primariamente administrativa y legislativa. En cuarto lugar, la existencia de un sistema regional de derechos humanos sin integración frente al complejo constitucionalismo multinivel europeo con las esferas doméstica, comunitaria y convencional. Y, siempre en este espacio de la tutela internacional de los derechos, no puede dejar de ponerse de relieve, el alto grado de intervención de la jurisprudencia interamericana con el control de convencionalidad y el concepto de reparación integral frente a un sistema cada vez más deferente y subsidiario de protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa.

Analicemos cada uno de estos bloques temáticos.

2. El modelo mixto de justicia constitucional latinoamericano frente a la defensa europea del modelo centralizado de justicia constitucional

Europa es la cuna del modelo centralizado de justicia constitucional cuyo diseño es atribuible a Kelsen. Su implementación en el período de entreguerras en Checoslovaquia, Austria y España e, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, en Alemania e Italia, fue seguida de su expansión a partir de los años setenta del pasado siglo y, poco después, tras la disolución de la URSS, se generalizó un modelo de justicia constitucional basado en un órgano -fuera del poder judicial- especializado en ratificar o desvirtuar en abstracto la validez de las leyes.

La idea original *kelseniana* es que esa institución y sus competencias suplían varias deficiencias sistémicas del modelo norteamericano o difuso. Por ello, no era posible la coexistencia del modelo difuso con el concentrado porque el órgano especializado, o tribunal constitucional, ostentaba el monopolio de la protección de la Constitución mientras que a las autoridades judiciales les estaba vedado inaplicar las leyes. Quizá, y como mucho, se estableció alguna forma para que los jueces “ordinarios” elevaran sus dudas de inconstitucionalidad al órgano especializado mediante cuestiones de inconstitucionalidad.

Esa forma de control se expandió por el mundo y se instaló en América Latina en forma de tribunales supremos con competencias de control de constitucionalidad, salas constitucionales dentro de tribunales supremos, algunas cortes constitucionales dentro del poder judicial y algunos pocos tribunales constitucionales independientes. A pesar de la distorsión, la filosofía kelseniana se mantiene en el actual diseño latinoamericano.

En efecto, aunque los análisis más recientes de derecho constitucional comparado demuestran que en el mundo prevalece el modelo concentrado de control de constitucionalidad, en los países de América Latina concurren todos los sistemas y métodos de justicia constitucional que existen hasta ahora. Desde el establecimiento de tribunales constitucionales especializados en la función exclusiva de realizar un control concentrado de la conformidad de la ley con la Constitución, hasta la facultad de todos los jueces para realizar el control difuso de constitucionalidad; desde el control previo de constitucionalidad para determinados actos, hasta el control posterior sin caducidad de los actos del legislador; desde la legitimación restringida para solicitar la intervención del juez constitucional, hasta el modelo de acceso directo de los ciudadanos mediante la acción popular o pública de constitucionalidad; desde modelos que asignan la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley a los jueces, hasta experiencias que introducen elementos del constitucionalismo dialógico, mediante el sistema de respuestas legislativas a las decisiones de los tribunales o el modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa.

Entre muchos otros aspectos, América Latina es una especie de laboratorio de la justicia constitucional, en el que los tradicionales modelos europeo y norteamericano se presentan puros, combinados o adaptados a las propias experiencias del constitucionalismo latinoamericano. En efecto, en la mayoría de los países de América Latina existe un sistema de justicia constitucional con un órgano especializado que se denomina expresamente Corte o Tribunal Constitucional. La diferencia más relevante es que algunas constituciones ubican orgánicamente a estas instituciones dentro de la estructura de la rama judicial (Bolivia y Colombia), mientras que otras los configuran como órganos autónomos o externos a la estructura clásica de las ramas del poder público (Chile, Guatemala, Perú, República Dominicana).

Lo anterior no quiere decir que en los Estados que carecen de un órgano denominado corte o tribunal constitucional, no exista un sistema de justicia constitucional o una institución encargada del control concentrado de constitucionalidad. Por el contrario, en los países en los que no existe un

órgano especializado, el control es realizado por una sala, por una sección o por el pleno del Tribunal o Corte Suprema. Así sucede en Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Además de la existencia de estos tribunales supremos/constitucionales, en la mayoría de los Estados se han establecido sistemas difusos de control de constitucionalidad. Lo anterior significa que, en estos países, coexisten las facultades de control concentrado, con la competencia de todos los jueces para inaplicar o someter a consulta la compatibilidad de las leyes con la Constitución. Esta combinación se presenta en Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Aunque entre cada uno de estos sistemas hay diferencias sustanciales que restringen o amplían las competencias de los jueces para realizar el control difuso, son modelos de los cuales se puede afirmar que adoptan un control mixto de constitucionalidad.

Lo que ocurre, y acaso diferencia a América Latina de Europa, es que en aquella se estableció un modelo mixto que combinó tanto el sistema europeo como diversas formas de inaplicación de la ley por parte de los jueces o tribunales. Esa inaplicación o control difuso aparece inicialmente como una influencia geográfica del modelo norteamericano surgido en 1803 y, mucho más tarde, como una obligación interamericana derivada de los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por una u otra vía, existe claramente en América Latina un modelo mixto de control de constitucionalidad ausente en Europa. A menos que se trate de la inaplicación difusa de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea por efecto del principio de primacía de éste sobre todo el Derecho nacional.

3. El hiperpresidencialismo (o la dictadura parlamentaria) frente al equilibrio (más o menos armónico) de poderes

En este terreno, la ecuación latinoamericana se presenta doblemente desequilibrada. Desde principios del siglo XIX los países de América Latina adoptaron de manera predominante el sistema presidencial (aunque no faltó algún experimento monárquico como en México y, más duradero, en Brasil). El modelo implementado en las primeras Constituciones de la

región que fueron aprobadas después de los movimientos de independencia se basó en el sistema de los Estados Unidos. De manera general, como es bien sabido, el sistema presidencial tiene como eje central la existencia de un poder ejecutivo dotado de amplias atribuciones, independiente en su modo de legitimación y existencia (al margen del *impeachment*) del órgano legislativo y con control exclusivo o predominante sobre la composición del gobierno. En comparación con el parlamentarismo, podría afirmarse que la principal diferencia radica en que el presidencialismo prescinde de la relación de confianza entre el legislador y el gobierno, mientras que en aquél el Ejecutivo se entiende como una emanación permanente del Legislativo. También se ha señalado que el presidencialismo busca un poder ejecutivo estable y fuerte, lo cual genera un alto riesgo de personalización del poder.

En los países de América Latina que mantienen el sistema presidencial, las anteriores notas distintivas tienen un significado histórico especial. En efecto, en los Estados de la región el alto nivel de concentración del poder en el presidente, la falta de independencia del órgano legislativo y el déficit de control político de este segundo hacia el primero han alcanzado niveles desproporcionados. En la mayoría de los países latinoamericanos, el sistema presidencial ha degenerado en un fenómeno de hiperpresidencialismo que se caracteriza por la existencia de un alto nivel de concentración de los poderes constitucionales por parte del presidente.

El presidencialismo de América Latina ha sabido implementar mecanismos del sistema parlamentario que lo desequilibran a favor del presidente o del parlamento. En ambos casos, el resultado es un deterioro democrático evidente. A diferencia de la mixtura en el control de constitucionalidad, que puede ser defendida a la luz de una mayor protección de la Constitución, la mixtura presidencial-parlamentaria solo causa, en la experiencia latinoamericana, efectos lesivos y desestabilizadores.

Por una parte, ocurre que los presidentes logran consolidar *bancadas o coaliciones de gobierno* que les otorgan un alto poder de influencia o *gobernabilidad*. La confianza del Congreso, que debería controlarlo y limitarlo, dota al presidente de excesivos poderes de aprobación de leyes, impulso a reformas constitucionales y acción política sin control. El “hiperpresidente” concentra funciones, poderes y recursos de manera que se aproxima al autoritarismo o al caudillismo. Este es el rasgo más extendido de la región y permite entender el rol que juegan, por ejemplo, los jueces, como poderes de contención del presidente allí donde logran conservar su independencia.

Los rasgos generales del hiperpresidencialismo son la pérdida de poderes de los órganos legislativos, la disminución del nivel de control judicial ordinario al presidente (i.e. fueros o inmunidades), la debilidad de los mecanismos de control político (i.e. preguntas, interpelaciones o requerimientos), la ineficacia de los mecanismos de exigencia de responsabilidad política (i.e. moción de censura, citaciones o procedimientos de *impeachment*), la reducción de la deliberación dentro del poder legislativo, el desplazamiento de las competencias legislativas al poder ejecutivo mediante la disminución del ámbito de aplicación de la reserva de ley, la extensión del periodo presidencial o la habilitación de la reelección del presidente, la centralización de la ejecución del presupuesto público, la jefatura de las fuerzas armadas, la existencia de amplias facultades excepcionales mediante la figura de los estados de excepción, la “ocupación” de ciertos órganos del Estado mediante el nombramiento de sus integrantes, la inexistencia o la ineficacia de los mecanismos para la revocatoria del mandato, la cooptación y la persecución de los medios de comunicación y la tendencia a perpetuarse en el cargo.

En definitiva, se trata de un fenómeno en el cual el presidente ostenta y ejerce facultades que interfieren con el ejercicio de los poderes asignados a los demás órganos del Estado, viéndose así reducida la autoridad del legislador y la independencia de los tribunales. Esta tendencia regional ha llegado a un punto excesivamente preocupante con los fenómenos de *caudillismo* en países como Argentina, Bolivia, Colombia, El Salvador, Nicaragua o Venezuela. A lo anterior se agregan las reformas constitucionales formales o informales de las dos últimas décadas que han tenido como objetivo la extensión del periodo presidencial y la habilitación de la reelección, en algunos casos ilimitada, del presidente.

El afán de contención al presidente ha llevado a implementar, desde los años noventa del pasado siglo, heteróclitos mecanismos del sistema parlamentario que dotan al órgano legislativo de auténticos poderes de extorsión al poder Ejecutivo. El resultado histórico, en países como Ecuador o Perú, ha sido el uso desproporcionado de esas facultades para cesar o *vacar* presidentes sin argumentos razonables. Por ello se ha llegado a hablar de *dictaduras* parlamentarias y, en países como Perú, se han sucedido ocho presidentes en los últimos diez años. La mayor parte de ellos, *vacados* con o sin razón bajo la muy controvertida figura de la incapacidad moral.

Es cierto que, en algunos casos, el rol de los tribunales no ha sido de contención sino de connivencia con el ejercicio desorbitado de las facultades presidenciales. Sin embargo, es importante reconocer que los

tribunales que han asumido esta posición, generalmente lo hacen después de que el poder ejecutivo haya realizado todas las reformas institucionales necesarias para reducir la independencia judicial y asegurar la cooptación de la judicatura. En todo caso, cuando ha logrado preservar su independencia, el poder judicial de América Latina ha sido un factor de control de los excesivos poderes presidenciales y de compensación frente al déficit de escrutinio parlamentario. Se trata de un fenómeno en el que la judicatura emite decisiones que limitan las competencias del presidente, invalida reformas legales o constitucionales que profundizan la concentración del poder en el ejecutivo, denuncia la falta de deliberación dentro del órgano legislativo antes de la aprobación de las iniciativas del Gobierno y protege los derechos fundamentales y sociales de los ciudadanos frente a la acción u omisión del poder ejecutivo. ¿Un poder judicial omnipotente?

De acuerdo con esa visión, en la región se ha presentado una paradoja democrática porque ha aumentado el rol del menos democrático de los poderes públicos para evitar la destrucción de los principios democráticos por parte del legislador y del ejecutivo. Según esa paradoja, los tribunales constitucionales han fungido como garantes del equilibrio de poderes con el fin de limitar los excesos presidenciales y la inacción legislativa que ponen en riesgo el sistema democrático.

El panorama hasta aquí descrito está (bastante) alejado de la teoría y la práctica de la forma parlamentaria de gobierno, mayoritaria en Europa. No puede dejar de apuntarse que el parlamentarismo es, por motivos que no necesitan ser explicados, la única forma de gobierno posible en las monarquías del continente que sobrevivieron a los sucesivos procesos de democratización del Estado constitucional; unas monarquías que, no por casualidad, se denominan en la actualidad como “monarquías parlamentarias”. Es en todo caso verdad que el parlamentarismo, sin alternativa en el continente hasta la segunda mitad del siglo XX, se ha visto corregido o matizado en muchos países mediante la incorporación de técnicas propias del presidencialismo.

Aunque es cierto que en Europa la forma de gobierno presidencial pura (considerando como ejemplo de ésta a los Estados Unidos) no se manifiesta en ningún ordenamiento constitucional democrático, se han consolidado fórmulas mixtas, como, típicamente, el semi-presidencialismo francés, o se han multiplicado las formas de reforzamiento del presidente del gobierno en sistemas parlamentarios, de “canciller” o con tendencia presidencial. Distintos factores han contribuido al reforzamiento de la posición del premier o jefe de gobierno, que hace ya mucho tiempo ha dejado de ser un

primus inter pares, para convertirse en un superior jerárquico a los demás miembros del colegio gubernamental.

En Europa, en fin, el sistema de partidos dentro de cada país juega un papel fundamental como elemento fuertemente condicionante de las dinámicas propias de la forma de gobierno, de su diseño institucional desde la propia Constitución. Esta realidad típicamente europea, la “forma partido”, no resulta tan relevante (no lo ha sido en toda la historia constitucional de Latinoamérica) en los presidencialismos de la otra orilla del Atlántico, ni siquiera en aquellos que han incorporado algunos elementos propios del parlamentarismo.

4. Un Estado de bienestar esquivo en Latinoamérica, donde los avances en derechos sociales (DESCA) ocurren por la vía judicial, frente al rol prevalente del legislador y de la administración pública en los Estados de bienestar (más o menos) consolidados en Europa

América Latina es, ya lo hemos visto más arriba, una de las regiones más desiguales del mundo. La riqueza cultural, natural, hídrica y energética contrasta con un paisaje de pobreza que solo es atenuado por las evidencias de la desigualdad estructural. De ahí que la mayor parte de las Constituciones de la región apuesten por la igualdad como derecho esencial y por el Estado de social de Derecho como promesa de un poder público que atiende, de alguna forma, las acuciantes necesidades de la mayor parte de la población. Ya hemos recordado también al inicio de estas líneas el valor de la Constitución mexicana de 1917 como uno de los precedentes del constitucionalismo social.

La mayor deuda del constitucionalismo latinoamericano es, sin lugar a dudas, haber construido un paradigma de constitucionalismo social igualitario dogmático que no se compadece con estructuras jurídicas, económicas y sociales que mantienen o refuerzan la exclusión. La inercia legislativa frente a las demandas sociales y la ineficiencia de administraciones débiles, capturadas y con altos índices de corrupción, abren paso a la represión de los movimientos sociales que reclaman políticas igualitarias. Ese fue el origen de varios de los movimientos guerrilleros del siglo pasado que se extendieron por toda la región y es una de las causas directas de la desafección política que abre paso al populismo contemporáneo. La democracia no da nada, no vale nada.

En ese contexto, emergen las decisiones judiciales que tratan de aproximar algunas de las promesas sociales a la vida diaria de las personas. Se trata de innovadoras decisiones judiciales que declaran un “estado de cosas inconstitucional”, dictan “sentencias estructurales” u ordenan impulsar políticas públicas. El objetivo es proteger contenidos mínimos de salud, vivienda, agua potable, educación o de resguardar los recursos naturales. Aunque se trata de un fenómeno compartido y por ello se habla del sur global (con India y Sudáfrica), en América esa forma de reacción judicial ha alcanzado, no sin controversia interna y debate académico, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde 2017, ese tribunal considera que los DESCA integran el ámbito de su competencia mediante el artículo 26 de la Convención Americana.

Desde luego, esta forma judicial de avanzar el Estado de bienestar suele generar problemas de ajuste institucional, reparto de competencias, distribución planificada de recursos o lesiones directas al principio de igualdad. El acceso a la vía judicial se convierte en requisito para la garantía de un derecho de manera que solo obtienen amparo judicial quienes tienen la capacidad de agencia para activar las vías jurisdiccionales. El acceso a la justicia como un problema endémico en la práctica de la protección de los derechos.

La perspectiva europea es bien diferente. Sobre la premisa de algunas aportaciones iniciales en los primeros decenios del siglo XX, por ejemplo de la Constitución española de 1931, y sin perder de vista que la idea social ya estuvo presente en la Revolución francesa (véase la Constitución de 1793, en cuya declaración de derechos se proclamaba que la sociedad “debe su subsistencia a los ciudadanos desgraciados” y se la comprometía a “poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”, artículos 21 y 22), el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra mundial es decididamente social. Una condición que puede también explicarse por la situación de una Europa dividida en dos bloques antagónicos (oriente, comunista; occidente, liberal) que hicieron de los derechos, del desarrollo económico y del discurso acerca bienestar de sus ciudadanos parte del enfrentamiento ideológico que los contrapuso durante cuarenta años.

Fruto, sobre todo, de los acuerdos entre las fuerzas políticas de izquierda y los partidos de inspiración cristiana, las Constituciones de las democracias liberales de la Europa occidental de aquel momento incorporaron a su articulado derechos de carácter económico y social, y comprometieron a unos poderes públicos que eran también importantes actores económicos, con políticas redistributivas sobre las que se sustentó

un nuevo pacto social que sirvió para construir unos Estados del bienestar que, aunque con distinta intensidad, se convirtieron en señas de identidad de la nueva Europa.

El crecimiento económico sostenido, la elevada presión fiscal y los grandes consensos existentes en la materia hicieron posible durante varias décadas que distintas mayorías políticas, Parlamentos y Gobiernos, concretaran las previsiones constitucionales en materia de salud, educación, vivienda, seguridad social y derecho al trabajo, entre otras. No faltaron, en algunos Estados y en el panorama que se acaba de describir, decisiones judiciales con voluntad de suplir las omisiones de las autoridades de la dirección política (sentencias de gasto, sentencias “que cuestan”) pero ni por su intensidad ni por el contexto en el que se produjeron son comparables con la realidad latinoamericana a la que se acaba de hacer referencia más arriba.

5. Un sistema interamericano de derechos humanos sin integración económica frente a un CEDH complementado por la UE

No es exagerado afirmar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el hermano menor del Sistema Europeo. La similitud inicial de sus diseños permite entender el esquema general que posibilitó un amparo internacional regional de los derechos humanos tanto en América como en Europa. Las diferencias entre ambos sistemas a día de hoy, a setenta y cinco años de la firma del CEDH y cincuenta y cinco de la Convención Americana, son notables. Repasaremos algunas de ellas.

La primera a la que se quiere aludir tiene que ver con el muy diferente valor de ambas Convenciones en el plano regional como expresión de una identidad compartida. En efecto, mientras que los cuarenta y seis Estados miembros del Consejo de Europa (todos los que integran el continente menos Rusia, Bielorrusia y la Ciudad del Vaticano) han ratificado o se han adherido al CEDH y están sometidos a la jurisdicción del TEDH (no hay cláusula opcional), solo veinticinco de los treinta cuatro miembros de la OEA son Estados partes del Pacto de San José y únicamente veinte de ellos han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es así evidente que la presencia y el impacto de uno y otro texto es muy distinta a nivel del respectivo continente. De hecho, ha habido quien ha sostenido que aquel Pacto es más bien una

suerte de “convención latinoamericana de derechos humanos” a la luz de la ausencia de ratificación o adhesión por parte de no menos de nueve estados anglófonos de la región entre los que se cuentan Canadá y Estados Unidos. Un Convenio de derechos humanos para un continente; una Convención de derechos humanos para algunos estados de un continente.

Una segunda diferencia importante se refiere a la presencia en Europa de una organización supranacional de integración política y económica, la UE, que contribuye decisivamente al reforzamiento de la tutela de los derechos humanos en sus interacciones con el sistema convencional. Las influencias y condicionamientos cruzados entre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el CEDH, tal y como una y otro son leídos por el Tribunal de Justicia de la UE y el TEDH, respectivamente, son un dato sin el que resulta imposible entender la realidad de los derechos fundamentales en la Europa de nuestro tiempo. La deseable y previsible adhesión de la UE al CEDH, obligada desde 2009, completará el mapa continental de unos derechos cada vez más alejados de la autoridad política y más dependientes en su construcción de la autoridad judicial (o mejor, de las diferentes autoridades judiciales europeas).

Nada de esto sucede a la otra orilla del Atlántico, donde no se ha consolidado ninguna de las diversas iniciativas de integración, algunas de ellas demasiado fugaces como para ser tomadas en serio, que se han intentado desde la segunda mitad del siglo pasado. De nuevo aquí, y más allá del concreto ámbito de la garantía de los derechos humanos, se manifiesta una evidente diferencia entre ambas experiencias constitucionales recientes.

Las Constituciones de los Estados europeos son el fundamento de una organización supranacional, la UE, construida desde la cesión parcial de la soberanía de aquéllos, y cuya existencia, y en particular la del Derecho que en ella se produce, somete a los ordenamientos nacionales integrados a frecuentes retos de compatibilidad. América Latina, donde la experiencia más avanzada de integración, la Comunidad Andina, estuvo inspirada en buena medida por la Comunidad Económica Europea, queda muy lejos de lo que hoy es la UE; las Constituciones no están sometidas allí a un *stress test* como el que aquí provoca el Derecho UE. En definitiva, en los veintisiete estados que forman parte de la Unión Europea no se entiende la propia Constitución al margen de aquélla; pero esta realidad es inconcebible en Latinoamérica en ausencia de integración supranacional política y económica.

No obstante, y en el terreno de los derechos humanos, también existe en aquella región un fenómeno de constitucionalismo multinivel (aquí la distancia con Europa se torna en proximidad), que exige de los jueces

una mayor capacidad para dialogar horizontalmente con sus pares de otros ordenamientos jurídicos, aumentar el tráfico o migración razonable de las ideas constitucionales, fortalecer el uso del derecho constitucional comparado y encontrar un equilibrio espontáneo entre el pretendido *ius commune* regional y la diversidad y heterogeneidad de la región

Se manifiesta así en ambos casos la necesidad de que en los diferentes modelos de justicia constitucional se ponga fin al razonamiento excluyentemente local y se abra paso a la comprensión de los problemas jurídicos en medio de una cultura jurídica cada vez más global, en la que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, las observaciones e informes de los organismos encargados de su vigilancia y protección y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, hagan parte integral del razonamiento jurídico, con el mismo o mayor nivel de importancia que las normas de producción nacional o la jurisprudencia de otros tribunales internos.

En este paisaje de internacionalización del derecho constitucional, y siempre en la interpretación de los derechos humanos, los principales instrumentos regionales latinoamericanos de interacción entre jueces nacionales e internacionales son la aplicación del principio de interpretación conforme de las normas nacionales con las normas internacionales, el control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el diálogo judicial.

Aunque estos mecanismos y, en especial, la idea del diálogo entre los jueces nacionales y el juez internacional enfrentan fuertes problemas de legitimidad democrática, también persiguen objetivos importantes, como evitar la responsabilidad internacional del Estado, hacer efectivo el principio de subsidiariedad de los tribunales internacionales, crear una dinámica colaborativa entre el juez local y el juez internacional en la verificación y ejecución de las órdenes de cumplimiento de las decisiones y, sobre todo, construir colectivamente escenarios de protección efectiva de los derechos humanos. Todo ello debe ocurrir, a diferencia de Europa, tal y como ya hemos comentado, sin un sistema de refuerzo, de complemento, basado en la integración política y económica tal y como allí sucede.

Dos reflexiones finales para completar este repaso. Una, referida a la forma de concebir la relación entre los estándares comunes y las particularidades nacionales, que es diferente en ambos lados del océano: mientras que en Europa se abre paso la tesis de la identidad nacional y el margen de apreciación, en América se impulsa el control de convencionalidad y el deber de adecuación del derecho interno (simplificando mucho podríamos decir que allí se promovería la diferencia y aquí la uniformidad). La segunda

reflexión se manifiesta en el ámbito de la reparación, en el que mientras el TEDH usa la fórmula de la satisfacción equitativa, la Corte IDH usa el mucho más incisivo baremo de la reparación integral que incluye la compensación, indemnización, satisfacción y las garantías de no repetición. Desarrollemos brevemente estas dos ideas.

La obligación de adecuación de los ordenamientos jurídicos internos a la Convención (artículo 2 de la CADH) tiene dos dimensiones o proyecciones. Por una parte, una dimensión negativa que implica la eliminación de las prácticas y la derogación de las normas que nieguen un derecho reconocido en la Convención Americana, limiten desproporcionadamente su contenido u obstaculicen su ejercicio efectivo. Además, los Estados deben cumplir con la dimensión positiva del deber de adecuación que implica la emanación de las normas y la realización de las prácticas necesarias para conferir efecto útil a los derechos establecidos en la Convención.

De la jurisprudencia del TEDH resultan ambas proyecciones, aunque en ausencia en el Convenio de Roma de una disposición equivalente al artículo 2 CADH, semejantes obligaciones a cargo de los Estados solo resultan (indirectamente) del carácter obligatorio de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo para las partes en cada litigio y del efecto de la cosa interpretada, que no es sino una creación doctrinal para atribuir carácter vinculante (de nuevo, indirectamente) a la jurisprudencia del TEDH.

Pero la Corte IDH ha ido más allá cuando ha enfatizado que la obligación de los Estados de eliminar las leyes contrarias a la Convención es una obligación de resultado que se incumple “mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico”. En esos casos, los Estados solo satisfacen la obligación de adecuación mediante “la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances”. Esta obligación es la fuente jurídica principal del control de convencionalidad. Se trata de la obligación de los jueces y autoridades internas de todo tipo de adecuar, en el ejercicio de sus competencias, el propio ordenamiento a la CADH. Eso significa que la existencia de una disposición o de un acto (u omisión) contrarios a la CADH debe ser contrastada mediante poderes, por ejemplo, de inaplicación judicial de las leyes con el objetivo de impedir que, en los casos concretos, la aplicación de esas normas internas constituya un hecho ilícito internacional. Nada hay en el sistema europeo de derechos humanos que recuerde al control de convencionalidad interamericano, que más bien parece evocar al principio de primacía que guía las relaciones entre el Derecho nacional y el de la UE.

El principio de subsidiariedad de los sistemas regionales de protección de derechos humanos tiene diferentes manifestaciones o aplicaciones. Un sistema puede ser subsidiario procedimentalmente porque las vías de acceso y los requisitos para presentar un caso a nivel internacional pueden ser onerosos o exigentes. Una segunda dimensión opera en la perspectiva sustantiva, de modo que el grado de intervención de la jurisprudencia de un tribunal regional puede marcar diferentes niveles de intensidad en la definición del contenido de los derechos. Y, desde luego, puede existir una subsidiariedad remedial que se refiere al tipo de medidas de reparación que ordena cada tribunal.

En este tercer sentido, la subsidiariedad remedial interamericana es mucho menos intensa que la europea. La Corte Interamericana ha establecido que se rige por el principio de reparación integral. Eso significa que no solo profiere medidas de indemnización económica, sino aquéllas que hagan posible remediar todas las dimensiones del daño (emergente, cesante, daño a la vida en relación) junto con medidas de satisfacción (excusas públicas o monumentos) y garantías de no repetición (capacitaciones a funcionarios). La Corte ha llegado a ordenar la construcción de escuelas o puestos de salud con lo que ha abierto un debate sobre el uso de las medidas de reparación para intervenir en las políticas sociales de los Estados. Nada semejante sucede en el sistema europeo (con algún matiz que habría de hacerse para las denominadas “sentencias piloto”), en el que solo excepcionalmente el TEDH identifica en el fallo de su sentencia una concreta obligación a cargo del Estado condenado, aunque dicha obligación nunca será de la entidad de las que declara la Corte IDH.

Hasta aquí el apretado repaso a algunas similitudes y a varias diferencias entre las realidades constitucionales de Europa y de América Latina que se han querido poner en evidencia, sobre todo y por razones obvias, a partir de la experiencia que nos resulta menos próxima, es decir, de la de aquella parte del continente americano.

6. Conclusiones. Entre constitucionalismos y constitucionalismo: asimetrías, tensiones y aprendizajes compartidos

La comparación entre el constitucionalismo europeo y el latinoamericano es, como se ha señalado, inevitablemente asimétrica. No solo por razones geográficas o metodológicas, sino porque enfrenta realidades

históricas, sociales e institucionales profundamente distintas. Sin embargo, precisamente por ello, esta comparación resulta especialmente fecunda: permite identificar no solo divergencias estructurales, sino también convergencias problemáticas y aprendizajes recíprocos.

Desde la perspectiva latinoamericana, emerge un constitucionalismo caracterizado por una intensa experimentación institucional. El modelo mixto de justicia constitucional, el hiperpresidencialismo, la judicialización de los derechos sociales y el protagonismo del sistema interamericano de derechos humanos configuran un paisaje en el que los tribunales han asumido funciones compensatorias frente a la debilidad del legislador y de la administración. América Latina aparece, simultáneamente, como zona de recepción y como espacio de producción constitucional: un laboratorio en el que se ensayan respuestas jurídicas frente a déficits democráticos, desigualdades estructurales y Estados sociales incompletos.

Europa, por su parte, ofrece una imagen de mayor estabilidad institucional, basada en el predominio del parlamentarismo, en Estados de bienestar relativamente consolidados y en un constitucionalismo multinivel reforzado por la integración supranacional. Sin embargo, esta arquitectura no está exenta de tensiones. El fortalecimiento de los ejecutivos, la erosión de consensos sociales básicos y los desafíos al Estado de derecho en algunos países muestran que tampoco el modelo europeo es inmune a procesos de regresión democrática.

Las diferencias entre ambos espacios son evidentes: mientras en América Latina los jueces tienden a ocupar el vacío dejado por poderes políticos frágiles o capturados, en Europa la garantía de los derechos sociales sigue siendo primariamente legislativa y administrativa; mientras el sistema interamericano impulsa una lógica de uniformización mediante el control de convencionalidad y la reparación integral, el sistema europeo privilegia la subsidiariedad, el margen de apreciación y una intervención judicial más deferente. Pero estas divergencias no deben ocultar un dato común: en ambas regiones, el constitucionalismo se encuentra sometido a una presión creciente derivada de la desigualdad, la polarización política y la desconfianza ciudadana.

En este contexto, más que modelos cerrados o fórmulas exportables, lo que se impone es una actitud de diálogo constitucional transregional. Europa puede aprender de la creatividad latinoamericana en materia de protección judicial de los derechos y de control del poder; América Latina, de la experiencia europea en la construcción institucional del Estado social y en los mecanismos de cooperación supranacional. Ambas

regiones comparten, en última instancia, un mismo desafío: preservar la promesa constitucional de libertad e igualdad en sociedades cada vez más fragmentadas y polarizadas.

El constitucionalismo, a uno y otro lado del Atlántico, ya no puede entenderse como un conjunto estable de instituciones, sino como un proceso abierto, sometido a tensiones permanentes entre derecho y política, entre democracia y jurisdicción, entre universalismo y particularismo. Reconocer esta complejidad es condición necesaria para pensar críticamente el presente y para imaginar, con realismo, futuros constitucionales más inclusivos y más resilientes. Esa es la tarea.

Humberto A. Sierra Porto

El concepto de Constitución en Iberoamérica

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Las características del Constitucionalismo Iberoamericano – 3. La profunda desigualdad social – 4. Los sistemas presidencialistas – 5. La crisis del principio democrático – 6. La privatización del Estado Social de Derecho – 7. Las características de las constituciones latinoamericanas y sus transformaciones – 8. Conclusiones.

1. *Introducción*

Este artículo tiene como objetivo analizar las transformaciones recientes en la concepción y aplicación de la Constitución en la región Iberoamericana, fenómeno el cual responde a dinámicas sociales y políticas propias de la región. A través del estudio y ejemplificación de algunas de estas transformaciones, se pretende demostrar cómo en un contexto específico, la Constitución, tradicionalmente entendida como una norma escrita, formal y rígida ha mutado hacia un modelo más flexible, influido por las interacciones entre el derecho constitucional, la realidad socio-política y las nuevas instituciones y normas de orden internacional. Asimismo, se expondrá cómo algunos de estos cambios existen como respuesta a fenómenos como el constitucionalismo abusivo, la crisis de confianza en la democracia e incluso las falencias del Estado Social de Derecho como tradicionalmente se ha conocido.

Antes de abordar el estudio es de la mayor importancia realizar una serie de precisiones. Lo anterior, pues en ocasiones a pesar de que se esté reflexionando sobre las mismas figuras del Derecho Constitucional, dependiendo del contexto, se tratará de significados y regímenes distintos. Es por ello que conceptos como el de prerrogativas parlamentarias, control de constitucionalidad o amparo, han sufrido mutaciones que responden a la interacción entre la forma y la realidad social sobre la que opera.

Este artículo pretende exponer cómo la Constitución, como norma con pretensiones de estabilidad o permanencia, caracterizada por ser formal,

escrita, rígida y cuya legitimidad de funda en la democracia, está siendo objeto de profundas transformaciones en el contexto interamericano. Estas transformaciones, a su vez, se originan como respuesta a tres situaciones:

- (i) Las reacciones a manifestaciones del constitucionalismo abusivo;
- (ii) Problemas de credibilidad en la democracia representativa; y
- (iii) La insuficiencia de la administración pública y las limitaciones del Estado Social de Derecho.

2. Las características del Constitucionalismo Iberoamericano

Como se hizo alusión anteriormente, el Constitucionalismo Iberoamericano se ha visto sometido a un conjunto de cambios como respuesta a distintas problemáticas o circunstancias que se expondrán en los siguientes párrafos. Por lo pronto, se expondrán las características más críticas del Constitucionalismo Iberoamericano, que han requerido de cambios paradigmáticos e institucionales.

3. La profunda desigualdad social

La desigualdad social debe estudiarse en tanto existe una intrincada relación entre la realidad social y la manifestación efectiva del derecho. Ello implica que la aplicación normativa experimenta variaciones o manifestaciones sustancialmente distintas en función del contexto socioeconómico específico de cada Estado. Esta diferencia en la manera en cómo se materializa el derecho incluso se puede evidenciar ante disposiciones normativas idénticas que son de aplicación en distintos ordenamientos jurídicos.

Es posible observar este fenómeno de distintas maneras. En primer lugar, la presunción de conocimiento del derecho, encuentra significativas limitaciones en su aplicación práctica, particularmente en contextos de marcada estratificación o diferenciación social. Asimismo, el principio procesal de la igualdad de armas o igualdad entre las partes no se materializa, en tanto que las condiciones entre las partes de un proceso suelen corresponder a marcadamente distintas realidades.

Lo anterior, sin embargo, no ha pasado desapercibido: La respuesta

institucional a esta situación ha sido una evolución jurisprudencial tendiente a materializar el acceso a la justicia a través de la institución de defensores de oficio o defensorías públicas penales en algunos Estados.

Particular relevancia adquiere la interpretación y fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco constitucional. En los ordenamientos latinoamericanos, por lo general se evidencia la consideración de los derechos constitucionales como derechos fundamentales, adoptando un catálogo abierto en lugar de una enumeración taxativa. Esta característica distintiva responde a la necesidad de garantizar una protección constitucional más expedita a través de recursos de aplicación especial como lo son la acción de tutela o el amparo mexicano.

Esta configuración regional del ordenamiento jurídico, si bien excepcional en el derecho comparado, representa una adaptación necesaria a las realidades sociales específicas de nuestra región, demostrando la moldeabilidad del derecho como instrumento de transformación social.

4. Los sistemas presidencialistas

El constitucionalismo iberoamericano se distingue fundamentalmente por la preeminencia del sistema presidencial, caracterizado por una concentración significativa de facultades en la figura del ejecutivo. Esta configuración institucional genera un desequilibrio sustancial en el principio de separación de poderes, manifestándose en la atribución de competencias presidenciales que, tanto cuantitativa como cualitativamente, sobrepasan aquellas conferidas a los poderes Legislativo y Judicial.

La expresión de este hiperpresidencialismo en relación con el Parlamento se materializa a través de diversos mecanismos institucionales que debilitan sistemáticamente la función legislativa. La ausencia de un cuerpo técnico permanente de asesores parlamentarios, sumada a la rotación anual de las presidencias de las cámaras legislativas, constituyen factores estructurales que menoscaban la capacidad -desde una visión práctica e incluso técnica- deliberativa del Parlamento y obstaculizan el ejercicio efectivo del control político sobre el Ejecutivo.

La consolidación del poder presidencial encuentra, además, un mecanismo adicional en las estrategias de deslegitimación institucional, particularmente mediante la instrumentalización de denuncias de corrupción dirigidas contra otras ramas del poder público. Un caso paradigmático de

este fenómeno se manifestó durante la administración del Presidente Andrés Pastrana en Colombia en el año 2000. Ante índices desfavorables de aprobación, el Presidente emprendió una campaña mediática de denuncias contra la presidencia de la Cámara de Representantes, llegando incluso a proponer la disolución del Parlamento -figura inexistente en el ordenamiento constitucional colombiano-. Esta estrategia, si bien resultó en un incremento significativo en los índices de popularidad presidencial, ejemplifica una práctica que, aunque puede reportar beneficios políticos inmediatos, compromete la legitimidad del Estado Constitucional y erosiona los fundamentos del Estado de Derecho a largo plazo.

5. La crisis del principio democrático

La institucionalidad democrática contemporánea enfrenta una crisis de legitimidad sustancial, manifestada primordialmente en el deterioro progresivo de la confianza ciudadana hacia los órganos de representación popular. Esta erosión de la confianza se evidencia particularmente en relación con las instituciones parlamentarias, fenómeno que trasciende la mera desafección política para constituir una amenaza estructural a la legitimidad del poder legislativo.

La génesis de esta crisis de legitimidad encuentra su origen en una multiplicidad de factores que comprometen la integridad del proceso democrático: la mercantilización del voto, las prácticas clientelares en el ámbito parlamentario y la corrupción en los procesos electorales. La particular gravedad de esta situación radica en que el descrédito de los órganos legislativos contamina la percepción social del ordenamiento jurídico en su conjunto, dado que la función parlamentaria constituye la fuente primaria de producción normativa.

Como respuesta a esta problemática, diversos ordenamientos jurídicos han implementado mecanismos de control constitucional que, si bien en su génesis no procuran restaurar la legitimidad del derecho positivo, mediante procedimientos de validación normativa lo logran. Estos sistemas de control se materializan en la institución de la acción pública de inconstitucionalidad, que democratiza el acceso a la justicia constitucional al conferir legitimación activa -generalmente- a toda la ciudadanía, prescindiendo de requisitos de cualificación profesional o representación institucional. Complementariamente, la excepción de inconstitucionalidad

emerge como un instrumento de control difuso que permite la inaplicación *in concreto* de disposiciones normativas cuando su aplicación literal contravendría principios constitucionales fundamentales.

Esta configuración institucional ha derivado en una judicialización intensificada de la política constitucional en el contexto latinoamericano, fenómeno que refleja la búsqueda de legitimación normativa a través de mecanismos de control jurisdiccional, ante la crisis de confianza en los procedimientos tradicionales de producción legislativa.

6. La privatización del Estado Social de Derecho

El Estado Social de Derecho, caracterizado por su amplio catálogo de obligaciones prestacionales que incluye derechos económicos, sociales y culturales con rango fundamental, enfrenta una limitación estructural en su capacidad de materialización efectiva. Esta restricción operativa ha generado un fenómeno de tercerización donde el Estado, pese a mantener la titularidad de sus obligaciones constitucionales, delega o subcontrata su ejecución material al sector privado.

Esta delegación revela una contradicción sustancial: mientras el Estado mantiene un presidencialismo robusto, simultáneamente evidencia una administración pública debilitada que depende de la tercerización para el cumplimiento de sus obligaciones prestacionales. No obstante, el Estado preserva sus facultades de control, inspección y vigilancia sobre los actores privados que asumen estas funciones, configurando así una transformación en la concepción tradicional del Estado Social de Derecho.

7. Las características de las constituciones latinoamericanas y sus transformaciones

Las constituciones latinoamericanas se distinguen por contar con características muy similares a las europeas: Son escritas, delimitadas, acotadas en su contenido y en la cantidad de disposiciones. Por ello, la Constitución es una norma con pretensiones de estabilidad o permanencia: Es formal, escrita, rígida y funda su legitimidad en el principio democrático. Sin embargo, la Constitución latinoamericana tal como la conocemos ha pasado por distintos momentos con diversas características.

Un primer momento ocurre luego de la independencia de España en el siglo XIX, donde se crean las Constituciones definidas o acotadas material y formalmente en un mismo texto. Estas se caracterizaban por tener contenidos específicos, expresos, escritos y formales. Además del texto constitucional propiamente dicho, a este se le suman normas transitorias y enmiendas o reformas constitucionales. Sin embargo, este marco escrito o formal se ha desdibujado en tanto los países latinoamericanos enfrentan numerosas reformas a la Constitución. Ello ha llevado a la utilización de concepto de bloque de constitucionalidad, que a su vez ha mermado la comprensión de la Constitución, de manera que la cantidad de reformas, remisiones al derecho internacional, etc. Responde a criterios materiales que dificultan la comprensión por los operadores jurídicos. Lo anterior, se agrava en tanto las reformas constitucionales han incorporado fuentes de sistemas externos, como lo son las del derecho internacional, que dificultan la comprensión del texto constitucional y el conocimiento pleno del contenido de la Constitución.

A manera de ilustración, en el caso de la Constitución Mexicana se han presentado más de 700 reformas, y más de 100 en este siglo. Por su parte, la Constitución Colombiana ha sufrido al menos 60 reformas. Lo anterior lleva finalmente a que no se comprenda qué normas integran el orden constitucional, e incluso le resta claridad al concepto de Bloque de Constitucionalidad. Específicamente, en algunos ordenamientos el contenido o alcance del Bloque de Constitucionalidad está delimitado expresamente en la Constitución, es decir, se indica con claridad cuáles son los tratados o fuentes de derecho internacional que hacen parte de la Constitución, como ocurre en los casos Argentino y Brasileño. A diferencia de estos, otros textos constitucionales no determinan de manera expresa lo que integrará el Bloque, sino que establecen criterios para que los jueces identifiquen qué normas del derecho internacional pueden ser entendidas o utilizadas como Constitución, lo que conlleva que los jueces constitucionales identifiquen el derecho constitucional y luego aquello que se integra al mismo.

Un segundo momento del constitucionalismo Latinoamericano se presenta en el paso de constituciones escritas a constituciones escritas con adiciones de aspectos materiales. En ese sentido, se complementa el concepto formal de Constitución con otros elementos materiales, que tienen tanta importancia cualitativa y cuantitativa que en ocasión generan una suerte de indefinición o confusión respecto al contenido constitucional. En la práctica, esto implica que la constitución formal no

es el límite último para la actuación de los poderes constituidos, y que incluso a las reformas constitucionales deben tener parámetros adicionales y superiores a la constitución formal. Un caso en el cual se pudo evidenciar esta situación ocurrió con la solicitud y posterior decisión de Opinión Consultiva de la Corte IDH, donde varios Estados (entre ellos Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Bolivia) consultaron si existe un derecho a la reelección presidencial indefinida.

Ocurría entonces que los tribunales constitucionales de todos estos países habían decidido ya sobre reformas constitucionales o amparos que tenían como tema central la posibilidad de reelección del presidente. Cada país enfrentó decisiones diferentes, algunos permitiendo la reelección y en otros rechazándola, pero siempre acudiendo a parámetros extraconstitucionales, como el artículo 23 de la Convención. Finalmente, la Corte IDH zanjó el debate al señalar que el art. 23 sobre derechos políticos no permite la reelección indefinida.

¿Cuál es la virtud o propósito del concepto de constitución material, cuando parece generar confusión o indeterminación?

En primer lugar, la constitución material cumple una función crucial como muro de contención frente al constitucionalismo abusivo. De esta forma, evita la proliferación de políticas iliberales, entendidas como decisiones que, aunque formalmente válidas, son materialmente incompatibles con la democracia y con los principios fundamentales del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho. Este enfoque ha sido ampliamente desarrollado por Roberto Gargarella, quien resalta la necesidad de un límite material más allá de la mera formalidad constitucional. En este sentido, la constitución, por sí sola, no resulta suficiente para impedir la erosión del Estado de Derecho, los derechos fundamentales y otros valores esenciales del constitucionalismo. Por tanto, es necesario recurrir a los principios y valores subyacentes del constitucionalismo como criterio último para preservar el Estado de Derecho y evitar su desmantelamiento.

En segunda instancia, la constitución material se extiende más allá de la letra escrita, permitiendo que elementos materiales sean considerados parte de la Constitución misma. Esta expansión conceptual tiene como fin último la utilización de dichos elementos como límites o criterios de rechazo a decisiones de condena, incluso aquellas impuestas por tribunales internacionales. De esta manera, se busca asegurar que el ordenamiento constitucional no quede reducido únicamente a lo que está formalmente estipulado, sino que se fundamenta también en valores y principios materiales que la Constitución protege.

En este contexto, resulta relevante preguntarse: ¿a qué nos referimos cuando hablamos de los elementos materiales de la Constitución? Estos son aspectos implícitos que, si bien no necesariamente se encuentran expresamente consignados en el texto constitucional, forman parte integral de su estructura y funcionamiento. Algunos ejemplos de estos elementos incluyen:

- el Estado de Derecho como parámetro fundamental;
- el derecho internacional como criterio orientador;
- los principios fundamentales que sirven de base para la construcción y la interpretación de la Constitución;
- la historia y la voluntad del pueblo como elementos constitutivos;
- la doctrina de la sustitución de la Constitución, que establece límites a las reformas constitucionales;
- la identidad nacional, que influye en la interpretación y aplicación de la Constitución;
- el margen de apreciación nacional, que otorga cierta flexibilidad a las decisiones soberanas en el marco del derecho internacional.

Finalmente, un aspecto paradójico y significativo del concepto de constitución material radica en cómo los tribunales constitucionales han ampliado su alcance con el objetivo de enfrentar la arbitrariedad. Sin embargo, esta expansión del concepto de constitución material puede, para algunos, ser interpretada también como un ejercicio de arbitrariedad por parte de los propios tribunales. Así, la ampliación del concepto busca, por un lado, evitar decisiones arbitrarias que amenacen los valores constitucionales, pero, por otro, puede abrir la puerta a una forma de arbitrariedad judicial, generando tensiones sobre los límites del poder interpretativo del respectivo Tribunal.

Un tercer momento en el constitucionalismo Latinoamericano se presenta en el paso de constituciones cortas a constituciones extensas. Ello se caracteriza por la tendencia a dejar atrás las Constituciones que tan solo contengan los acuerdos básicos para la convivencia y existencia de una comunidad política, sino que elevan a rango constitucional todos los temas que se consideran importantes. Esta tendencia se ha extendido más allá de los países iberoamericanos y latinoamericanos, pues los Estados -o constituyentes- aprovechan la jerarquía, valor político y la importancia del texto constitucional para:

- (i) extender la protección y dar la importancia que genera el articulado constitucional
- (ii) elevar al rango constitucional temas propios de derecho administrativo

se hace también con el propósito de evitar la disposición de “políticas de Estado” por el gobierno de turno

- (iii) y finalmente, en materia de derechos humanos la consideración de que todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales se hace por la protección constitucional que se deriva del amparo.

Estas características, en conjunto con el desarrollo del concepto de bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad e incluso derechos constitucionales innominados, ha llevado a que todos los derechos constitucionales se eleven a categoría de fundamentales.

Un cuarto momento o elemento del constitucionalismo latinoamericano se refiere a la creación de constituciones que, aunque aparentemente rígidas en su proceso de reforma, en la práctica no representan un obstáculo significativo para la modificación del texto constitucional. Aunque en principio las constituciones latinoamericanas suelen ser rígidas, en el sentido de establecer procedimientos de reforma más complejos, que requieren mayores exigencias y supermayorías, la realidad muestra una tendencia hacia reformas frecuentes, lo que convierte a estas constituciones, en términos prácticos, en documentos más flexibles. Esto contrasta con la percepción inicial de rigidez que caracteriza a estas normas supremas. De esta manera, aunque el mecanismo de reforma se presenta como más gravoso en algunas constituciones, las modificaciones constantes evidencian una flexibilidad real.

Algunos ejemplos ilustran esta tendencia:

- la Constitución mexicana de 1917, que ha sido reformada más de 700 veces, con 256 de esas reformas ocurriendo en el siglo XXI;
- la Constitución colombiana de 1991, que ha experimentado 60 reformas constitucionales;
- la Constitución costarricense de 1949, que ha sido modificada en 73 artículos (aunque el número de reformas legales es inferior);
- la Constitución brasileña de 1988, con 120 reformas constitucionales a lo largo de los años;
- la Constitución peruana de 1993, que ha sido reformada en 26 ocasiones.

Esta dinámica revela una característica común en muchas de las constituciones latinoamericanas: su capacidad de perdurar y adaptarse en el tiempo a partir de una suerte de flexibilidad. En este contexto, las constituciones encuentran su estabilidad política precisamente en su capacidad para ser modificadas, lo que refleja un proceso de acuerdo constitucional en constante construcción. Esta flexibilidad, pese a que en

principio sería objeto de reproche por materializar el efecto contrario al que buscó el constituyente, en lugar de debilitar la estabilidad institucional, en muchos casos se convierte en un factor clave para alcanzarla.

En ciertos países de la región, parece observarse una relación inversamente proporcional entre la rigidez formal de las constituciones y la estabilidad política: a mayor flexibilidad constitucional, mayor estabilidad institucional. No obstante, esta no es una regla generalizada, aunque funciona eficazmente en muchos contextos latinoamericanos.

A este fenómeno se le suman los avances jurisprudenciales en la identificación y aplicación del bloque de constitucionalidad, especialmente en los casos en los que este bloque es difuso. La jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha sido clave para expandir los límites de la Constitución, reconociendo, por ejemplo, que los tratados internacionales de derechos humanos, al formar parte del bloque de constitucionalidad, operan de hecho como una reforma a la constitución. Esta práctica ha tenido gran relevancia en varios países de la región. Incluso, la incorporación de derechos mediante el bloque de constitucionalidad se lleva a cabo de dos formas principales: La primera consiste en la identificación difusa del bloque, esto es, la inclusión de derechos humanos dentro de las diversas fuentes del derecho internacional. La segunda se da a través de la aprobación formal de leyes aprobatorias de tratados internacionales, como se evidenció en el debate sobre el Tratado de Escazú en países como Chile y Costa Rica, donde la ratificación de tratados internacionales también tiene un impacto directo sobre el contenido constitucional.

Posteriormente se presenta la transición de constituciones prescriptivas a programáticas.

En el contexto latinoamericano se refleja un cambio hacia la asignación de responsabilidades específicas en áreas clave como la igualdad, la protección de derechos y la provisión de servicios públicos. Sin embargo, la estructura estatal en muchos países, caracterizada por sistemas presidencialistas fuertes y administraciones públicas débiles, ha propiciado una dinámica de un Estado social privatizado, donde la efectividad de las políticas públicas se ve comprometida.

Las deficiencias en la administración pública han dado lugar a la injerencia de los jueces en áreas tradicionalmente reservadas a los poderes ejecutivo y legislativo, mediante herramientas como las sentencias estructurales y las decisiones sobre casos complejos. Estas intervenciones judiciales surgen cuando el sector privado no cumple adecuadamente con sus responsabilidades, y cuando la administración pública carece de

controles eficaces, regulación o mecanismos de sanción. Nuevamente, ello refleja una mutación del principio de separación de poderes, pues los tribunales asumen funciones propias de otras ramas del poder estatal.

De hecho, la acción de tutela o mecanismos como el amparo en México han jugado un papel central en este contexto, convirtiéndose en un mecanismo ordinario para la reclamación de derechos prestacionales, particularmente cuando las políticas públicas no garantizan la efectividad de los derechos fundamentales. Esta situación pone de manifiesto las tensiones que surgen entre la necesidad de un Estado social de derecho y las limitaciones de los actores estatales en su implementación, lo que genera un campo amplio para la expansión del poder judicial.

Nos encontramos, finalmente, en un contexto de constituciones democráticas que incorporan elementos de aristocracia judicial. Esto se debe a que la adopción de fuentes del derecho internacional, particularmente a través de la figura del Bloque de Constitucionalidad, ha facilitado un diálogo jurisprudencial sobre los parámetros de constitucionalidad y los límites de la democracia representativa. Este proceso ha permitido una expansión de asuntos que en principio se consideraban de orden constitucional más allá de las fronteras nacionales.

El concepto de Bloque de Constitucionalidad, por lo tanto, permite entender a la Constitución no solo como un texto nacional, sino como un conjunto integrado por tratados internacionales sobre derechos humanos y otras fuentes del derecho internacional. Estas fuentes brindan un marco normativo que permite interpretaciones más favorables, lo que ya se ha señalado previamente, promoviendo una visión más amplia y protectora de los derechos fundamentales.

Sin embargo, se han introducido elementos aristocráticos en la fundamentación de la soberanía: La existencia de una desconfianza profunda de los tribunales nacionales e internacionales en la sensatez de las instituciones de gobierno y su capacidad para expresar la voluntad e intereses de la población que se ve agravada por la facilidad para ser instrumentada por prácticas oligopólicas y neocolonialistas.

Esto ha llevado a debates innovadores, como por ejemplo, si la jurisprudencia de la Corte IDH se puede comprender como parte de las constituciones en sí mismas o incluso si la jurisprudencia de la Corte IDH puede declarar inválidos los textos constitucionales de los Estados sometidos a su competencia. Esta suerte de aristocracia judicial, sin embargo, supone un muro de contención frente al presidencialismo que adopta nuevas formas de afectación del principio de separación de poderes y del Estado

de derecho. Además, permite proteger contra la democracia iliberal o el fenómeno mejor conocido como el constitucionalismo arbitrario y abusivo.

En suma, estas constituciones de aristocracia judicial dan lugar a que exista fundamentación democrática que se articula con la formulación de reservas de ley apropiadas a la importancia de los temas a decidir, sin que ello sea óbice para ignorar que hoy en día las reservas de ley han sido objeto de replanteamientos.

Ahora bien, ¿es la reserva de ley eficaz? ¿Es una garantía o instrumento válido para enervar o impedir el ejercicio de los derechos? Ocurre por ejemplo en el tema de minorías parlamentarias.

8. Conclusiones

Las causas de las transformaciones en el concepto de Constitución

Lo que se ha tratado de plantear es que la Constitución, como norma con pretensiones de estabilidad o permanencia, escrita, rígida, formal, fundada en la legitimidad democrática, actualmente se encuentra siendo objeto de profundas transformaciones que se comprenden como respuesta a tres fenómenos particulares:

1. Como reacción al constitucionalismo abusivo,
2. Como respuesta a la poca credibilidad que existe frente a la democracia representativa y,
3. Como respuesta a la insuficiencia de la administración pública para garantizar las obligaciones del Estado Social de Derecho.

Estos cambios son resultado de que las constituciones como límite formal no sean suficientes: Gobiernos tratando de inducir a la judicatura, intentos de apropiación, juzgamientos y procesos de responsabilidad política de cortes supremas y tribunales constitucionales, entre otros, son además causantes. Por ejemplo, una reacción que estas nuevas constituciones permiten es la reacción judicial a reformas constitucionales válidas pero contrarias a la democracia, utilizando nuevos parámetros más flexibles e indeterminados que incluyen el derecho internacional. De nuevo, se comprueba que la constitución formal no es capaz de evitar este tipo de reformas y se convierten los tribunales constitucionales -e incluso supranacionales- en instancias contramayoritarias que limitan la democracia representativa y directa de un continente plagado por serios problemas de credibilidad en política y sistemas electorales.

ETICA DELLA CURA,
DISEGUAGLIANZE E DEMOCRAZIA

SEMINARIO 10 DICEMBRE 2025

Francesco Rimoli

Saluti introduttivi

Grazie a tutti per essere qui. Il nostro seminario di oggi – l'ultimo dell'anno che volge al termine – è dedicato all'etica della cura (forse ormai sarebbe meglio dire etiche, al plurale), una composita corrente di pensiero che nasce dai movimenti femministi, soprattutto statunitensi, durante gli anni Ottanta del secolo scorso e poi si diffonde anche in altri ambiti.

Perché abbiamo scelto questo tema, in apparenza un po' eccentrico rispetto ai nostri consueti? In verità, con "Progetto Polis", un gruppo di lavoro nato nei primi anni Duemila e tuttora attivo, ce ne siamo occupati già con un volume del 2017, inserito nella collana del Gruppo, pubblicato dall'Editoriale Scientifica di Napoli e curato dalla collega Maria Pia Paternò (componente di quel gruppo come Francesco Bilancia, pure qui presente oggi), che fu invero la prima a indicarci questo tema come possibile oggetto di ricerca. A quel primo volume ne sono seguiti poi nella collana altri due, curati dalla stessa Paternò, che approfondiscono vari profili di una prospettiva analitica tutt'altro che semplice e in costante trasformazione.

Ma, rispetto al nostro Osservatorio, il collegamento con i temi inerenti alla democrazia è presto detto: la teoria della cura, infatti, ha avuto e ha tuttora una sua consistente evoluzione a opera di autrici come Carol Gilligan e Joan Tronto, che hanno tentato (soprattutto la seconda) di mutarne la configurazione: da quella originaria di strumento destinato a sostenere rivendicazioni relative all'eguaglianza di genere e al ruolo sociale/familiare della donna, a quella di un'ambiziosa teoria della democrazia *tout court*, con una rilettura che, mescolando temi diversi e radici culturali varie, tende a ridefinire i confini tra pubblico e privato.

Dal suo aspetto iniziale, dunque, il tema del *caring* ha visto svilupparsi una letteratura ricca e variegata, certo elaborata soprattutto da studiose – non sarà un caso che oggi al nostro tavolo ci sia un solo rappresentante del genere maschile! – ma interessante e ormai matura, in buona parte affrancata, anche se non del tutto, dall'iniziale ambito prospettico delle differenze di genere.

Non solo: oltre che ampliarsi sul piano delle prospettive, le etiche della cura si sono oggi estese anche sul piano geoculturale, ossia ben oltre

l'area statunitense. Oggi questi temi sono patrimonio comune anche per la letteratura europea e italiana, sia storico-politologica che giuridica: da noi, in particolare, ai numerosi studi dedicati alla cura da Maria Pia Paternò si aggiunge ora, nel nostro campo, il bel libro di Alessandra Pioggia su cura e pubblica amministrazione e presto si aggiungerà lo studio cui sta lavorando Ines Ciolli; ma ricordo anche, in una prospettiva che adotta (in modo a mio parere opinabile, ma non del tutto implausibile per alcune innegabili affinità prospettiche) una torsione del tema stesso in senso più marcatamente cattolico, l'approccio avanzato qualche anno fa da Laura Palazzani.

Quanto a me, non nascondo – lo scrissi nel volume del 2017 e ora lo ribadisco, anche se da allora non mi sono più dedicato al tema – che le teorie della cura mi lasciano più di qualche perplessità: nonostante i tentativi di affrancamento di cui dicevo, qualche traccia dell'originaria natura rivendicativa mi pare rimanere, ma, soprattutto, mi preoccupa alquanto lo sforzo di tradurre nella sfera pubblica dinamiche relazionali nate nell'ambito della dimensione privata, generando così una commistione in cui il *caring* finisce con il poter essere in certo modo "imposto".

In altre parole, mi pare che ciò da un lato finisca con il consentire e legittimare una compressione dell'autonomia e della libertà individuale che, alla luce di una dissimulata "bontà di Stato", può finire con il generare una sorta di paternalismo – o forse meglio "maternalismo" – che poco si addice a una democrazia liberale e pluralista, misurata sulla libertà anzitutto etica dell'individuo; dall'altro, viste con gli occhi del costituzionalista, queste teorie mi paiono aggiungere poco alla tradizionale riflessione sui principi di solidarietà e di *welfare* che almeno dal secondo dopoguerra caratterizzano le costituzioni europee (non a caso certe tesi hanno visto la luce nel ben diverso contesto statunitense).

Basterebbe forse, allora (ma non è poco!), recuperare e attuare davvero il modello dello Stato sociale, oggi sempre più negletto, per rispondere alle istanze di cura (intesa stavolta sia come *care* che come *cure*) di cui le studiosi di cui abbiamo parlato e molte altre, con mille sfumature, si fanno portatrici.

Né possono essere ignorate le molte connessioni che, pur trascurate dalla statunitense Tronto (ma ben intuitedall'italiana Palazzani), legano, come adombrato, certi profili della *care ethics* alle più tradizionali etiche religiose, soprattutto cristiane, per le quali la cura dell'altro, in ogni senso, ha sempre fatto parte del nucleo assiologico fondante, nonché (con qualche malizia potrebbe dirsi) del *core business* delle confessioni religiose e delle

loro strutture organizzative collaterali in campo assistenziale e sanitario.

Quelle esposte qui sono però obiezioni personali, che non inficiano certo l'importanza e la fertilità euristica delle etiche in questione, ormai, come ho detto, declinate in molte varianti diverse e strettamente collegate alla proposta di una società democratica rinnovata e reinterpretata secondo principi che superano quelli dell'individualismo proprio del liberalismo classico.

Queste sono infine le ragioni per cui, con gli amici del Consiglio direttivo dell'Osservatorio, abbiamo concordato sull'opportunità di includere il tema della cura, proprio per la sua capacità di espansione teorica e pratica, tra quelli da affrontare nell'ambito del nostro principale oggetto di analisi, quello dei processi di sviluppo delle democrazie. E a tal fine abbiamo invitato qui coloro che, nella dottrina italiana, non solo giuridica, più hanno approfondito (o stanno approfondendo) queste tematiche, e che sapranno certamente darcene un quadro compiuto e convincente.

Ringraziando quindi ancora una volta le nostre relatrici e il nostro relatore, nonché tutti i presenti, per la loro partecipazione, auguro buon lavoro e cedo la parola alla prof.ssa Pistorio, nostra Collega di Dipartimento, che coordinerà l'incontro.

Giovanna Pistorio

Introduzione

L'organizzazione del Seminario è stata possibile grazie all'attività del Coordinatore dell'OSDE (Osservatorio sui processi di sviluppo delle democrazie europee), il Prof. Francesco Rimoli, che ringrazio per il coinvolgimento a presiedere un incontro su questioni di così grande rilievo e interesse.

Le delicate problematiche oggetto del tema dedicato a questo incontro consentono di riflettere su questioni antiche, ma allo stesso tempo di stringente attualità.

Etica della cura, diseguaglianze, democrazia si sviluppano su ambiti parzialmente eterogenei, ma accomunati da un unico filo conduttore: il ruolo della, *rectius*, delle responsabilità.

Sappiamo bene che è in atto un processo di ridefinizione del concetto di cura che mira a superare molte di quelle diseguaglianze - se non proprio discriminazioni - mediante il sinergico coinvolgimento delle varie forze che animano lo Stato democratico.

Se è vero, infatti, che gli studi sulla cura affondano le proprie radici nell'etica, è altresì indubbio che oggi essi risultano ormai svincolati dagli ambiti della sola psicologia morale, dalla sfera del privato, dell'intimità domestica, per assumere un'ulteriore coloritura in una dimensione anche politica.

Quali le ragioni sottese a tale mutamento?

In parte, è l'evoluzione del contesto sociale, economico, familiare, di quel "terremoto antropologico" che ha profondamente scardinato molti degli equilibri esistenti.

Vi è poi la profonda crisi istituzionale che ha alterato la dinamica politica degli ultimi decenni.

A ciò si aggiungono, inoltre, gli effetti della pandemia sul piano sociale, della globalizzazione sul piano finanziario e, in una prospettiva ancor più ampia, dei conflitti internazionali sulla instabilità geopolitica.

Si tratta di situazioni che, pur nella loro evidente diversità, per ambiti, forza e sviluppo, incrementano il senso di disaffezione, di precarietà, di insicurezza.

Inevitabile la conseguenza: tali fattori incidono sul concetto di cura, alterandone contenuti e dimensioni.

Due, almeno, le prospettive da cui osservare siffatto cambiamento.

Da un punto di vista attivo, lo sguardo va al *soggetto* della cura, *a chi* si occupa della cura.

Sotto questo profilo, appare evidente che la cura non è, né può essere concepita come il problema di *alcuni*, o meglio, di alcune, essendo stata l'attività di cura per lungo tempo caratterizzata da un'indubbia "femminilizzazione", con contestuale estromissione dall'orizzonte della politica. La cura, e tutte le esigenze ad essa sottese, è una questione comune, che abbraccia e coinvolge tutti e tutte. È quel bisogno del singolo e delle collettività sul quale vanno plasmate le politiche sociali. È e deve essere oggetto di una considerazione unitaria, in chiave solidaristica, quale espressione del benessere comune.

Da un punto di vista passivo, desta poi particolare rilievo l'evoluzione cui si è assistita nel corso del tempo, guardando all'*oggetto*, o meglio *a chi si rivolge la cura*.

Il destinatario della cura non è il cittadino, non è il soggetto di diritto, ma la *persona*, in quanto tale, con le sue specifiche peculiarità, caratterizzazioni, fragilità.

La persona è al centro, tra la legge, che prescrive la regola in via generale e astratta, e l'amministrazione, chiamata a garantirne la realizzazione. Una realizzazione che va al di là della mera attuazione del precetto e si preoccupa invece di fornire una risposta concreta, vera, reale, sulla base dei diversi elementi che danno vita alla singola fattispecie.

Questa la via da seguire, nell'ottica di una politica interventista che, ispirata all'eguaglianza in senso sostanziale, sia in grado di trovare quella regola tra legalità legale e legalità costituzionale. Quella regola capace di coniugare "giustizia" e "cura", quali facce della stessa medaglia che si sviluppano simultaneamente e in modo complementare.

Compito dell'amministrazione è dunque quello di «occupare lo spazio oltre la legge» (Pioggia), di comprendere, al di là del precetto regolatore, o meglio, tra le maglie della disposizione da applicare, *come* assicurare la tutela della persona.

Ecco allora che la ridefinizione del concetto di cura si riflette sulla politica, largamente intesa, spingendo a un ripensamento del concetto di democrazia. Il rapporto tra autorità e libertà va esaminato attraverso chiavi di lettura sociologiche, psicologiche, oltre che giuridiche e istituzionali, tali da contestualizzare la partecipazione dell'individuo in una dimensione

circolare, ove la persona gioca un ruolo attivo e propulsivo e la politica, rivitalizzata al suo interno, assolve alla sua funzione di intermediazione nella società, coniugando, in modo effettivo, risorse economiche e diritti dell'uomo.

Solo così lo Stato è in grado di garantire il *noi* e *l'altro*.

È per tale ragione che la parola chiave, in tale contesto, è responsabilità. Una responsabilità ispirata alla solidarietà sociale e dunque dinamica, condivisa e partecipata.

Se tutto questo è vero sul piano teorico, molti gli interrogativi nella prassi.

Attraverso quali strumenti si riesce a garantire che l'etica della cura venga realizzata in chiave solidaristica?

Quali sono le strade da percorrere per scegliere la regola tra legalità legale e legalità costituzionale?

Come assicurare che l'intervento dell'amministrazione, come quello degli altri organi dello Stato, sia ispirato davvero all'equità, posto che ancor oggi le discriminazioni rappresentano una delle piaghe più significative dell'ordinamento, con tutte le conseguenze che implicano nel mondo reale, ma anche nello spazio virtuale della rete?

Come educare quindi all'eguaglianza, per assicurare che l'etica della cura renda lo Stato davvero democratico?

È da tali dubbi che prendono le mosse le riflessioni di questo incontro.

Incontro che, stimolando un confronto dinamico e costruttivo, ha indubbiamente arricchito il dibattito scientifico e culturale sul tema, offrendo nuove e preziose prospettive di analisi. Per tali ragioni, un sentito e sincero ringraziamento va alle Relatrici Prof.sse Maria Pia Paternò, Alessandra Pioggia e Ines Ciolli e al Relatore Prof. Francesco Bilancia.

Maria Pia Paternò

Teorie politiche della cura e democrazia

SOMMARIO: 1. Pensare il presente – 2. Pensare un pensiero della cura – 3. Etiche della cura – 4. Cura e politica – 5. Cura e democrazia – 6. Alcune osservazioni conclusive.

1. *Pensare il presente*

A 2025 ormai concluso, un'analisi del primo quarto di secolo del nuovo millennio sembra essere un compito al quale non è possibile sottrarsi se non si vuole rinunciare ad acquisire un elemento di comprensione che è invece assolutamente necessario per potere affrontare l'incerto futuro che abbiamo davanti. Dopo lo shock dell'attentato alle torri gemelle nel 2001 e della crisi economico-finanziaria del 2008, dopo l'emergenza della pandemia e con l'esperienza delle nuove guerre sul suolo europeo e nell'area mediorientale, la situazione attuale fotografa uno scenario di incertezza e instabilità impensabile fino a pochi anni fa: a colpire l'immaginazione di alcuni commentatori è stato, pur fra le molte altre variabili degne di nota, quello che è stato poeticamente descritto come il buio "sceso senza preavviso sul cuore dell'Occidente", e i cui "primi risultati sono sotto gli occhi di tutti: un'America irriconoscibile, e un'Europa che tace o balbetta"¹. Aldo Schiavone, cui si deve la citazione appena riportata, ha espresso l'idea che il problema che fa da sfondo allo spaesamento attuale sia da rintracciarsi nel fatto che ci troviamo di fronte a una vera e propria mancanza di pensiero, cioè a una assenza di strategia e di visioni in grado di prefigurare il futuro. Stretti tra il cambiamento degli scenari politico-sociali e i vincoli imposti dall'accelerazione dello sviluppo tecnologico, saremmo dunque proiettati in un'epoca del tutto nuova senza un pensiero che faccia da guida al passaggio d'epoca che stiamo attraversando.

Un po' come avvenuto agli albori dell'età moderna con l'estensione dello spazio generata dalla scoperta del Nuovo Mondo, così oggi l'innovazione tecnico-scientifica apre nuovi orizzonti di studio e di esperienza: essa

¹ A. SCHIAVONE, *Occidente senza pensiero*, Il Mulino, Bologna 2025, p. 19.

ripropone la necessità di strumenti di azione e comprensione legati all'enormità dei cambiamenti in atto sia sul versante delle scoperte tecnologiche sia su quello delle trasformazioni in corso in campo economico, politico e sociale. Se a pochi anni di distanza dalla fatidica data del 1492 l'Europa è stata capace di andare oltre l'allora non più adeguato universo concettuale del Medio Evo e ha saputo esprimere, grazie a Machiavelli e a Thomas More, i due nuovi paradigmi del realismo politico e dell'utopia, è qualcosa di analogo che ci auguriamo possa accadere nella nostra assai confusa contemporaneità: anche i tempi nuovi in cui viviamo richiedono forse un'operazione di ripensamento radicale dello stesso tipo di quello portato a termine più di cinquecento anni fa, sebbene questo compito vada affrontato oggi in modi differenti, che possano aprire la strada all'individuazione di soluzioni adeguate all'altezza delle sfide poste dalla situazione in cui siamo venuti a trovarci a Ventunesimo secolo ormai da tempo avviato.

Necessitiamo forse un'altra volta di un nuovo pensiero, come afferma Schiavone: di una capacità immaginativa che ci consenta di comprendere le tendenze più profonde e di più lungo periodo e che ci metta in grado di superare lo scarto tra ciò che sappiamo fare tecnicamente e ciò che siamo invece molto più limitatamente capaci di pensare per orientarci e definire la linea politica da seguire. L'aver individuato questa esigenza di un nuovo pensiero non è tuttavia sufficiente, se la percezione di questa necessità non ci suggerisce nulla riguardo alla direzione verso la quale indirizzare la nostra ricerca e non ci apre una strada che ci consenta di abbandonare il costume che ci induce a ragionare solo come epigoni di un'epoca che si sta chiudendo: nell'epoca del 'post' in cui stiamo al mondo (una società post-moderna e post-industriale in cui si ragiona in termini post-verità o di post-umano) viviamo in regimi politici che, per la difficoltà che abbiamo a concettualizzare esattamente l'esistente, chiamiamo ormai, restando in bilico tra il vecchio che è rimasto come involucro ormai logoro e un nuovo che non è adeguatamente affermato e definito, post-democrazie².

Se i protagonisti di quella grande stagione culturale che è stato il Rinascimento, hanno trovato impulso nello studio dell'antichità classica, riattualizzandone il modello al fine di potersene ispirare nelle differenti condizioni storiche dell'età moderna, non è forse destituito di senso affermare che, di fronte all'attuale mancanza di un pensiero capace di guidarci nel passaggio d'epoca che stiamo vivendo, potrebbe essere utile tentare un'operazione in qualche modo equiparabile: un'operazione,

² Cfr. C. COUCH, *Postdemocrazia* (2000), Laterza, Roma-Bari 2015.

cioè, che si presenti come analoga nell'approccio ma come differente nel contenuto. Analoga nel senso che consisterebbe anch'essa nell'andare alla ricerca di paradigmi migliori di quelli che ci hanno condotto alla nostra situazione attuale e che siano più confacenti di quelli già sperimentati; diversa nel senso che tale ricerca non dovrebbe a mio avviso privilegiare esclusivamente il passato in cerca di una fonte di ispirazione.

Se il percorso che conduce all'esplorazione del mondo antico per recuperarvi paradigmi da rivisitare e da adattare alle esigenze attuali non sarà mai infruttuoso, si potrebbe tuttavia valutare anche una possibilità ulteriore: quella di andare a ricercare archetipi e modelli in contesti che sono collocati in un altrove che non è di tipo essenzialmente temporale. Ai margini del campo di osservazione della politica e della storia si situa infatti un bacino di vissuti e di esperienze caratterizzati dal fatto di essere stati considerati come estranei alla sfera pubblica e politica, e nel cui ambito potrebbe invece rivelarsi proficuo andare in cerca di paradigmi alternativi a quelli dominanti. Come ci hanno fatto presente le filosofie femministe nel ricordare con strenua determinazione che siamo esseri incarnati e situati (la qual cosa non è peraltro appannaggio esclusivo di questo filone di pensiero, come ci insegna in particolare la filosofia del Novecento), è sempre in fondo dai contesti che dipendono le declinazioni dei concetti.

Noi non abbiamo scoperto il Nuovo Mondo, ma siamo pur sempre di fronte a una rivoluzione: la proposta è di andare a cercare un'alternativa al paradigma strumentale-aggressivo della modernità cercandolo non nell'esperienza di un tempo irrimediabilmente passato, ma in quella di una parte *politicamente* non accreditata nel corso dell'età moderna e dunque in qualche modo ai margini di quel percorso, se non ad esso estranea. È in questo senso che si muovono le proposte che fanno capo a una messa a tema della cura: cura nel senso di *care*, non in quello più specifico (sebbene anch'esso da non dimenticare dato all'aumento complessivo della popolazione mondiale e l'attuale trasformazione della piramide delle età, dovuta al duplice fenomeno della diminuzione della natalità e della mortalità) di *cure*. Non cura in senso medico-sanitario, dunque, ma come pratica dell'ascolto e dell'attenzione, che sappia farsi presa in carico dei problemi e acquisizione di responsabilità. Nella loro ricerca di un sapere innovativo che nasce dalla prassi, le teorie della cura non fanno affidamento a esperienze che hanno a che fare con l'attività politica, come hanno fatto Moro e Machiavelli nel 1500, ma a pratiche di accudimento e di cura tradizionalmente radicate nel privato e affidate alla parte femminile dell'umanità. Si tratta pertanto di capire più precisamente cosa viene messo

in luce in questo tipo di approccio e se quanto se ne ricava possa essere di una qualche utilità se applicato fuori dall'ambito dell'intimità domestica, che gli è stato tradizionalmente proprio, per essere proficuamente esteso a quello della politica e delle istituzioni della società e dello Stato³.

2. *Pensare un pensiero della cura*

Il primo quesito che si pone a partire dal ragionamento fin qui sviluppato è il seguente: anche a voler ammettere che ci sia bisogno di andare alla ricerca di paradigmi alternativi a quelli maggiormente accreditatisi a partire dall'età moderna (ad esempio quelli del mercato e del profitto) e che il tipo di competenze acquisito nella sfera del privato tradizionalmente assegnata alle donne contenga saperi che potrebbero essere utilmente applicati nella sfera pubblica e politica, sarebbe poi sensato andare a indicare proprio in quello della cura il paradigma più indicato per l'epoca attuale? A primo acchito sembrerebbe che ci sia uno scollamento troppo grande tra l'impostazione indicata nell'ambito delle teorie della cura e la traiettoria lungo la quale si muove il mondo contemporaneo per non doverne concludere che la risposta dovrebbe essere declinata in modo a tutto tondo negativo. E ciò per svariati ordini di considerazioni e di motivi, di cui ci si limita per brevità a selezionare qui i due di forse più immediata e diretta percezione.

Il primo ha a che fare con la circostanza che il tema della cura sembra oggi del tutto fuori centro rispetto a un contesto caratterizzato da due elementi che considero principali: cioè da un lato l'incuria che nasce da atteggiamenti che ci consentono di operare un diniego della realtà e di volgere lo sguardo altrove senza lasciarci toccare da ciò che, pure, sappiamo di sapere⁴ e, dall'altro, il diffondersi di modi di fare caratterizzati da una aggressività crescente, di frequente combinata a un mix altamente tossico di arroganza, prepotenza, disprezzo. Con l'esaurirsi dell'esperienza dei Trenta Gloriosi, quegli anni del secondo dopoguerra in cui la consapevolezza delle funeste devastazioni dei conflitti del Novecento ha fatto da sfondo a un'opera di costruzione della pace e del benessere senza precedenti nel

³ È questo il tentativo che ho recentemente sviluppato in un volume dal titolo *Sostenere e riparare. Teorie politiche della cura e democrazia*, Mimesis, Milano (in corso di stampa).

⁴ Per un'analisi dei meccanismi della rimozione e del diniego, oltre che un'interessante analisi del concetto di cura, cfr. E. PULCINI, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell'età globale*, Bollati Boringhieri, Torino 2009.

mondo occidentale, si è aperta la strada a una trasformazione profonda e radicale del quadro politico interno e internazionale. A partire dal convincimento che non ci fosse alternativa alla virata in senso liberista delle politiche economiche e sociali, negli ultimi due decenni del secolo scorso si è così inaugurata non solo una stagione di restringimento del Welfare, ma si sono avviate anche una serie di misure che hanno ridisegnato i contorni della nostra contemporaneità, oggi purtroppo schiacciata da una sensazione diffusa di angoscia e di incertezza, da attribuirsi, oltre che all'incapacità di disegnare progettualmente un futuro da abitare, anche alla logica assertiva e prepotente ormai prevalente tanto sul fronte della politica interna quanto anche nell'ambito dello scacchiere internazionale.

Il secondo motivo che potrebbe farci propendere nel senso di non considerare soddisfacente un tentativo di rilancio del discorso sulla cura nell'ambito della sfera pubblica e politica ha a che fare con la circostanza che essa non sembra solo fuori luogo rispetto al contesto, come si è detto poc'anzi, ma anche fuori tempo: intendo con ciò riferirmi al fatto che, nel mondo dell'accelerazione tecnologica in cui viviamo, alcuni tipi di attività – le pratiche di cura in primo luogo, ma anche il lavoro delle istituzioni e della politica – appaiono essere legate a tempi troppo lunghi di concepimento e di sviluppo per poter stare al passo con quanto avviene in altri ambiti, ad esempio quello dell'innovazione scientifica o degli scambi di tipo economico-finanziario⁵. Ne deriva una desincronizzazione che, come afferma il sociologo tedesco Hartmut Rosa utilizzando la teoria dei sistemi di Luhmann, mette seriamente a repentaglio la possibilità di un equilibrio tra sfere di vita caratterizzate da temporalità di tipo differente. Alimentata da una soggiacente necessità di crescita, ottimizzazione e razionalizzazione, scrive Rosa, la società attuale è contrassegnata da una logica dell'incremento, dell'escalation e dell'intensificazione da lui ossimoricamente indicata come "stasi frenetica". Essa viene detta generare un cambiamento che si avvita in qualche modo su se stesso: tutto si muove in modo casuale ed episodico, divorato da un movimento che crea disordine e disorientamento e ostacola l'emergere di narrazioni che raccontino invece di un senso, di una maturazione o di una crescita⁶.

Parlare dunque di cura in un contesto in cui né l'osservazione della realtà

⁵ Cfr. H. ROSA, *Beschleunigung: die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne*, Suhrkamp, Berlin 2012 e, per una impostazione del tema del tempo diversa dalla prospettiva di Rosa, B.C. HAN, *Il profumo del tempo. L'arte di indugiare sulle cose* (2009), Vita e Pensiero, Milano 2017.

⁶ Cfr. H. ROSA, *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tarda modernità* (2010), Einaudi, Torino 2015.

né il modo in cui ce la raffiguriamo sembra poterci indirizzare nel senso di una valorizzazione di pratiche dai tempi necessariamente lunghi e per di più legate a una capacità di ascolto e di attenzione all'alterità che sembra essere in discesa libera a causa del *background* sociale e tecnologico all'interno del quale ci muoviamo, sembrerebbe essere un'operazione poco tempestiva se non anche assai poco proficua per la difficile – o forse impossibile – raggiungibilità di ciò verso cui si andrebbe a puntare selezionando un obiettivo che si presenta tanto sfocato quanto utopico. Potrebbe tuttavia non essere così, se si guardano le cose da un differente punto di vista. Bisognerà a tal fine, in primo luogo, insistere preliminarmente sul fatto che, per quanto denigrata in relazione al suo rapporto con la realtà, l'utopia ha un potere concreto di trasformazione che è tanto più forte in quanto prescinde dalla sua effettiva realizzazione e si attiva per il solo fatto che certe idee esistono e vengono discusse. Ma potrebbe anche darsi il caso che l'operazione di riportare al centro un'idea di cura sia meno peregrina di quel che potrebbe sembrare a prima vista se ci intendiamo un po' più chiaramente su ciò che per cura si intende nel contesto della riflessione maturata negli ultimi decenni. Sarà a tal fine necessario capire di cosa parliamo quando parliamo di cura e mettere al centro dell'attenzione il fatto che, in alcune almeno delle sue declinazioni, le teorie della cura non pensano affatto a essa come a qualcosa di interamente rubricabile nell'ambito del dono, della gentilezza e della compassione, ma pensano invece a un approccio relazionale molto realisticamente consapevole del fatto che le relazioni – *tutte* le relazioni, quelle di cura comprese - sono intrise di potere.

Giudico pertanto fuorvianti alcune delle letture che della cura si danno, non solo nel contesto di quelle filosofie tradizionali, nel quale ci si sarebbe aspettati di incontrarle, ma anche in ambito femminista: mi riferisco qui non al monito che mette in guardia contro il rischio di pensare il materno come cura facendo di essa una risposta automatica e scontata che ne cancella l'ambiguità⁷, ma piuttosto alla interpretazione avanzata da Judith Butler nel ricondurre la cura a una dimensione angelica o oblativa che sarebbe pertanto inadatta, come lei conclude a partire da questa non condivisibile premessa, a costituire il fondamento di una politica⁸.

Parlare di cura, nel senso che qui si prende in considerazione valorizzando alcune delle linee della riflessione che si giudicano essere più

⁷ Cfr. A. CAVARERO, *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2013, pp. 145 ss.

⁸ Cfr. J. BUTLER, *La forza della non violenza. Un vincolo etico-politico* (2020), nottetempo, Roma 2020, p. 247 ss.

interessanti e pertinenti, non vuol dire fare riferimento a un paradigma la cui radice sta tutta nel femminile, così incorrendo nell'accusa – spesso peraltro a mio avviso infondata – di “essenzialismo”: cioè di non considerare il genere come una costruzione culturale e di associare la cura alle donne attribuendo loro caratteristiche naturali e biologicamente determinate; e non vuol dire, parallelamente, neppure lasciare emergere un'incapacità di inquadrare realisticamente la realtà delle relazioni interindividuali e cogliere l'ambiguità che le caratterizza in quanto rapporti di potere. Vuol dire, tutto all'opposto, prendere consapevolezza che i rapporti di potere vanno visti anche al di fuori dell'ambito politico-economico in cui sono stati prevalentemente studiati e che le relazioni di cura – che sono intrinsecamente asimmetriche – non sono affatto rispondenti al quadro – questo sì del tutto utopico e infondato – di una relazione a tutto tondo altruistica e sacrificale⁹, ma sono anzi esse stesse di potere abbondantemente e fortemente intrise. Parlare di cura nel senso proposto in questo saggio vuol dire dunque cercare un nuovo paradigma in alternativa alla riflessione etico-politica tradizionale, di cui si mettono criticamente in discussione alcuni elementi fondamentali: in primo luogo il falso universalismo che, come avviene nella tradizione patriarcale, assume uno dei due generi come paradigma dell'intera specie; e, di seguito, la rappresentazione unilaterale del soggetto elaborata nel solco di una tradizione che risale al pensiero di Cartesio e alla comprensione del cogito che ne è derivata. Un paradigma, dunque, come si vedrà nei paragrafi seguenti, che abbandonando la struttura binaria e verticale della tradizione patriarcale, che ragiona per dicotomie e genera gerarchie di valore¹⁰, possa affermare invece il valore della differenza (*differenza*, non *disuguaglianza*) e l'importanza dei contesti e dell'ordinario, accettando la realtà della dipendenza e della vulnerabilità ma senza rinunciare a una legittima aspirazione all'autonomia.

Il paradigma di cui si va in cerca in alternativa a quello tradizionale deve essere dunque, secondo l'ottica prescelta, un paradigma che, a partire da un'antropologia diversa da quella del pensiero liberale classico, una volta riconosciuta la realtà dell'interdipendenza senza sacrificare ad essa il polo della libertà, possa contribuire a cambiare il punto di vista su ciò che conta o non conta come *politico* e si interroghi di conseguenza sia su *chi* è che decide cosa è *politico* e cosa invece no, sia anche su come allocare i compiti

⁹ Per un riferimento al materno che ne mette in luce gli aspetti più inquietanti e controversi, cfr. A. CAVARERO, *Donne che allattano cuccioli di lupo. Icone dell'ipermaterno*, Castelvechi, Roma 2023.

¹⁰ Per una riflessione sul patriarcato nell'ambito delle teorie della cura cfr. C. GILLIGAN, *Perché il patriarcato persiste?* (2018), VandA Edizioni, Milano 2021, p. 35.

e le responsabilità che da questa scelta discendono. Bisognerà a tal fine coniugare il concetto di cura con quelli di politica e di democrazia. Non mi sarà tuttavia possibile affrontare il tema del rapporto tra cura, politica e democrazia, senza un preliminare, seppur breve excursus, attorno alle etiche della cura e alla proposta filosofico-antropologica da esse avanzate a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso.

3. *Etiche della cura*

A causa dell'elevato numero di contributi e della rilevanza delle differenze esistenti tra le diverse varianti di una letteratura prevalentemente - ma non esclusivamente - femminile è ormai giustamente invalso l'uso di parlare di etiche della cura usando il plurale. Ho cercato in più occasioni di ricostruire i termini del dibattito a partire dagli anni '80 del Novecento, dando conto dei diversificati apporti di alcune delle sue maggiori esponenti: in particolare Carol Gilligan, Nel Noddings, Barbara Ruddick, Virginia Held e Joan Tronto per quello che riguarda il particolarmente fiorente ambito di studi in lingua inglese, ma anche autrici in qualche modo più di nicchia, come ad esempio Elena Pulcini per quanto riguarda il contesto di tali studi in Italia. Si tratta di un dibattito che si presenta come intensamente frequentato oltre che come estremamente interessante nonostante la ripetitività con cui alcune delle tesi più diffuse vengono a volte ripresentate: ricostruirlo ancora una volta assorbirebbe uno spazio che, rinviando invece a testi precedentemente pubblicati¹¹ vorrei qui dedicare a un recupero selettivo di alcune posizioni che si avvicinano maggiormente al mio modo di pormi rispetto al tema della cura. Non ambendo in questo caso a ricostruire i termini di un dibattito molto sfaccettato, cercherò dunque di muovermi in forme più libere rispetto al passato, ma allo stesso tempo maggiormente contestualizzate. È mia opinione infatti che, per quanto in Europa ci si possa essere avvicinati negli ultimi anni a un modello liberale di tipo anglosassone, la situazione italiana sia ancora molto diversa da quella dei paesi che hanno visto per primi fiorire un pensiero della cura (soprattutto Stati Uniti e Canada), di modo che non tutto quello che vi è

¹¹ Ai fini di una tale analisi mi sia concesso in particolare rinviare a M.P. PATERNÒ, *Teoria politica ed etica della cura*, in *Cura dell'Altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, a cura di M.P. Paternò, Editoriale Scientifica, Napoli 2017 e a EAD., *Cura, politica, democrazia*, in *Cura e politica*, a cura di C. Faraco e M.P. Paternò, Editoriale Scientifica, Napoli 2022.

stato affermato possa essere, *sic et simpliciter*, trasferito alla realtà italiana e applicato alle istituzioni democratiche del nostro paese, di cui converrebbe invece tenere in maggior conto le specificità.

Al fine di svolgere il compito che mi sono fissata, lascio pertanto alquanto fuori dal quadro della mia indagine il punto relativo alla diversa antropologia che, dall'angolo di osservazione delle teorie della cura, dovrebbe animare un percorso filosofico capace di riconoscere la realtà dell'interdipendenza e della vulnerabilità dell'umano e che sia di conseguenza non più ostaggio di una immagine implausibile dell'essere umano come di un soggetto autocentrato, costitutivamente connotato come razionale, autonomo, indipendente e capace di autodeterminarsi. Rinunciando a una ricostruzione equilibrata delle diverse componenti del dibattito sulla cura, mi soffermerò pertanto su alcune soltanto di esse. Mi concentrerò di conseguenza, piuttosto che sul pensiero di Carol Gilligan, il cui saggio *In a Different Voice* del 1982 rappresenta per convenzione il punto di origine delle teorie della cura di stampo femminista¹², sulla elaborazione teorica alquanto meno nota di Sara Ruddick: di lei le filosofe della cura delle generazioni successive ricordano in genere un libro pubblicato nel 1989 con il titolo *Maternal Thinking*¹³, ma ad essere qui preso principalmente in considerazione sarà un testo di circa dieci anni antecedente, pubblicato sulla rivista *Feminist Studies* con lo stesso titolo del libro successivo¹⁴. È in questo testo del 1980, la cui pubblicazione precede di due anni l'assai più famoso libro di Gilligan¹⁵, che si trovano meglio espressi alcuni concetti, sui quali si è in questa sede deciso di soffermarsi più ampiamente di quanto non avvenga usualmente nella letteratura di riferimento.

Il discorso che viene affidato al numero di *Feminist Studies* di cui si è detto parte dalla formulazione dell'ipotesi che ci sia una correlazione tra le attività in cui siamo quotidianamente impegnati e il tipo di pensiero che, a partire da questi vissuti, ogni attore coinvolto finisce con lo sviluppare. Esso si interroga, di conseguenza, sulla possibilità che, per la peculiarità

¹² Cfr. C. GILLIGAN, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, (1984), tradotto in italiano con il titolo *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Feltrinelli, Milano 1987.

¹³ Cfr. S. RUDDICK, *Maternal Thinking. Toward a Politics of Peace*, pubblicato nel 1989: per la traduzione italiana del volume si rinvia a EAD., *Il pensiero materno. Pacifismo, antimilitarismo nonviolenza: il pensiero della differenza per una nuova politica*, Red, Como 1993.

¹⁴ Cfr. S. RUDDICK, *Maternal Thinking*, in "Feminist Studies", 2, 1980, pp. 342-367.

¹⁵ Per un'analisi dell'approccio all'etica di Gilligan si consiglia la perspicace lettura offertane da C. BOTTI, *Cura e differenza. Ripensare l'etica*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Roma 2018, p. 31 e ss.

della loro esperienza, le donne possano essere in possesso di un tipo di cultura o di tradizioni e stili di pensiero diversi da quelli maschili, di cui potrebbe forse essere utile operare un trasferimento nella sfera pubblica e politica, dalla quale sono stati invece storicamente assenti¹⁶. Le pratiche che Ruddick ha in mente nel formulare le sue ipotesi hanno a che fare principalmente con l'accudimento materno, sebbene non esiti a specificare che il "*maternal thinking*" di cui procede a elaborare una descrizione non esaurisce affatto la sfera di quello che indica come "*womanly thinking*". Non ciò che una donna *è* costituisce il punto di partenza del suo discorso, ma ciò che una donna *fa*, cioè le pratiche in cui è quotidianamente coinvolta e che la inducono di conseguenza a sviluppare alcune parti di sé piuttosto che altre, con ciò acquisendo capacità specifiche a un livello che è tanto fisico quanto anche psicologico e mentale.

Come fin nella scelta terminologica di parlare di un *maternal thinking* risulta tutto sommato evidente, nella riflessione di Ruddick il riferimento al materno perde le stereotipate componenti sentimentali dell'amore e del sacrificio di sé che ne avevano tradizionalmente caratterizzato la narrazione nel corso dell'età moderna. Esso viene anzi descritto come una pratica da cui sorgono "modi distintivi di concettualizzare, ordinare e valutare"¹⁷, e che risulta essere associata a un determinato modo di *pensare*. Si tratta di un tipo di pensiero che viene prevalentemente esperito dalle madri, ma non è biologicamente predeterminato: esso è, piuttosto, l'esito tutt'altro che inatteso di una prolungata esposizione al daffare di un'attività frammentata in una molteplicità di compiti e costantemente sottoposta alla peculiare pressione esercitata dalla tensione al raggiungimento di obiettivi plurimi e contraddittori, a stento conciliabili con un lavoro incessante di mediazione responsabile. Nel definire il materno alla stregua di una "categoria sociale", Ruddick costruisce il suo ragionamento in modo da prendere le distanze da quella che considera una deleteria sovrapposizione tra l'essere donna e l'essere madre, così aprendo alla possibilità di un accesso anche maschile a tale categoria del pensiero.

Connotando il pensiero materno come un'unità composta da riflessione, giudizio e sentimento piuttosto che, più riduttivamente, come un fenomeno ad alta intensità emotiva da ricondursi a un dato biologico naturale, Ruddick precisa quello che è il punto centrale della riflessione da lei proposta: ogni pensiero, asserisce la studiosa americana facendo riferimento in particolar modo alle tesi sviluppate da Habermas in *Conoscenza e interesse*, nasce

¹⁶ S. RUDDICK, *Maternal Thinking*, cit., p. 345.

¹⁷ Ivi, p. 359.

a partire da una pratica sociale esperita nell'ambito di una determinata realtà che pone a ciascuno degli attori in campo interrogativi e richieste che sono propri dello specifico contesto: la risposta ad essi si configura poi come condizionata dall'interesse a "preservare, riprodurre, guidare e comprendere la vita del singolo o del gruppo"¹⁸. Asserito preliminarmente sia che il pensiero materno non si distingue da quello che nasce da altre pratiche (ad esempio quella scientifica) per una maggiore tonalità emotiva, sia ancora che esso è, come tutti gli altri, governato dagli interessi della pratica da cui deriva, si tratta allora, per Ruddick, di comprendere quali specificità siano ad esso riconducibili stanti le condizioni in cui si sviluppa e il tipo di obiettivo verso il quale risulta essere orientato: cioè quello di preservare la vita e di farla sviluppare in modi tali da rendere possibile tanto una crescita individuale del singolo bambino accudito, quanto anche un suo soddisfacente inserimento in un contesto sociale che è storicamente e socialmente determinato.

L'idea su cui Ruddick si sofferma a partire dalle premesse appena esplicitate è che l'esperienza materna favorisca l'acquisizione di un tipo specifico di capacità: capacità legate a un processo di apprendimento del rispetto della alterità, all'accoglimento della differenza e del cambiamento, alla consapevolezza dei limiti delle proprie azioni e della imprevedibilità delle conseguenze del proprio operato, alla disponibilità all'esplorazione di percorsi di conciliazione tra finalità di natura diversa e a volte concorrenti, la cui intrinseca conflittualità il lavoro di cura e di accudimento è chiamato continuamente a gestire e a interpretare senza poter offrire soluzioni definitive o valide per la generalità dei casi. Ne deriva un mix ambiguo di potere e di impotenza che, a partire dalla presa di coscienza dei limiti sui quali essa va ad infrangersi, può arricchire la pratica materna della consapevolezza di quanto grande sia lo spettro di ciò su cui non ha potere e di quanto poco sia legittimo nutrire fantasie di dominio e di controllo.

In risposta all'esperienza legata all'espletamento del ruolo appena delineato, le madri descritte da Ruddick sviluppano peculiari capacità intellettive e mettono in valore quello specifico atteggiamento mentale che trova alimento nel concreto esercizio di una pratica di accudimento genitoriale storicamente declinata al femminile: potenziano dunque peculiari modalità di concettualizzazione, prioritarizzazione e valutazione, finalizzandole al compito di soddisfare quelle esigenze di "protezione, crescita e approvazione sociale"¹⁹ attorno alle quali viene principalmente

¹⁸ Ivi, p. 347.

¹⁹ S. RUDDICK, *Il pensiero materno*, cit., p. 69.

ad articolarsi il loro lavoro. In questo sforzo di conciliazione tra finalità non di rado confliggenti, esse sviluppano un'attitudine che può essere concepita come una risultante di quella specifica esperienza di vita e di pensiero che fa di un essere umano (uomo oppure donna che sia)²⁰ una madre. In un passaggio del saggio di Ruddick che ho qui proposto all'attenzione la studiosa americana delinea efficacemente le linee generali del suo approccio in termini che, per la chiarezza e l'efficacia da cui sono caratterizzati, può essere utile riportare per esteso: «*I speak of a mother's thought – the intellectual capacities she develops, the judgements she makes, the metaphysical attitudes she assumes, the values she affirms. A mother engages in a discipline. That is, she asks certain questions rather than others; establishes criteria for the truth, adequacy, and relevance of proposed answers; and cares about the findings she makes and can act upon. Like any discipline, hers has characteristic errors, temptations and goals. The discipline of maternal thought consists in establishing criteria for determining failure and success, in setting the priorities, and in identifying the virtues and liabilities which the criteria presume. To describe the capacities, judgements, metaphysical attitudes, and values of maternal thought does not presume maternal achievement. It is to describe a conception of achievement, the end to which maternal efforts are directed, conceptions and ends quite different from dominant public ones*»²¹.

4. Cura e politica

Al fine di introdurre il tema del rapporto tra cura e politica a partire dalla lunga citazione sopra riportata si potrebbe cominciare con il rilevare, per inciso, che l'individuazione dei problemi da affrontare e l'articolazione delle priorità nell'ambito di una calendarizzazione complessa che tenga conto della pluralità degli obiettivi da perseguire per rispondere alle

²⁰ A fugare ogni dubbio relativamente al presunto essenzialismo di Ruddick, può a mio avviso bastare la seguente citazione: "per descrivere la pratica materna come lavoro dal quale si origina un determinato tipo di pensiero, mi sono avvalsa di una definizione un po' originale della categoria 'madri'. In poche parole, una madre è quella persona che si assume la responsabilità della vita dei propri figli, e per la quale una parte importante della vita lavorativa consiste nel provvedere loro tutte le cure di cui hanno bisogno. Parlo volutamente di 'persona', intendendo indifferentemente uomo o donna: infatti, sebbene la maggior parte delle madri siano donne, la pratica materna potenzialmente può essere svolta allo stesso modo da uomini e da donne" (S. RUDDICK, *Il pensiero materno*, cit., pp. 56-57). Più ambigua è, forse, la posizione espressa in *Maternal Thinking*, cit., p. 346.

²¹ Cfr. *ivi*, p. 347.

aspettative di ciò (e di coloro) di cui ci si occupa e di cui si ha cura costituisce il nocciolo dell'attività politica in quanto tale. Vale dunque non soltanto in riferimento al lavoro di cura espletato dalle madri, ma anche per la cura degli affari politici da parte della cittadinanza e dei suoi rappresentanti. Se si è dunque qui scelto di mettere in evidenza le posizioni di Ruddick piuttosto che quelle di Gilligan, ciò è stato fatto al fine di indicare un percorso che sembra essere *politicamente* più spendibile di altri e che, in virtù di tale caratteristica, alle teorie della cura contemporanee potrebbe essere utile esplorare con maggiore attenzione di quanto fatto fino ad ora. Pur non dubitando affatto della politicità delle riflessioni di Gilligan, attorno alle cui tesi la letteratura di riferimento si è fino ad oggi prevalentemente orientata, giudico pertanto utile non perdere un *focus* su una lettura del femminile differentemente articolata rispetto a quella *mainstream* e procedere, a tutto campo, a un lavoro di scavo e di disseminazione di elementi che, pur essendo stati pensati in un orizzonte teorico che ha a che fare con l'etica piuttosto con la politica, si rivelano essere per quest'ultima tutt'altro che irrilevanti.

In effetti tanto le posizioni di Carol Gilligan quanto quelle di Sara Ruddick, così come anche quelle di Nel Noddings e di altre teoriche di cui si è qui scelto di non parlare, sono caratterizzate da una prevalente attenzione all'etica e da una intensa focalizzazione sulla connotazione di genere del lavoro di cura. Esse appartengono a quella che si può definire come la prima generazione delle teorie della cura, cui ha fatto seguito, a partire dagli anni Novanta del Novecento, una generazione successiva, che intrattiene un rapporto differente con le dimensioni della politica e del potere e che ha lavorato alla definizione di una *teoria politica* piuttosto che di un'etica della cura. Si tratta dunque, in questo caso, di teorie che individuano nella nozione di cura un concetto spendibile *politicamente*, "*a valuable political concept*"²². Esse hanno conservato la critica all'antropologia dell'individualismo liberale e l'attenzione alla realtà dell'interdipendenza che hanno contrassegnato peculiarmente la riflessione della prima generazione, ma ne hanno abbandonato tanto l'angolazione esclusivamente morale quanto alcuni presupposti filosofici di base, che sono stati identificati come ostacoli a una comprensione della cura in chiave pubblica e politica.

Due sono, in particolare, le specifiche peculiarità che contraddistinguono le teorie *politiche* della cura e che, differenziandole da quelle di prima

²² F. ROBINSON, *The Ethics of Care. A Feminist Approach to Human Security*, Temple University Press, Philadelphia 2001, p. 3.

generazione, contribuiscono a sottrarre queste teorie all'ambito del privato per dotarle, a tutto campo, di una dimensione pubblica e politica. La prima è data dalla ricerca di un collegamento tra etica della cura ed etica dei diritti, contrapposte in modo generalmente conflittuale fino alla teorizzazione di Tronto, che, criticando invece questa che definisce “una falsa dicotomia”²³, rappresenta una delle prime espressioni di una svolta che ambisce «a tematizzare la non alternatività e la complementarità tra cura e giustizia»²⁴. La seconda è data dalla rivisitazione dell'ottica di genere presente nelle prime teorizzazioni della cura e della loro troppo stretta sovrapposizione del femminile con le dimensioni della relazionalità, della sensibilità al contesto, della cura e della narratività. È in particolare la focalizzazione sul legame madre-figli che è stata successivamente giudicata pericolosamente incline a posizioni di tipo essenzialistico (cioè a una identificazione – peraltro non solo culturale – tra la cura e il femminile) che, come denunciato ad esempio da Tronto, si è dimostrata scarsamente sostenibile a livello teorico e tutt'altro che utile dal punto di vista della strategia dell'emancipazione che si sarebbe invece in teoria inteso promuovere.

Il modo più semplice di avvicinarsi al tema della relazione tra cura e politica è cominciare con il citare i libri dell'ultima studiosa citata: Joan Tronto. Il legame tra cura, politica e democrazia è infatti nel suo caso evidente e chiaramente esplicitato fin dal titolo delle sue opere più conosciute: *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, pubblicato nel 1993, *Caring Democracy. Markets, Equality and Justice*, che è apparso nel 2013 e, infine *Who cares? How to Reshape a Democratic Politics* che è di due anni successivo all'ultimo libro che si è appena citato.

Prima di affrontare il tema del rapporto tra cura e politica nei termini suggeriti da Tronto è utile ricordare preliminarmente che, in continuità con l'approccio filosofico-antropologico espresso dalla prima generazione di teorie della cura, la studiosa statunitense ha rinvenuto nella necessità di superare l'immagine dell'essere umano come attore autonomo e indipendente quello che ha definito come un *compito politico di primaria importanza*. Riaffermata dunque la rilevanza dell'antropologia della vulnerabilità e dell'interdipendenza che è alla base delle teorie della cura, Tronto ha poi proceduto a mettere strettamente in collegamento cura e politica sulla base della convinzione che la prima si sostanzia sempre in

²³ J. C. TRONTO, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura* (1993), Diabasis, Reggio Emilia 2006, p. 186.

²⁴ L. PALAZZANI, *Cura e giustizia*, Studium, Roma 2017, p. 75. Ma vedi anche F. RIMOLI, *Etica della cura, diritto e giustizia. Una prospettiva plausibile?*, in *Cura dell'Altro*, cit. pp. 243-275.

relazioni attraversate da differenziali di potere e che questa circostanza la rende in qualche modo sempre significativamente politica²⁵.

Per avvicinarsi a ciò che Tronto intende più nel dettaglio sottolineare quando accosta strettamente cura e politica può essere utile partire dalla presa di posizione polemica da lei assunta nei confronti delle teorie del famoso politologo statunitense Harold Lasswell, la cui definizione della politica come di qualcosa che ha a tutto tondo a che fare con la distribuzione di ricchezza e di potere, è qualcosa che la studiosa americana fortemente contesta. Nella riformulazione elaborata da Tronto del concetto, la politica viene detta infatti rispondere a un interrogativo assai differente da quello suggerito da Lasswell con la pubblicazione di *Politics: who gets what, when and how* nel 1936. Non la risposta alla domanda che chiede “chi ottiene cosa quando e come” ne costituisce l’orizzonte di riflessione, insiste la studiosa statunitense, ma piuttosto la formulazione di un quesito che è articolato attorno all’esame di un problema differente, cioè quello che tratta la questione di “chi è che è responsabile della cura di cosa, quando, dove e come”²⁶.

Discende in modo alquanto diretto da questa impostazione l’esigenza di una ricollocazione della cura verso il centro del discorso politico e dell’azione collettiva. Non solo essa deve dunque potere essere spostata dai margini dello sguardo in cui è stata collocata nella convinzione che riguardasse la sfera del privato piuttosto che l’ambito della sfera pubblica e politica, ma deve poter venire ridirezionata in modo tale da poter rispondere a due esigenze complementari: la prima è quella che trova articolazione all’interno di un discorso sulla natura della cura, sulla sua allocazione e sull’espletamento delle politiche necessarie al raggiungimento degli obiettivi individuati attraverso forme inclusive e paritarie di deliberazione pubblica; la seconda è invece quella che riguarda l’indispensabilità di una riaffermazione simbolica e culturale dei valori della cura necessari a una vita politica all’altezza delle ambizioni del pensiero democratico e delle sfide della contemporaneità: in particolare, nell’ottica di Tronto, quelli della responsabilità, dell’attenzione, dell’ascolto e della fiducia. La responsabilità, del resto, è ciò che è detta caratterizzare peculiarmente la democrazia anche in riflessioni che non sono rubricabili all’interno delle teorie che si stanno qui esaminando, come avviene ad esempio nell’ambito delle riflessioni sviluppate da Dahl in *Poliarchia*, in cui la caratteristica chiave di una democrazia viene individuata nella rispondenza [*responsiveness*], continuativa nel tempo, dell’azione delle

²⁵ J. C. TRONTO, *Who Cares? Come ripensare una politica democratica* (2015), Castelvechi, Roma 2023, p. 9. Ma cfr. anche *Caring Democracy. Markets, Equality and Justice*, New York University Press 2013, p. 33.

²⁶ J. C. TRONTO, *Caring Democracy*, cit., p. 46.

istituzioni pubbliche alle preferenze dei suoi cittadini, considerati come politicamente uguali.

Il primo passo da fare per muoversi nella direzione proposta dalla studiosa americana e comprendere adeguatamente i contenuti del suo discorso sulla democrazia è quello di soffermarsi sul concetto di cura, così frequentemente fin qui richiamato senza che se ne sia finora data una qualche, pur sommaria, definizione. Rinunciando a farne la storia, a partire dalla percezione che di essa hanno avuto la civiltà greca o quella romana prima e l'età moderna poi, ci si limiterà qui a qualche cenno al contemporaneo puntando alla comprensione che, di essa, ha suggerito Joan Tronto nei suoi numerosi scritti sul tema. Non la cura di sé è qui in primo luogo convocata, come avviene invece in alcuni scritti di Michel Foucault anch'essi elaborati sul finire del secolo scorso²⁷, ma la cura dell'altro: a partire dalle tesi sviluppate da Gilligan e da Ruddick, e dopo avere a sua volta enfatizzato tanto la componente relazionale della cura quanto il suo ancoramento in specifiche pratiche ed esperienze, Tronto ha proposto una definizione assai ampia di essa come di "una specie di attività che include tutto ciò che facciamo per mantenere, continuare e riparare il nostro "mondo" in modo da poterci vivere nel modo migliore possibile". Un mondo, come poi ha subito aggiunto, che "include i nostri corpi, noi stessi e il nostro ambiente, tutto ciò che cerchiamo di intrecciare in una rete complessa a sostegno della vita"²⁸.

Rientra in questo quadro la maggior parte dell'attività umana, anche se, come Tronto alquanto sorprendentemente ha specificato, non ne farebbero parte il gioco, la creazione di un'opera d'arte, la produzione di beni, la ricerca del piacere o attività che hanno finalità di distruzione²⁹. Anche queste occupazioni, come Tronto è stata comunque in sostanza disposta ad ammettere, possono tuttavia configurarsi, almeno in parte, come attività di cura o possono avere in qualche caso proprio la cura come loro finalità. A definire la cura non è dunque in definitiva soltanto il tipo di attività che viene svolta ma, potremmo dire prendendo a prestito la definizione di una studiosa italiana, la "logica della relazione e la pratica del valore concreto" che anima il fare ad essa legato³⁰. Se è difficile dunque dire con precisione cosa è cura e cosa non lo è, non necessariamente bisogna considerare

²⁷ Si veda, in particolare, il terzo volume di M. FOUCAULT, *Storia della sessualità*, intitolato *La cura di sé* (1984), Feltrinelli, Milano, 1985.

²⁸ J.C. TRONTO, *Confini morali*, cit., p. 118.

²⁹ Ivi, p. 119.

³⁰ L. CENTEMERI, *La cura come logica di relazione e pratica del valore concreto. Una prospettiva politica ontologica*, in *Ecologie della cura. Prospettive transfemministe*, a cura di M. Fragnito e M. Tola, Orthotes, Napoli-Salerno 2021, pp. 75-87.

questa difficoltà nella definizione del concetto come un limite o una pecca nel ragionamento: e questo non soltanto perché appare essere a rigore egualmente difficile definire cosa si intenda per politica o per democrazia, ma perché fa parte intrinseca del collegamento stabilito da Tronto tra cura e politica la presa d'atto che ciò che con la prima si debba arrivare a intendere, è qualcosa che non è dato definire una volta per sempre, ma è collegato, oltre che alle tradizioni di pensiero e ai contesti, al modo in cui si svolge e cade la decisione politica attorno a ciò che è da comprendersi come cura e ciò che invece non è da considerarsi tale. Non si decide dall'alto cosa è cura e cosa non lo è, né è in modo gerarchico che si deve procedere a individuare chi deve farsene carico e chi invece potrà essere esentato da tale incombenza grazie all'effetto "lasciapassare"³¹ prodotto da determinati contesti ideologici e culturali: nella visione di Tronto infatti il punto è proprio quello di affermare che la decisione non può che derivare dall'esito di una discussione democratica aperta a tutti i cittadini coinvolti e sempre soggetta alla possibilità di revisione.

Vengo così, alla fine, al tema del rapporto tra cura e democrazia.

5. *Cura e democrazia*

Quello tra cura e democrazia è un legame che, per come formulato da Tronto, non implica l'idea che la sfera della politica debba assomigliare alla sfera della domesticità e del privato o che debba immediatamente ispirarsi alle pratiche della cura così come le abbiamo storicamente conosciute. Esso è invece pensato come un nesso caratterizzato da una duplice valenza: per un verso esso sottolinea il rapporto tra una politica democratica e il rispetto di un principio di equità nella distribuzione del lavoro di cura da allocare ai singoli individui o alle istituzioni sociali a ciò preposte; per l'altro invece esso evidenzia la necessità che i cittadini procedano a una presa in carico della democrazia, delle sue istituzioni e dei suoi riferimenti valoriali.

La duplice valenza cui ho fatto riferimento è dunque quella relativa a una teorizzazione che tiene insieme due temi, quello di una democrazia della cura e quello di una cura della democrazia. Non si tratta pertanto soltanto di democratizzare la cura allargando la platea di coloro che sono chiamati a definirne i contenuti o redistribuirsi il carico, ma di tornare

³¹ Per un'analisi del concetto di "lasciapassare" nell'elaborazione di Tronto si rinvia a EAD., *Caring democracy*, cit., p. 72 ss.

a ragionare sul senso stesso della democrazia e sull'ethos che le è proprio. La democrazia non deve dunque essere principalmente pensata "come un sistema di istituzioni attraverso il quale scegliamo i nostri rappresentanti"³² per massimizzare la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, ma, piuttosto, come quella forma di governo che "consiste in un set di pratiche relazionali", il cui obiettivo è quello di realizzare un'equa distribuzione delle attività di cura e di garantire che tutti possano partecipare ai processi relativi alla loro definizione secondo principi di equità e giustizia.

Si tratta dunque, in quest'ottica, di combinare insieme le idee di eguaglianza e di differenza in un contesto istituzionale che non venga a essere costruito sul non veritiero presupposto di una eguaglianza che di fatto non esiste, ma che possa invece essere orientato attorno all'esigenza di rispondere a criteri di equità e di giustizia nel farsi carico delle infinite diversità che attraversano necessariamente le molteplici singolarità che compongono la cittadinanza. Si tocca qui dunque il nodo concettuale dell'eguaglianza, sul quale temo di non avere il tempo di avventurarmi, se non per far notare che esso viene affrontato da una prospettiva critica nei confronti della concettualizzazione di tipo liberale: mentre infatti la cura ha in mente le relazioni, di tipo asimmetrico, che si vengono a creare tra soggetti interdipendenti e diversamente bisognosi di cura (e perciò differentemente dotati di potere), il pensiero liberal-democratico assume come punto di partenza del suo approccio l'idea di una eguale partecipazione dei cittadini al potere politico³³ che, come dal punto di vista delle teorie della cura si contesta, non può essere presupposta e, di fatto, non c'è.

Tronto mette dunque in discussione la plausibilità del presupposto dell'eguaglianza in assenza di un adeguato intervento sui bisogni e si chiede come possano, in effetti, essere uguali (anche solo *politicamente* uguali) soggettività assai differentemente bisognose. La studiosa americana si pone di conseguenza su un percorso concettuale di tipo differente da quello del liberalismo classico, soffermandosi su un quesito che potrebbe così essere formulato: come fare per avvicinarci all'ideale di una società democratica senza dare per scontata un'eguaglianza di base che non c'è, ma senza al contempo esimersi dal riconoscere che, pur nella differenza dei

³² J. C. TRONTO, *Who Cares?*, cit., p. 34.

³³ Cfr. N. BOBBIO, per il quale la democrazia presuppone come condizione minimale che i cittadini prendano direttamente o indirettamente parte a decisioni prese, a maggioranza, a seguito di una libera discussione (N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1999, p. 381, nonché ID., *Il Futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984). Sottolinea il punto J. C. TRONTO, *Who Cares?*, cit., p. 29; ma si veda anche Ead. *Caring Democracy*, cit., p. 29.

bisogni concretamente esperiti, è la condivisa esposizione alla vulnerabilità e al bisogno che ha carattere di eguaglianza? Se, insomma, “this quality of being needy is shared equally by all humans”³⁴, come bisognerebbe allora procedere per combinare la consapevolezza di un’eguaglianza nella condizione di bisognosità che non si traduce in un’eguaglianza dei bisogni con l’intento di formulare le condizioni di un approccio alla democrazia che sia più attento al reale e più sensibile al tema delle differenze³⁵?

“Democrazia è assegnazione delle responsabilità di cura”³⁶, scrive in conclusione riassuntivamente Tronto al fine di orientarsi su una prospettiva che tenga insieme eguaglianza e differenza e nel cui ambito si possa procedere a sottolineare con la maggior chiarezza possibile il nesso esistente tra cura e democrazia. Proprio dall’aver trascurato il nesso con la cura nascerebbe, a suo avviso, la disaffezione dei cittadini nei confronti dei governi democratici esistenti, che vengono a essere oggi percepiti come espressione di una politica che non si occupa di ciò che essi davvero fanno per la maggior parte del tempo a loro disposizione e, di conseguenza, di ciò che ad essi sta effettivamente a cuore³⁷. Prendendo spunto dalla disaffezione che sembra attualmente caratterizzare l’atteggiamento della cittadinanza nelle democrazie della contemporaneità, Tronto rileva un nesso tra il “*democratic deficit*” delle nostre democrazie, cioè quell’incapacità delle istituzioni di rappresentare le idee e i valori dei cittadini, e il *care deficit* delle nostre società, cioè quell’incapacità di comprendere e rispondere ai bisogni di cura della popolazione. Si tratterebbe, spiega Tronto in un capitoletto di *Caring Democracy* significativamente intitolato *A Tale of Two Deficits*, di due facce di una stessa medaglia. La conseguenza che ne trae la studiosa americana è che, senza affrontare il tema della cura, ad essa conferendo una dimensione pubblica e politica, non esiste possibilità alcuna di salvaguardare l’esistenza di società autenticamente democratiche³⁸.

³⁴ J. C. TRONTO, *Caring Democracy*, cit., p. 29.

³⁵ Un’indicazione in tal senso è quella che viene dal modo in cui è formulato l’art. 3, della Costituzione della repubblica italiana: esso fa seguire al principio dell’eguaglianza formale dei cittadini sancito al comma 1 (“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”), il principio dell’eguaglianza sostanziale che ascrive alla Repubblica il compito di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

³⁶ J. C. TRONTO, *Who Cares?*, cit., p. 31, ma si veda anche Ead., *Caring Democracy*, cit., p. 30.

³⁷ J. C. TRONTO, *Who Cares?*, cit., p. 61.

³⁸ J. C. TRONTO, *Caring Democracy*, cit., pp. 17-18.

Una democrazia non espunge dunque fuori dal quadro politico le questioni legate alla cura, facendone un problema che riguarda solo alcuni (o, più probabilmente, *alcune*), ma affronta tale tema facendone un problema comune, pubblico, di tutte e di tutti: se ciò non fosse, ci sarebbe la possibilità, per alcuni, di sottrarsi all'esercizio delle attività di cura addossandola sulle spalle di chi è escluso dalla discussione, con ciò avvantaggiandosi di una posizione di privilegio e contraddicendo i principi di equità e giustizia. Ingiusta sarebbe pertanto una procedura di allocazione della cura che, in assenza di un contraddittorio adeguatamente costruito, potrebbe consentire a coloro che riescono a riversare su soggetti più deboli il carico di tale lavoro, di liberarsi da un duplice peso: il peso delle incombenze che possono esimersi dall'assolvere avendole così indebitamente trasferite su altre soggettività (ad esempio, storicamente, le donne, gli schiavi o altri individui in vario modo inferiorizzati); e il peso di un sapere della cura cui non sempre si desidera accedere. Questa "ignoranza dei privilegiati"³⁹, afferma Tronto, è potere: bisognerebbe infatti acquisire consapevolezza del fatto che non solo non è sempre vero che "sapere è potere", ma che può al contrario tradursi in un potere proprio l'avere la possibilità di ignorare ciò di cui si vuole restare all'oscuro o di non essere tenuti ad acquisire familiarità con realtà cui si preferisce rimanere estranei.

Se dunque la condizione preliminare irrinunciabile di una *Caring Democracy* è una riflessione collettiva sull'allocazione dei compiti di cura in cui tutti possano acquisire una voce in grado di farsi ascoltare sulla scena pubblica e politica, quali sarebbero poi più nel dettaglio gli strumenti che vengono da Tronto individuati come funzionali alla realizzazione di una democrazia degna di tale nome? Una democrazia, dunque, che non si definisca tale soprattutto in funzione delle modalità con cui ai cittadini viene data una voce nella scelta dei loro rappresentanti, ma che dimostri, nel tempo, di poter dare vita a governi che, con le loro decisioni concrete, si rivelino capaci di andare incontro alle preferenze dai primi espresse, in forme pubbliche e continuative entro il limite del rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali.

³⁹ Cfr. J. C. TRONTO, *Caring Democracy*, cit., p. 103 ss. Sui concetti di irresponsabilità privilegiata e di ignoranza epistemica rappresentati da J. C. Tronto in *Caring Democracy*, si vedano le interessanti riflessioni sviluppate da B. CASALINI, *Politicizzare la cura. Per andare oltre l'irresponsabilità dei privilegiati*, in "Vortex", rinvenibile online al seguente url: <https://flore.unifi.it/retrieve/e398c380-03b6-179a-e053-3705fe0a4cff/politicizzare%20la%20cura.pdf>; Sul privilegio della irresponsabilità si veda J. MEDINA, *The Epistemology of Resistance. Gender and Racial oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations*, Oxford University Press, 2012.

È in funzione di un ragionamento intorno all'obiettivo di una ridefinizione della democrazia in termini di *responsiveness*⁴⁰ che le quattro fasi della cura teorizzate da Tronto già negli anni '90 arrivano nelle sue riflessioni più recenti ad arricchirsi con l'introduzione di un quinto momento, che è pensato per integrare quelli precedentemente individuati. Alle fasi del *caring about* (dell'interessarsi a) - che consiste nell'accorgersi dell'esistenza di un bisogno e nella valutazione che esso dovrebbe essere soddisfatto -, del *caring for* (del prendersi cura di) - che comporta l'assunzione di qualche responsabilità rispetto al bisogno identificato e la determinazione a rispondervi -, del *caregiving* (del prestare cura) - che comporta l'effettivo e diretto soddisfacimento del bisogno e, infine, del *care-receiving* (del ricevere cura) - che consiste nella valutazione di come la cura ricevuta viene recepita, si aggiunge dunque, a partire dalla pubblicazione di *Caring Democracy* nel 2013, quella del *caring-with* (cioè di quella che potremmo definire come con-cura)⁴¹.

Nel cercare di rispondere alla domanda se esista un modo democratico di prendersi cura, la conclusione di Tronto sta dunque alla fine, e in nettissimo contrasto con la tradizione di separazione tra pubblico e privato che caratterizza il pensiero occidentale (che assegna al primo la politica e al secondo la cura), nella teorizzazione di un *caring-with*, cioè di un'attività di cura condivisa, le cui pratiche siano conformi alle esigenze democratiche di pluralismo, comunicazione, fiducia e rispetto reciproci, solidarietà⁴².

6. Alcune osservazioni conclusive

Alla domanda "*How do we do it?*" - come effettuare il passaggio da una società dominata dall'imperativo della crescita economica a una società capace di cura? - Tronto dedica le pagine conclusive del suo libro sulla democrazia osservando che, per fare ciò, è indispensabile re-immaginare la vita democratica, riqualificandola come un insieme di pratiche e di istituzioni in cui tutti i cittadini vengano a essere coinvolti⁴³.

⁴⁰ Un utile riferimento può essere, in questa prospettiva, la riflessione sviluppata da R. DAHL in *Poliarchia* e recentemente rivisitata da L. DE SIO, *Democrazia addio*, Laterza, Bari-Roma, 2026.

⁴¹ J. C. TRONTO, *Who Cares?*, cit., p. 30, ma si veda anche EAD., *Caring Democracy*, cit., pp. 22-23.

⁴² Cfr. J. C. TRONTO, *Caring Democracy*, cit., pp. 54-55.

⁴³ Ivi, p. 169 ss.

Sebbene Tronto non entri nel dettaglio dell'organizzazione di una società democratica basata sulla con-cura, limitandosi a stringati riferimenti intorno all'utilità dell'introduzione di una qualche forma di reddito di base garantito o alla possibilità di istituire una qualche sorta di servizio civile di cura, suscita apprensione e perplessità il modo in cui il concetto viene declinato in assenza di una teorizzazione della misura che dovrebbe essere chiamata a definirne l'ambito e dei limiti dunque che questa pratica democraticamente condivisa dovrebbe incontrare al fine di non trascurare questa volta il polo della libertà piuttosto che, come avvenuto invece nel passato, quello della bisognosità e della interdipendenza. È vero, certo, che l'intento dichiarato di Tronto è quello di contrastare il pensiero neoliberale e di contrapporsi tanto all'individualismo atomistico quanto alla sostituzione del Welfare con quella che lei definisce come una Wealth-Care: una ricerca ossessiva e monotematica di ricchezze che assorbe tutte le energie e le cure di una cittadinanza assediata dai mantra della società neoliberale. Nondimeno il ragionamento resta così sbilanciato su un versante che non riesce a dare efficacia al ragionamento di quei teorici (in stragrande maggioranza *teoriche*) della cura che non hanno inteso abbandonare il progetto di emancipazione della modernità, ma ne hanno modificato contorni e contenuti, rinvenendo nell'autonomia non una prerogativa acquisita per nascita dagli esseri umani (quanto meno da quelli di sesso maschile, secondo quanto tramandato da una più che millenaria tradizione), ma la possibile risultanza di un processo di cura adeguatamente costruito e andato a buon fine. Non un'autonomia intesa come autosufficienza, dunque, ma l'acquisizione di una capacità che, lungi dall'essere innata, viene a essere concepita come il risultato di un rapporto di (inter)dipendenza con altri esseri viventi (umani e non) che riesce a esprimersi nell'assunzione di responsabilità concrete e sviluppa un adeguato riconoscimento della relazione necessariamente esistente tra obbligazioni e diritti.

L'elemento di realismo che caratterizza queste teorie, consapevoli degli elementi di ingiustizia, sfruttamento e violenza che possono trovarsi racchiusi nelle pratiche di cura, non arriva dunque a mio avviso a sviluppare una preoccupazione (che io mi sento invece di avere) nei confronti del tema della libertà e della preservazione di ambiti di non interferenza da parte del potere pubblico o sociale. C'è nelle teorie della cura un elemento di illiberalismo sul quale già studiosi come Susan Moller Okin e Martha Nussbaum avevano richiamato l'attenzione⁴⁴, ma anche – e

⁴⁴ Sulla necessità di mettere in dialogo pensiero liberale e teorie della cura cfr. M. NUSSBAUM, *Il liberalismo e i limiti della giustizia* (2006), il Mulino, Bologna 2007 e S. MOLLER OKIN, *Le donne e la giustizia: la famiglia come problema politico* (1989), Dedalo, Bari 1999.

più specificamente - una disattenzione alla necessità di produrre, assieme a quella della cura, anche una cultura del limite, della misura, della giusta distanza.

Auspicio dunque, in chiusura di queste brevi riflessioni in tema di cura e democrazia, una ancora lunga e feconda attività di approfondimento e valutazione di questa ancor giovane tradizione di pensiero, augurandomi, in particolare, che le prossime generazioni di teorici della cura possano prendere in seria considerazione alcuni impellenti *desiderata* di cui non posso qui far altro che elencare una sorta di lista approssimativa: il primo di essi ha a che fare con la necessità di una postura che, nell'indignazione che anima la polemica contro il neoliberalismo contemporaneo, non dimentichi di confrontarsi seriamente con alcune delle preoccupazioni del pensiero liberale classico: l'autonomia, l'indipendenza, l'autodeterminazione sono valori che non possono essere, senza danno, fatti uscire completamente dall'angolo visuale di una qualsiasi teoria politica, quali che ne siano i bersagli critici e gli obiettivi prioritariamente perseguiti; il secondo riguarda l'esigenza di non obliterare le differenze esistenti tra le diverse tradizioni che animano un Occidente tutt'altro che monolitico e compatto (cosa che avviene a mio avviso troppo poco allo stato attuale a causa dell'effetto di traino che in questo campo viene prodotto dalle studiose americane); il terzo, che giudico molto rilevante, può essere articolato come un invito a non concentrarsi troppo esclusivamente sull'esistente, come nella triade "continuare, mantenere, riparare" contenuta all'interno della definizione di cura di Tronto e a mostrarsi invece capaci di aprirsi efficacemente a una modalità di pensiero che aspiri all'ulteriore obiettivo di "guidare" il cambiamento. E ancora, come ultimo dei *desiderata* da inserire nell'elenco appena descritto, desidero sottolineare la a mio avviso insopprimibile necessità di evitare di limitarsi a orientare il ragionamento verso certe soggettività piuttosto che altre - cioè, come in genere avviene, verso gli ultimi, i più deboli o gli emarginati -: ciò non al fine di dimenticare l'estrema bisognosità che le caratterizza, ovviamente; ma al fine di non perdere di vista che, nella società contemporanea, siamo tutti più che mai in passato esposti al rischio di esperienze di *disempowerment* e di de-politicizzazione e che veniamo oggi quasi *tutti* a essere infragiliti dal dilagare degli attuali processi di precarizzazione, proletarizzazione e invisibilizzazione.

Se le teorie della cura esprimono una "voce differente", cioè una voce relazionale che resiste al binarismo e alle gerarchie patriarcali, sarà allora forse finalmente necessario resistere alla tentazione di abbracciare ancora una volta opposizioni concettuali che, facendo eccessivo affidamento sulla

dicotomia tra dominanti e dominati, finiscano con l'oscurare la realtà delle innumerevoli posizioni intermedie e con il precludere l'accesso a una più articolata rappresentazione dei modi diffusi di circolazione – o di deprivazione- del potere.

Francesco Bilancia

*L'etica della cura come approccio analitico
negli studi sulla democrazia*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'etica della cura quale prisma di analisi – 3. La prospettiva dell'*interdipendenza* – 4. La “società europea” e la sua prematura crisi – 5. L'Amministrazione americana *contro* l'etica della cura – 6. Qualche riflessione conclusiva.

1. *Premessa*

L'avvio delle riflessioni sull'etica della cura come paradigma per lo studio della qualità della democrazia in seno al gruppo di studiosi e studiose fondatori del Progetto Polis è stato l'esito di un confronto culturale molto stimolante, che ha preso avvio dalle sollecitazioni promosse da Maria Pia Paternò ormai già dieci anni or sono. Da quelle riflessioni sono emerse diverse pubblicazioni¹, che potremmo assumere convenzionalmente come base di partenza per le più brevi considerazioni raccolte ora in questo volume. In primo luogo per rappresentare come il filone culturale originatosi dal pensiero filosofico nordamericano, prevalentemente statunitense, ascrivibile ai temi connessi con l'etica della cura² sia foriero di analisi e

¹ Si v., almeno, M. P. PATERNÒ (a cura di), *Cura dell'Altro. Interdipendenza e disegualianza nelle democrazie contemporanee*, Collana Progetto Polis, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; M. P. PATERNÒ, *Uno sguardo dal futuro. Edward Bellamy e la cura della società solidale*, Editoriale Scientifica Napoli 2020; M. P. PATERNÒ, C. FARACO (a cura di), *Cura e cittadinanza. Storia, filosofia, diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021; C. FARACO, M. P. PATERNÒ (a cura di), *Cura e politica*, Editoriale Scientifica Napoli 2022.

² Richiamo alcuni lavori più significativi, ad esempio M. P. PATERNÒ, *Dall'eguaglianza alla differenza. Diritti dell'uomo e cittadinanza femminile nel pensiero politico moderno*, Giuffrè, Milano 2006; ID., *Cittadinanza democratica ed etica della cura*, in D. CARONITI (a cura di), *La cittadinanza nel pensiero politico americano*, Supplemento a *Storia e Politica*, VI, 2014, DEMS, Palermo, 2014, pp. 104 ss.; J. NEDELSKY, *Law's Relations. A relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, OUP, Oxford 2011; J.C. TRONTO, *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, NY University Press, NY-London 2013; E. PULCINI, *Care of the World. Fear, Responsibility and Justice in the Global Age* (2009), trad. a cura di K. WHITTLE, Springer, Dordrecht 2013. Ma già B. FISHER, J.C. TRONTO, *Toward*

riflessioni declinabili in percorsi diversi, per quanto collegati, e affrontati in prospettive teoriche e metodologiche molto differenti tra loro. Ora, appunto, in questa nuova riflessione la cd. "etica della cura" viene assunta quale paradigma analitico con l'obiettivo specifico di offrire un particolare punto di vista per ragionare intorno alle questioni della tenuta del principio di eguaglianza e della resa della democrazia nei contesti politici e giuridici contemporanei.

Il nostro intento è, dunque, di procedere attraverso un percorso di contestualizzazione del pensiero filosofico sui temi della cura, così evitando di tornare in termini celebrativi sugli argomenti trattati nella letteratura e dalle autrici che a questo tema si sono dedicate in passato, per assumere invece la *cura* e l'etica da tale approccio ispirata quale paradigma analitico. L'impressione che, in sostanza, si cercherà di condividere è infatti che questo metodo di riflessione critica consenta il disvelamento di fenomeni che altrimenti non si renderebbero visibili, o lo divengano con maggiore difficoltà. Elementi propri del contesto culturale in cui maturano le riflessioni più attente sui temi dei diritti e della democrazia che, in assenza di queste prospettive di metodo, si comprende meno come possano collocarsi nella società e nel sistema politico. Considerazioni, quelle che mi accingo a proporre, che oltre la teoria filosofico-politica e il progetto di trasformazione culturale sottesi agli approcci dell'etica della cura, possono aprire prospettive di riflessione critica più ampie.

2. *L'etica della cura quale prisma di analisi*

Ora, dalla ricca e multiforme letteratura sul tema, devo riconoscere che per questa ipotesi analitica sono fortemente debitore nei confronti degli studi di Joan Tronto, in particolare nel citato volume del 2013 *Caring democracy*. Come già più volte segnalato, da questo saggio emerge nella maniera più netta la proiezione del paradigma dell'etica della cura, originariamente pensato quale strumento di denuncia e di superamento delle profonde diseguaglianze di genere nell'ambito privato, domestico, della vita familiare o di piccole comunità fin nell'arena pubblica generale, nella società prima e nella comunità politica, poi. Dal contesto familiare,

a Feminist Theory of Caring, in E. K. ABEL, M. NELSON (eds.), *Circles of Care*, SUNY Press Albany 1990; J.C. TRONTO, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, Routledge, New York 1993.

luogo dove con maggiore evidenza il lavoro di *cura* era assunto come esclusivo appannaggio delle donne quale lavoro essenziale, ma non retribuito anzi, proprio non riconosciuto, infatti, questo filtro di analisi delle ingiustizie veniva finalmente esportato per individuare le analoghe divaricazioni del principio di eguaglianza nella società generale. Dalla sfera intima, pertanto, da mero paradigma di denuncia delle disegualianze lungo l'asse maschile-femminile nell'ambito del ruolo di *care giver*, Tronto ha così utilizzato questa teoria della giustizia nel contesto della società politica, quale paradigma di misurazione della effettività dei principi della democrazia. Dalla mera sterilizzazione delle disegualianze di genere, quindi, al bisogno di *caring democracy*.

Una democrazia che assuma la persona come essenziale destinataria di un progetto di cura e che, quindi, valorizzi l'attività di cura per gli altri; ma allo stesso tempo l'importanza di assumere la democrazia stessa come bisognosa di cura, di un'effettiva attenzione da parte di tutti e tutte perché le istituzioni e le pratiche democratiche possano sopravvivere e rinforzarsi per via di una ricognizione di debito legittimante. Cura come centralità nel rapporto tra persona e istituzioni democratiche, quindi processi partecipativi e doveri di solidarietà; ma anche, su ciò torneremo più avanti, come strumento di raffreddamento, nel conflitto sociale, del profilo più fortemente individualistico, egoistico, delle rivendicazioni al centro della lotta politica per i diritti. In tal modo abbandonando il conflitto sociale come dilemma insolubile, per costruire un paradigma egualitario in una società che rimanga plurale e pluralista, mantenendo le differenze come dato oggettivo di identità personale. Un salto di paradigma, quindi, che viene proposto tanto con riferimento alla democrazia, quanto in relazione al sistema e alla struttura dei diritti. In merito a questi ultimi, infatti, così ribadendo l'importanza dell'*etica della cura* come prisma di analisi, questo approccio illumina negativamente, disvela cioè come problema la pretesa di brandire i diritti mediante un'ostensione pretensiva individualistica, così oltraggiando la nozione stessa di diritti fondamentali. Pretese egoistiche avanzate non soltanto contro l'interesse e i beni comuni, ma addirittura contro i diritti degli altri. Cadono, così, i mascheramenti che rendono a volte plausibili le lotte contro i diritti delle minoranze quale strumento di protezione dei diritti c.d. tradizionali. È quello che vediamo accadere a opera delle minoranze più forti, dei gruppi dominanti nella critica feroce, per non dire opposizione intransigente, alle ipotesi di riconoscimento di diritti alle persone in transizione di genere, ai migranti, alle comunità religiose e, di norma, a tutte le minoranze. A ben vedere trattandosi

quasi sempre di conculcare le rivendicazioni di diritti da parte di soggetti poveri in base all'assunto apodittico che tali diritti, ove riconosciuti, oscurerebbero i diritti dei soggetti appartenenti ai gruppi dominanti. Una sorta di esclusivismo dei diritti, di matrice separatista, del tipo professato nelle politiche di Donald Trump e dei movimenti eversivi dei principi costituzionali che ne assecondano le decisioni liberticide. Stiamo parlando delle teoriche dei diritti fondamentali intesi come diritti di privilegio, cioè costruite mediante la esclusione e l'isolamento di una parte della società, del corpo politico.

3. *La prospettiva dell' interdipendenza*

Ecco, allora, l'importanza del concetto di *interdipendenza*. Non per considerarlo quale vincolo elettivo, prescrittivo di un pensiero filosofico politico. Non si tratta di declinare una sorta di vocazione propria a voler regolare i rapporti con gli altri e i vincoli sociali fondandoli su un principio di interdipendenza. Questa, infatti, è al contrario una caratteristica oggettiva, starei per dire naturale, dei sistemi sociali contemporanei. Si tratta di quel dato che è ricomposto esemplarmente da Alessandra Pioggia nel suo saggio più recente³ declinandone il significato lungo il prisma della *intersezionalità*. In vista del superamento delle teorie dei diritti fondamentali secondo l'asse bianco, liberale, cristiano, anglosassone o, forse oggi potremmo dire meglio, europeo. Senza voler qui entrare nel merito del confronto tra le diverse stagioni del femminismo, e scusandomi da subito per la necessaria semplificazione, in fondo anche le dottrine del femminismo hanno nel tempo subito questa importante evoluzione, grazie all'avvento di un pensiero più aperto alla comprensione del disagio e delle ingiustizie gravanti sulle donne povere e razzializzate, originariamente fuori dalla prospettiva delle lotte politiche per l'eguaglianza di genere. Il paradigma dell'etica della cura oggi rende visibili in maniera assai più netta questi temi e problemi, qui semplicemente abbozzati.

Lo stesso può dirsi con l'emersione più chiara di altri fattori di *crisi* della democrazia. Una crisi che appare non più spiegabile come uscita *transitoria* da un paradigma salvo un ritorno dopo un più o meno lungo intervallo, ma che sembra assumere più i connotati di una vera e propria caduta, di

³ *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, il Mulino, Bologna 2024, spec. pp. 69 ss.

un tramonto di un'ideologia che dopo una lunga parabola evolutiva durata nel concreto delle istituzioni quasi due secoli sembrerebbe oggi affacciarsi su un vero e proprio tramonto.

Ma lasciando sullo sfondo questa considerazione, insisterei sui fattori ulteriori che in questa prospettiva il nostro paradigma consente di disvelare. Così a esempio può dirsi per il paradigma della sfiducia⁴. Elemento di struttura nella composizione dell'ordine sociale che sovraesponde all'opposto il principio di *responsabilità*. Questo, infatti, è un fattore importantissimo che si rende visibile proprio grazie all'adozione della prospettiva dell'etica della cura, mettendo al centro dell'osservazione l'individuo, perché *si prenda cura*, o che *voglia prendersi cura*, o ancora che capisca che *deve prendersi cura* della democrazia e delle sue istituzioni. Ciò soprattutto al fine di superare quel disastroso elemento di confusione, purtroppo ormai molto radicato nella contemporaneità, dato dalla sovrapposizione tra democrazia e potere della minoranza più forte. Processo semplicistico che riconduce la volontà popolare al solo momento della elezione di un capo⁵. Ecco, allora, con l'approccio dell'etica della cura si rende immediatamente evidente di quanto sia fallace questa impostazione teorica. Perché si tratta di una visione politica che oscura proprio quel carattere di interdipendenza che ciascuno, tutti, hanno come denotato essenziale nella dimensione sociale prima e politica poi. Un dato che non è una scelta imposta, né una vocazione culturale, ma un elemento essenziale della attitudine democratica⁶. La cura della democrazia implica, quindi, la consapevolezza di ciascuno che ogni decisione, come ogni progressione nell'avanzamento nel godimento e nella soddisfazione dei diritti fondamentali devono essere pesati anche per le conseguenze che essi possano avere nella sfera dei diritti degli altri. Così come il principio di responsabilità che grava su ciascun cittadino, su ciascuna persona inclusa nei processi democratici, deve indurre a una forte considerazione per gli altri, per le conseguenze che le pretese di soddisfazione dei singoli diritti delle singole persone hanno sull'intera

⁴ Si v., almeno, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2021 (su cui altresì F. RIMOLI, *Investire in fiducia? La funzione del diritto e le basi dell'obbedienza*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 1/2022, pp. 269 ss.); F.M. DI SCIULLO, *La democrazia della sfiducia. La rappresentanza nell'età del paradosso 2001-2020*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022.

⁵ Ne ho ragionato nel mio *Presidenzialismo e appelli al popolo eversivi*, in G. AZZARITI, M. DELLA MORTE (a cura di), *Il Führerprinzip. La scelta del capo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, pp. 65 ss.

⁶ Si veda la bella discussione pubblicata nella rivista *Diritto pubblico*, con il titolo *Crisi della democrazia costituzionale e dello Stato di diritto. In occasione dei trent'anni di "Diritto pubblico"*, fasc. n. 3, 2025.

comunità, intesa come insieme di persone individuali, titolari anch'esse, o aspiranti alla titolarità dei propri diritti. Così, soltanto per fare un paio di esempi, nel sistema dei diritti sociali, quanto pesa la rivendicazione di trattamenti previdenziali di privilegio molto costosi sul sistema generale delle prestazioni sociali dei più bisognosi, vale a dire di tutti gli altri che non godono di regimi previdenziali privilegiati? Oppure, così dando giustizia anche dell'importanza delle *forme* della democrazia, si pensi allo snaturamento del diritto di voto quale paradigma distorsivo dei processi democratici, vale a dire all'esaltazione del principio del governo della minoranza più forte da produrre prima e consolidare poi mediante artifici matematici, come la combinazione tra clausole di sbarramento e premi di maggioranza. Oltre a richiamare l'attenzione posta da Giani Ferrara sul principio dell'eguaglianza del voto c.d. "in uscita", con riferimento alla pari efficacia del voto di ciascuno a prescindere quindi dal collegamento con la divinazione del candidato, lista, partito più forte⁷, l'attenzione va posta sulla disconnessione tra voti espressi e candidati eletti, tra le principali concause del fortissimo astensionismo, dovuto anche all'impossibilità di condizionare gli esiti dell'esercizio del diritto, in quanto questi ultimi siano preconfezionati dalle formule elettorali e dall'impossibilità di scegliere per quale candidato votare.

4. La "società europea" e la sua prematura crisi

Ma volendo allargare un poco la prospettiva di analisi, riferendo di ulteriori ipotesi di riflessione anche se appaiano a prima vista non connesse, penso sia utile richiamare anche le più recenti considerazioni dedicate da Armin von Bogdandy al ruolo della *Società europea*⁸. Come è noto l'autore ha dedicato a questo argomento importanti indagini e riflessioni⁹, direi non sempre seguendo un impianto condivisibile. A

⁷ *Gli atti costituzionali*, Giappichelli, Torino 2000, 27 ss.

⁸ La nozione emerge dal testo dell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, che recita "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri *in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*", corsivo aggiunto.

⁹ Basti il rinvio al lavoro più consistente, *The emergence of European Society through Public Law. A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, OUP, Oxford, 2024. Più di recente, visto

esempio laddove si identifichi la *società europea* come insieme composito di cui farebbero parte non soltanto le persone, i cittadini europei, ma anche le istituzioni nel loro complesso, quelle economiche come quelle politiche, insomma, soggetti certamente non declinabili lungo una linea omogenea di eguaglianza e parità di posizione e ruolo. Però, senza entrare nel merito della composizione e del ruolo di questa *società europea*, le riflessioni di von Bogdandy sono utili per dimostrare proprio l'utilità del paradigma dell'*etica della cura* al fine di capire meglio cosa abbia impedito fino a ora la costruzione di un effettivo discorso democratico nel contesto europeo comune, alimentando al contrario l'afflato populista anti-istituzionale che ha caratterizzato il discorso politico di questi ultimi anni. Con riferimento almeno a quella versione del populismo, concetto come noto poliforme e polisenso, che apre al consenso popolare nei confronti dei regimi autocratici. Il riferimento va, insomma, a quello che Sadurski chiama il populismo dei governi, per contrapporlo al populismo degli elettori¹⁰. Ebbene la *società europea*, concetto comunque normativizzato dall'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, con il suo carattere pluralista che emerge e rimane sempre presente in tutti i processi di integrazione tra elementi non omogenei, anche grazie ai riferimenti finalmente emersi nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, consente di porre al centro della riflessione proprio il dato di fondo del mantenimento di quella necessaria *interdipendenza* di cui si è parlato più sopra. Utile il richiamo a una particolare sentenza della Corte di Lussemburgo, quella che ha condannato l'Ungheria¹¹ in riferimento alla legge del 2021 sulla protezione dei minori e la lotta alla pedofilia che assume a parametro, tra le altre disposizioni sui diritti fondamentali, proprio l'art. 2 del TUE. Il ricorso della Commissione con il sostegno di numerosi Stati membri, lamentava la violazione dei valori democratici, dei principi costituzionali comuni agli Stati membri, del principio dello stato di diritto e dei diritti fondamentali anch'essi intesi quali comuni in una società pluralista. Il teorema della legge ungherese viene così ricostruito dalla Corte di Giustizia, per il "fatto che detta legge procede (...) a un'associazione tra il fatto di non essere cisgender o di non essere eterosessuale e la delinquenza pedofila, suggerendo che le persone non cisgender o non eterosessuali costituiscono una minaccia fondamentale per la società ungherese e la

il richiamo espresso dalla Corte costituzionale italiana a tale nozione, nella sentenza n. 63 del 2026, v. Id., *Perché è importante che la Corte costituzionale italiana parli di società europea*, in *Unione europea e diritti*, fasc. 2, 2026.

¹⁰ *La minaccia populista alla democrazia*, il Mulino, Bologna 2025, p. 244.

¹¹ In causa C-769/22, Commissione vs. Ungheria, 21 aprile 2026.

società europea, dovendosi considerare che tale associazione può dar luogo allo sviluppo di comportamenti improntati all'odio nei confronti di tali persone"¹². Un paradigma normativo che con tutta evidenza si esprime contro l'ipotesi che i diritti fondamentali possano essere i diritti di tutti, oscurando il ruolo e il valore della oggettiva *interdipendenza* tra i diritti e la matrice propria di valori comuni di questi diritti.

Riprendendo ora, per un momento, quanto osservato più sopra, vorrei tornare per un istante sulla considerazione per la quale il paradigma dell'etica della cura può essere utile anche a capire cosa non abbia funzionato nel processo di integrazione europea come processo democratico. L'occasione mi viene proprio dal pensiero di von Bogdandy, questa volta assunto in termini critici. La premessa è data dalla considerazione che il processo di integrazione europea, in atto ormai da molti decenni, ha superato la fase di costruzione di un grande quantitativo di elementi giuridici comuni, di elaborazione di un quadro giuridico comune sul piano cioè meramente quantitativo, per passare più di recente a un salto di paradigma verso un'europeizzazione del diritto qualitativamente trasfigurata sul piano dell'integrazione dei valori costituzionali. Probabilmente questa considerazione risponde al vero, sul piano dei dati oggettivi, ma oscura il fenomeno delle profonde divisioni, delle gravi separazioni tra parti e parti dei cittadini all'interno dei singoli Stati-membri, tra coloro che si sono cioè avvantaggiati da tale integrazione e coloro che, al contrario, non ne abbiano tratto consapevoli benefici diretti, che non ne vedano i vantaggi concreti. Mi riferisco a quella divisione per gruppi nota agli studiosi sociali e che essi definiscono con l'espressione evocativa di "*left behind*". Nel corso di una recente conferenza presso l'Università LUISS-Guido Carli di Roma l'autore ha richiamato, così, un episodio di cui è stato protagonista e testimone in un viaggio di poco precedente. In un aeroporto, e proprio al fine di testare la sostenibilità del proprio paradigma teorico, ha così chiesto a un impiegato della società dei servizi aeroportuali se si sentisse o meno membro della "società europea". La risposta che ne ha ricevuto è stata davvero significativa: "mi dispiace, no, io non prendo l'aereo". Una risposta che restituisce con evidenza la contro ipotesi secondo la quale questo processo di "europeizzazione" abbia comunque diviso molto parti e parti della società civile. Così generando i forti sintomi di identitarismo nazionale e nazionalista, e una forte difesa di interessi antagonisti del processo di unificazione, di matrice egoistica e oppositiva, divisiva, generando la caduta della consapevolezza dell'interdipendenza in seno alla comunità politica,

¹² Pto. 554 della *Motivazione*.

fenomeno di caduta che riusciamo a qualificare, comprendere e discutere proprio perché illuminati dalle categorie emergenti dall'etica della cura.

5. *L'Amministrazione americana contro l'etica della cura*

Nel libro di recente pubblicato in italiano, esito della rielaborazione delle “Alberico Gentili Lectures” tenute nel 2022 presso l'Università di Macerata, Wojciech Sadurski¹³ assume tra le altre l'interessante prospettiva analitica di considerare tutti gli errori più importanti commessi dagli *antipopulisti* nel criticare i regimi a rischio di deriva autoritaria in Europa. Tra questi, appunto, l'aver troppo superficialmente trascurato proprio questo sentimento di abbandono, di esclusione di fette importanti della società politica, composte da una significativa quota di popolazione insoddisfatta nella tutela dei propri diritti, messa ai margini nelle proprie rivendicazioni di prestazioni al servizio dei propri bisogni, potremmo dire forse trascurate da un processo di integrazione fortemente orientato a privilegiare le istanze della parte più integrata e internazionalizzata delle società nazionali¹⁴. Pur nella consapevolezza che si tratti di un aspetto soltanto del fenomeno, certamente dobbiamo riconoscere che questa prospettiva di riflessione possa dare un importante contributo allo studio delle ragioni e delle cause della crisi di legittimazione del sistema istituzionale dell'Unione europea e delle stesse democrazie occidentali. Qui emerge con chiarezza l'utilità del paradigma dell'*interdipendenza* quale strumento di analisi, lente che aiuta a disvelare le radici profonde di questa crisi.

Utile richiamare, ancora, gli studi di Agnes Heller, che attraverso una forte riflessione sui bisogni individuali ha consolidato l'efficacia dell'analisi della concreta situazione personale di ciascuno e di ciascuna per comprendere il radicamento essenziale nell'esperienza di vita individuale delle pretese la cui rivendicazione costituisce il cuore dei diritti fondamentali¹⁵. Anche in tale prospettiva risulta, infatti, centrale l'importanza della reciprocità,

¹³ *La minaccia populista alla democrazia*, il Mulino, Bologna 2025, spec. pp. 227 ss., con *Introduzione* di B. Barbisan.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 39 ss., pp. 53 ss., pp. 167 ss. e pp. 242 ss.

¹⁵ *La teoria dei bisogni in Marx*, tr.it., Mimesis, Milano 2021. V. da ultimo G. COSTANZO, Ágnes Heller e la rivoluzione ungherese del 1956: emancipazione umana, etica della reciprocità e bisogni radicali, in A. CANNIZZO, F.M. DI SCIULLO, M.T. PACILÈ (a cura di), *Libertà minacciata. La democrazia occidentale tra consolidamento e nuove sfide*, Editoriale Scientifica, Napoli 2025, pp. 115 ss.

dell'interdipendenza, per riflettere sull'elemento personale nella costruzione di un'idea di democrazia così conformata. Ancora una volta dimostrando l'utilità concreta delle riflessioni sull'etica della cura per capire più a fondo la realtà attuale dell'indebolimento del paradigma democratico in Occidente.

E proprio in questo ambito problematico mi sembra utile richiamare alcune espressioni di Joan Tronto, nel corso di una recente conferenza tenuta a Roma¹⁶ presso l'Università "La Sapienza", mettendole a confronto con alcuni tra i primi *Executive Orders* di Donald Trump all'inizio del suo secondo mandato. Confronto che rende chiarissimi gli orientamenti lungo l'asse delle criticità nelle democrazie contemporanee, dimostrando l'importante esito delle analisi secondo il paradigma dell'etica della cura per la comprensione di questi fenomeni. In primo luogo Tronto riflette sul concetto di democrazia, per chiarire come questo non debba essere confuso con la nozione di "potere democratico". Quest'ultimo essendo, aggiungo io, il potere di quei governi che, facendosi forza di un voto popolare sovra-rappresentativo in quanto gonfiato negli esiti da sistemi elettorali maggioritari, si professino espressione diretta di (tutta la) volontà popolare. Quindi titolari del potere di rappresentare l'intera comunità politica e, in questa veste, di elaborare tutte le ponderazioni di interessi e di risorse che l'esercizio dell'attività politica comporti. Osserva Joan Tronto che la democrazia, il potere democratico, ha così violato il suo impegno a garantire un'eguaglianza inclusiva e soprattutto ad esercitare solidarietà verso i cd. *left behind*, generando un problema che è ora concausa della crisi della democrazia stessa. Si tratta con tutta evidenza di colpe che dobbiamo imputare in effetti alla stessa democrazia, al potere democraticamente ispirato. Così rendendo evidente l'essenziale ispirazione di professare la funzione di *caring democracy*, come modello di strutturazione normativa della democrazia e dei suoi processi decisionali, come alternativa al populismo autoritario. E la seconda considerazione emersa dalla richiamata conferenza della Tronto, e comunque precipitato delle sue note teorie, è l'idea del *privilegio*, quel privilegio che diviene allora obiettivo odioso delle critiche dei *left behind*, incarnato di quel senso di deprivazione, generatore di rabbia. Rabbia che la democrazia, nelle forme del contemporaneo, non ha saputo ascoltare. Tra i fallimenti della democrazia, tra le sue cadute di prestazione pesa con forza il mancato successo nel mantenere le sue promesse di eguaglianza e di inclusione di tutti nei processi decisionali e nella soddisfazione dei bisogni più importanti. Del resto, come osservato

¹⁶ *Ripensare la democrazia. Care and Democracy*, Dipartimento di Filosofia, Seminario permanente in *Filosofia, studi di genere, pratiche delle differenze*, La Sapienza, Roma, 26 maggio 2025.

nel contributo pubblicato in questo stesso volume da Maria Pia Paternò, oggi siamo tutti più esposti ai rischi di *fragilizzazione*. Allorché grandi masse di individui, traditi da tali promesse, hanno maturato la consapevolezza di questi fallimenti, hanno cominciato a sostenere leader populistici anche in funzione anti-democratica e anti-istituzionale.

6. Qualche riflessione conclusiva

Per concludere, come accennato, con il richiamo di alcuni *executive orders* di Donald Trump, rivelatori della strategia politica della sua Amministrazione fin dal loro stesso titolo. A cominciare dall'atto intitolato *Unleashing Prosperity through Deregulation*¹⁷, per proseguire con l'atto *Expanding Educational Freedom and Opportunity for Families*¹⁸, provvedimento noto per la sua intenzione di procedere alla vera e propria demolizione del Department of Education. Quindi ancora l'atto del 21 gennaio dello stesso anno, dal titolo *Ending illegal Discrimination and Restoring Merit-Based Opportunity*¹⁹, provvedimento che elimina la strategia stessa delle *affirmative actions*, forse la positivizzazione più concreta dell'etica della cura, con l'intento di ripristinare la stretta legalità formale del principio di eguaglianza; così da assicurarne una lettura conservatrice, in quanto "Federal civil-rights laws protect individual Americans from discrimination based on race, color, religion, sex, or national origin", così considerando ogni intervento a sostegno dell'eguaglianza in senso sostanziale contrario a tali principi. Individuando, così, i titolari di tali diritti soltanto negli individui maschi, bianchi, anglosassoni, cristiani, etc. L'intento essendo altresì quello di far cessare ogni politica di inclusione nella lotta alle discriminazioni fondate sulle condizioni personali di salute, disabilità, incapacità, inabilità, fino all'atto denominato *Ending Radical And Wasteful Government DEI Programs And Preferencing*²⁰, laddove l'acronimo

¹⁷ 31 gennaio 2025, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/unleashing-prosperity-through-deregulation/> (ultimo accesso in data 9 giugno 2026).

¹⁸ 29 gennaio 2025, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/expanding-educational-freedom-and-opportunity-for-families/> (ultimo accesso in data 9 giugno 2026).

¹⁹ <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/ending-illegal-discrimination-and-restoring-merit-based-opportunity/> (ultimo accesso in data 9 giugno 2026).

²⁰ 20 gennaio 2025, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/ending-radical-and-wasteful-government-dei-programs-and-preferencing/> (ultimo accesso in data 9 giugno 2026).

indica appunto le politiche pubbliche ispirate dai valori di “*diversity, equity, and inclusion*”.

Così espressamente denunciando tutte le politiche pubbliche destinate alla protezione della diversità, per l’eguaglianza e l’inclusione dei soggetti deboli, e per la lotta alle discriminazioni, che vengono ufficialmente qualificate da tali provvedimenti governativi, nella professione metodologica contro l’etica della cura che caratterizza le politiche di Donald Trump, come “*radical and wasteful*”. Prese di posizione che invitano al contrario a continuare a lavorare al fine di mantenere, all’opposto, vivo e determinante questo paradigma analitico.

Alessandra Pioggia

L'etica della cura nell'amministrazione democratica

SOMMARIO: 1. Amministrazione, legalità e tutela effettiva dei diritti – 2. Lo sguardo costituzionale sull'amministrazione: uguaglianza sostanziale e rimozione degli ostacoli – 3. L'etica della cura come criterio di orientamento dell'azione amministrativa – 4. Cura, responsabilità e funzione costituzionale dell'amministrazione.

1. Amministrazione, legalità e tutela effettiva dei diritti

Ci sono diverse prospettive dalle quali guardare all'etica della cura come approccio in grado di rivitalizzare la democrazia in una fase in cui il suo essersi inverte nei sistemi statuali che l'hanno posta a loro fondamento manifesta una evidente crisi.

Quella che voglio provare a percorrere con voi muove dal ruolo dell'amministrazione nello Stato costituzionale democratico di diritto. Uno Stato, cioè, che mette al centro il principio di legalità e su questo costruisce la funzione dell'amministrazione, ma che riconosce anche che la legge, frutto delle dinamiche democratiche e maggioritarie, è strumento di attuazione di un progetto comune espresso dalla Costituzione.

Ciò si riflette sul ruolo dell'amministrazione che, pure immaginata come strumento di realizzazione delle scelte politico democratiche contenute nella legge, ha anche il compito di concretizzare queste scelte nel panorama costituzionale, ambientando la decisione in un contesto di diritto che delimita i confini del fattibile e ne orienta il senso.

È questa la prospettiva a partire dalla quale dobbiamo domandarci se la sottoposizione dell'attività amministrativa al puntuale dettato legislativo sia sufficiente a inscrivere l'azione dell'amministrazione entro la cornice della democrazia costituzionale, oltre che in quella dello Stato di diritto. E non è una domanda alla quale sia facile dare una risposta, dal momento che impone di rileggere convinzioni radicate e letture consolidate del rapporto fra legge e amministrazione.

Possiamo allora formulare il quesito dal quale vi propongo di partire in questi termini: eseguire la legge (ma anche i regolamenti, più in generale le

norme) è sempre sufficiente a realizzare il diritto e i diritti?

La risposta che fornisco e che mi propongo di illustrare è negativa e provo a spiegarla con tre considerazioni:

I. In alcuni casi è possibile *applicare il diritto sacrificando diritti*.

Nell'inverno 2024-2025, a Torino, molte persone sono restate ininterrottamente in fila per accedere all'ufficio immigrazione della Questura, fino a due giorni di seguito. Le immagini riprese da qualche notiziario parlano da sole: uomini e donne, persone anziane, bambine e bambini accampati al freddo sotto la pioggia. In una video intervista, visibile sul sito web de La Stampa di Torino del 21 gennaio 2025, una giovane donna pronuncia, fra le lacrime, parole che non possono non toccare profondamente chi ascolta: «non vogliamo carità», «non vogliamo aiuto», «vogliamo solo avere diritti».

In casi come questo, apparentemente, l'amministrazione non compie alcuna evidente illegittimità: si limita a fissare gli orari di apertura dell'ufficio e a ricevere gli utenti. Nessuna norma di legge o di regolamento sembra essere stata violata. Al tempo stesso, non possiamo non constatare come ci siano diritti fondamentali che vengono sacrificati: dignità, salute, libertà.

II. Esistono ipotesi in cui *il diritto viene applicato dalle amministrazioni senza soddisfare i diritti*, o perlomeno senza soddisfare i bisogni di tutti coloro che ne avrebbero diritto. L'esperienza dell'ormai soppresso «reddito di cittadinanza» è stata significativa. La Corte dei conti, nella sua relazione del 2020, ha evidenziato come una percentuale superiore al 30% delle famiglie più povere non l'abbia ricevuto. Le ragioni sono diverse: queste persone non sapevano di averne diritto, oppure, pur sapendolo, non erano in grado di interloquire con l'amministrazione, non avevano richiesto per tempo la certificazione che dimostrava la loro situazione di indigenza, oppure semplicemente non erano capaci di compilare correttamente i moduli per richiederlo.

Anche questa volta, ci troviamo di fronte ad un'amministrazione che non sta violando nessun precetto di legge. Nonostante una piena aderenza al dettato legislativo, però, la puntuale attuazione delle norme da parte dell'amministrazione consente il perpetuarsi di diseguglianze significative, che, anzi, risultano amplificate, dal momento che chi rimane indietro è proprio chi parte da una posizione di maggiore svantaggio.

III. Infine, ci sono casi in cui *applicare il diritto finisce per ostacolare proprio i diritti che dovrebbe soddisfare*. Sono i casi in cui le amministrazioni eseguono la legge, senza preoccuparsi degli ostacoli che certe regole tecniche

e di carattere burocratico, magari formulate dalla stessa amministrazione come norme interne, o semplicemente entrate nella prassi, possono porre alla soddisfazione dei diritti.

Nel 2023 l'OCSE ha segnalato come le prestazioni e i servizi per la disabilità disponibili in Italia sono relativamente generosi e le persone che hanno diritto a prestazioni e servizi siano quindi potenzialmente ben sostenute. Tuttavia, il ricorso ai supporti è sorprendentemente basso e questo dipende essenzialmente dalla complessità del sistema di riconoscimento delle condizioni di disabilità, e dai diversi percorsi paralleli che occorre intraprendere per ricevere le prestazioni di sostegno a cui si ha diritto, che proprio le persone più vulnerabili non riescono a gestire. Ma gli esempi potrebbero essere molti e diversi. Qualche mese fa un quotidiano locale riportava il caso di una signora alla quale la sanità regionale aveva finalmente riconosciuto una protesi per poter camminare, ma che nessuno si era preoccupato di portarle a casa. Per cui l'unico modo per averla era andarsela a prendere, al netto del fatto che senza di essa la signora non era in grado di camminare.

Anche qui, come vedete, nessuna legge violata, ma certamente diritti che non sono realizzati.

Ecco allora che dobbiamo porci un'altra domanda: come affrontiamo questi fallimenti dell'amministrazione nel garantire i diritti delle persone che con essa si rapportano?

2. Lo sguardo costituzionale sull'amministrazione: uguaglianza sostanziale e rimozione degli ostacoli

Non è semplice comprendere come farlo, dal momento che, come studiose e studiosi, tendiamo a concentrare la nostra attenzione sul rapporto fra legge e azione amministrativa e, spesso, se l'amministrazione ha operato all'interno delle proprie competenze e nel rispetto delle norme che disciplinano la sua azione, riteniamo che questo esaurisca la sua relazione con il diritto.

Cosa ci sfugge?

Credo che sia un problema relativo al "dove" si guarda.

È come se la maggioranza di noi studiose e studiosi tenesse lo sguardo dritto di fronte a sé, senza cogliere ciò che sta in basso, cioè, gli aspetti che vengono considerati inutili minuzie, piccolezze che non riguardano lo

studio del diritto con la “d” maiuscola, quello, cioè, oggetto di specifiche previsioni regolatorie. Ma all’angolazione di questo sguardo sfugge anche ciò che sta in alto, e riguarda la Costituzione. Non c’è dubbio, infatti, che alcuni, se non tutti i diritti che in casi come quelli che ho descritto vengono sacrificati e violati, sono diritti costituzionali fondamentali. Ecco che, allora, è come se non si riuscisse a cogliere il molto piccolo, ma neanche il molto grande, e si guardasse a qualcosa che in realtà non inquadra tutta la questione che il diritto dovrebbe illuminare.

Ed è proprio dalla percezione di questo scarto cognitivo che è partita la mia ricerca di uno sguardo diverso (imprevisto) sulla pubblica amministrazione, ed è così che sono approdata al pensiero, anzi ai pensieri femministi. Al netto delle differenze, anche consistenti, che divaricano le elaborazioni di pensiero ascritte storicamente al femminismo, l’approccio è comune e, metodologicamente, in modo originale e per certi versi unico, riesce a indagare gli effetti di certe logiche di sistema sui comportamenti concreti, evidenziando come anche azioni minute, pratiche apparentemente neutre, siano in realtà conseguenze dirette di costrutti che innervano in maniera profonda le relazioni.

In questa prospettiva sono fruttuose, innanzi tutto, le critiche che il femminismo ha rivolto a concetti fondativi del nostro sistema di diritto, come quelli di giustizia e uguaglianza. Di questi ha svelato, ad esempio, la parzialità escludente, mostrando come siano immaginati intorno ad una idea di persona, solo apparentemente universale e, quindi, neutra, ma sostanzialmente definita a partire da una specifica soggettività: quella del maschio, adulto, autosufficiente, produttivo, e mosso da pulsioni utilitaristiche rivolte alla massimizzazione del proprio bene individuale.

E non c’è dubbio che questo illumini anche il modo di funzionamento dell’amministrazione. Se quest’ultima non guarda oltre il formante presunto universale di persona intorno al quale la legge ha costruito il proprio precetto generale ed astratto, non riesce ad intercettare i bisogni di chi non rientra perfettamente in questa idea di persona. La legge, quindi, riconosce un diritto a tutte e tutti, ma non tutte e tutti riescono a goderne nel rapporto con l’amministrazione. Ci troviamo così di fronte ad un’amministrazione che funziona meno proprio per chi ne ha più bisogno e che, in questo modo, tradisce proprio il ruolo che ad essa assegna la Costituzione.

Sì, perché è anche e soprattutto all’amministrazione che la Costituzione si rivolge quando riconosce che, al netto della non discriminazione e quindi dell’essere intestatari e intestatarie di diritti eguali, non a tutte e tutti ne

è automaticamente consentito l'eguale godimento. Di qui il "compito" di rimuovere gli ostacoli che lo impediscono.

Il riferimento, come è chiaro, è all'articolo 3 secondo comma della carta fondamentale, che, proprio assegnando alle istituzioni il compito di rimuovere gli ostacoli che "di fatto" si frappongono alla pienezza di libertà e uguaglianza, passa dalla generalità e astrattezza della norma alla concretezza della vita e si rivolge ad una amministrazione che incontra gli individui nella loro irripetibile specificità, accompagnandoli nella loro fioritura come persone: il pieno sviluppo di sé.

L'importanza di incontrare la persona nel contesto in cui si svolge la sua esistenza discende dalla consapevolezza che, spesso, fra il formale riconoscimento di un diritto da parte della legge e la possibilità della persona di godere pienamente di quel diritto intercorre ancora una distanza. Questa distanza può, o meglio deve essere colmata dall'amministrazione. Certamente, il compito di garantire l'uguaglianza sostanziale appartiene anche alla legge: la previsione dell'esistenza di amministrazioni di servizio come le scuole, gli ospedali, i servizi sociali, la loro capillare diffusione nel territorio, la loro vocazione universalistica, sono alcuni dei modi in cui il legislatore persegue l'obiettivo del superamento delle disuguaglianze. Ma residuano altre disuguaglianze che non possono essere affrontate in termini normativi e, quindi, costitutivamente "general" e "astratti", perché riguardano situazioni e condizioni specifiche, il cui verificarsi dipende dalle originali e irripetibili condizioni di vita che ciascuno e ciascuna di noi si trova a sperimentare. Sono i casi in cui la persona incontra ostacoli concreti che le impediscono di usufruire del servizio che le è dovuto, di richiedere ed ottenere il contributo che gli spetta, di ricevere la prestazione a cui avrebbe diritto, e così via. Questi ostacoli sono visibili e contrastabili solo nella relazione con l'amministrazione ed è solo questa che può intervenire su di essi, considerando le condizioni particolari in cui la persona si trova, attivando misure specifiche che si adattino ai suoi speciali bisogni, individuando soluzioni *ad hoc*, spesso difficilmente prevedibili a priori. Si tratta, infatti, di muoversi in un ambito che sta oltre il puntuale adempimento di quanto prescritto dalla legge e richiede all'amministrazione di continuare ad impegnarsi ed agire, affinché il diritto che la norma attribuisce sia concreto e reale nella vita di ciascuna persona.

Pur operando "oltre" la legge - dopo aver, cioè, fatto quanto prescritto, ma continuando ad agire per fare qualcosa di ulteriore - l'amministrazione non opera però fuori dalla legalità, dal momento che si muove nell'orizzonte di una legalità più ampia: quella costituzionale.

3. *L'etica della cura come criterio di orientamento dell'azione amministrativa*

La questione, quindi, diventa quella di comprendere in che modo guidare l'amministrazione in un ambito in cui il contenuto delle decisioni, azioni e comportamenti non è predeterminato, né regolabile con precetti generali ed astratti, ma è semplicemente orientato a sostenere la persona nella concretezza della sua vita, per metterla in condizione di godere pienamente dei diritti che le sono riconosciuti e, in questo modo, consentire quel pieno sviluppo della personalità che coagula intorno a ciascun individuo la realizzazione del progetto costituzionale.

Ed ecco che allora ci troviamo di fronte ad una terza domanda. Come rendiamo evidente la doverosità di un comportamento non regolato?

Qui entra in gioco l'etica della cura. Non c'è, infatti, pensiero che, in maniera più efficace di quello sviluppato da alcune pensatrici femministe intorno all'etica della cura, abbia messo a tema il modo in cui la realizzazione di ogni individuo dipenda anche dalla capacità di attenzione, sollecitudine e responsività da parte di chi è chiamato a sostenerlo nel suo sviluppo, attraverso la soddisfazione dei suoi bisogni e, aggiungo io qui, dei suoi diritti. Per questo, credo che l'etica della cura contenga insostituibili strumenti per la scienza del diritto e del diritto amministrativo in particolare, anche al fine di illustrare "giuridicamente" come dovrebbe essere una amministrazione autenticamente costituzionale.

La prima elaborazione della valenza etica dell'approccio di cura la dobbiamo a Carol Gilligan (*In a different Voice*, 1982), che con grande efficacia mostra come l'aver riconosciuto la statura di decisione morale soltanto a quella che si dispone ad applicare un precetto astratto formulato per valere in un numero indefinito di casi generali, sia spesso inadeguato a realizzare una istanza concreta di giustizia in condizioni reali.

Gilligan partecipa alle ricerche di Lawrence Kohlberg, noto per aver elaborato la teoria secondo la quale i bambini raggiungerebbero prima e in maniera più completa la maturità morale rispetto alle bambine. Proprio osservando le persone coinvolte nella ricerca e ascoltando le risposte che formulano in relazione ai dilemmi morali che vengono loro sottoposti, Gilligan rileva, però, come alla base delle teorie di Kohlberg ci sia un "pregiudizio": quello che la maturità etica coincida con la capacità di applicare in maniera distaccata dal contesto concreto norme astratte e generali. Non è questa, secondo Gilligan, l'unica modalità in cui si sviluppa un ragionamento etico.

Non c'è modo migliore per spiegare l'origine del suo pensiero che

richiamare il caso della diversa soluzione che ad uno dei dilemmi impiegati negli studi sulla maturità etica, il cosiddetto “dilemma di Heinz”, danno un bambino e una bambina, Jake e Amy, entrambi di undici anni.

Heinz è un uomo la cui moglie è molto malata e vicina a morire. Un farmaco può salvarla, ma è molto costoso e Heinz, nonostante gli sforzi fatti per raccogliere il denaro necessario, non è in grado di acquistarlo dal farmacista che lo produce. La domanda (il dilemma) è se sia moralmente accettabile che Heinz rubi il farmaco per far sopravvivere sua moglie.

Di fronte a tale questione, Jake, il bambino, risponde che in questo caso il furto non è immorale, dal momento che il valore della vita di una persona prevale sul diritto di proprietà. Amy, invece, affronta la questione in maniera problematica, domandandosi innanzi tutto quale sarebbe il destino della donna malata se il marito finisse in carcere per il furto e lei avesse ancora bisogno di cure, e chiedendosi poi in che modo si potrebbe convincere il farmacista a cedere sul prezzo del farmaco, in considerazione del pericolo di vita della persona che ne ha bisogno.

Come nota Gilligan, la bambina non risolve la questione attraverso l'applicazione di un precetto astratto (il maggior valore della vita rispetto alla proprietà), ma si interroga su quale possa essere la soluzione in grado di tenere conto del contesto, della rete di relazioni, del senso di responsabilità di ognuno. Assegnando valore anche a questo tipo di approccio alla questione morale, la studiosa svela la limitatezza del paradigma tradizionale di giustizia come applicazione di una regola astratta e impersonale, e fa sentire un'altra voce, che cerca soluzioni in grado di combinare bisogni diversi, che non discendono automaticamente da un sistema di principi astratti che si impongono sulla vita concreta, ma sorgono anche da comprensione, compassione, sollecitudine e cura. A partire da questo, Gilligan formula la sua proposta rivoluzionaria: quella di considerare la intrinseca eticità anche di un modo diverso di risolvere i dilemmi morali, affrontandoli, cioè, non impersonalmente, a partire da regole astratte da applicare, ma interpersonalmente, attraverso una comprensione relazionale e responsabile della contingenza concreta e dei rapporti che in essa si attivano: è quanto da quel momento abbiamo imparato a conoscere come etica della cura.

4. Cura, responsabilità e funzione costituzionale dell'amministrazione

In che senso tutto questo ci parla dell'amministrazione?

Ce ne parla, nella misura in cui rende evidente che l'istanza di giustizia non si esaurisce nella norma generale ed astratta, ma richiede anche la considerazione per il caso concreto, per le condizioni di fatto e, quindi, ci mostra che non bastano buone leggi per una società giusta, ma occorre anche una buona amministrazione in grado di incontrare le persone e far sorgere dalla relazione con esse la decisione che ne realizza davvero i diritti e con essi il diritto.

Se Gilligan, da psicologa sociale qual è, ambienta la questione della giustizia nella relazione intersoggettiva, a dare all'etica della cura spessore e dimensione politica è Joan Tronto (*Moral Boundaries*, 1993).

Tronto mette l'accento sulla vulnerabilità strutturale che connota la vita di ciascuno di noi, e ci richiama alla necessità di pensarci cittadine e cittadini non soltanto nell'età adulta, ma in ogni momento della vita, anche quelli (prima infanzia e tarda senescenza) in cui necessitiamo di cura per vivere. Questo esercizio ci spinge ad interrogarci sul perché un elemento così centrale sia rimasto periferico nelle visioni politiche e marginale nella tradizione filosofica e teorico politica occidentale, che ha relegato la cura nel privato (domestico e familiare, appannaggio del femminile), separato dal pubblico (politico ed economico, proprio del maschile). Una delle ragioni è che la rimozione di questi aspetti è stata ed è ancora oggi strumentale al perpetuarsi di un'economia che, per potersi espandere, ha reso visibili solo i bisogni che possono essere standardizzati e soddisfatti con beni materiali. L'effetto è anche quello della sottrazione al visibile politico una serie di esigenze, interessi e necessità fondamentali per l'esistenza, privando il dibattito pubblico di temi chiave per il benessere di tutte e tutti.

Rimettere al centro ciò che è stato a lungo dimenticato restituisce alla cura (non solo come pratica, ma anche come atteggiamento) il suo ruolo di componente della giustizia e completa quest'ultima.

Un aspetto chiave dell'approccio di cura, proprio ai fini del riconoscimento e della valorizzazione del contributo che l'amministrazione può dare, oltre la mera esecuzione della legge, alla realizzazione del progetto costituzionale, è ben espresso dalle parole di Joan Tronto, quando osserva che: «la questione che un'etica della cura considera centrale non è cosa devo (dobbiamo) – se dobbiamo qualcosa – agli altri, ma come posso (possiamo) piuttosto adempiere al meglio alle mie (nostre) responsabilità di cura».

Il passaggio dal «cosa devo» al «come posso» è una efficace chiave di lettura

per mettere a tema la complessa doverosità che grava sull'amministrazione, chiamata a contribuire al progetto costituzionale come parte attiva nella rimozione degli ostacoli che impediscono ai diritti e alle libertà di operare con pienezza nell'emancipazione della persona e nella piena realizzazione a cui ciascuna e ciascuno ha eguale diritto. Oltre l'esecuzione del comando normativo, c'è dell'altro, che però non è definibile né in termini produttivi (come erogare una prestazione standard), né in termini di precisi adempimenti, dal momento che dipende dalle condizioni e dagli impedimenti concreti che incontra il destinatario della cura e da cosa gli è necessario per fiorire come individuo.

La cura, ambientata nella pubblica amministrazione, mantiene così la sua dimensione operativa di "pratica" concreta, ma, proprio perché iscritta nell'orizzonte della legalità costituzionale, diventa anche suscettibile di emergere nella forma di un comportamento atteso e dovuto, non perché minutamente regolato, ma perché funzionalmente orientato e quindi disciplinabile, quanto meno attraverso principi, e verificabile in termini di effetto/risultato.

Voglio concludere con un esempio riferito al caso già preso in considerazione e relativo alle misure di sostegno al reddito, che nel nostro Paese non sono riuscite a raggiungere le persone più bisognose.

Un'amministrazione che registri il fatto che una parte degli aventi diritto ad un sostegno economico non lo richiede perché non ne conosce l'esistenza o non è in possesso delle certificazioni che attestano i requisiti necessari a richiederla, è tenuta a porre in essere misure che, pur non espressamente previste dalla legge, rendano effettivamente possibile a tutte e tutti domandare e, quindi, ottenere ciò a cui si ha diritto. Queste misure saranno probabilmente relative alle modalità di comunicazione, alla dislocazione degli uffici sul territorio, alla previsione di sportelli dedicati, all'assistenza nella compilazione delle domande, alla semplificazione della dimostrazione del possesso dei requisiti per ottenere la prestazione richiesta, e così via. Sono scelte organizzative, rimesse all'amministrazione e funzionali a rimuovere gli ostacoli di fatto che svuotano la sostanza del diritto e rendono diseguali gli eguali.

Come si vede, in questo esempio l'azione necessaria a rendere il diritto effettivamente tale per tutte e tutti non è completamente predeterminata, ma non è neanche del tutto indefinita, dal momento che l'esigenza di rimuovere gli ostacoli, che di fatto impediscono l'esercizio eguale dei diritti e il pieno sviluppo della persona, guida l'azione e ne definisce il fine. Al tempo stesso, nella prospettiva che qui propongo, si tratta di

una azione dovuta, che discende dal ruolo che la Costituzione conferisce all'amministrazione, ampliandone la funzione oltre l'esecuzione normativa con una serie di doveri, che l'etica della cura consente, in maniera particolarmente efficace, di cogliere nella loro specificità.

L'ultima battuta la riservo al ruolo di un'etica della cura nel contrasto alla crisi della democrazia costituzionale. Di fronte ai pericoli di una legge piegata a strumento di potere della maggioranza di governo, di fronte alla perdita di fiducia nelle istituzioni, una amministrazione che interpreti un approccio di cura come espressione della sua funzione costituzionale, è strumento di quella *constitutional resilience* della quale scrive Benedetta Barbisan (AA.VV., *Crisi della democrazia costituzionale e dello Stato di diritto. Dibattito*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2025), ovvero «la capacità di un ordinamento democratico di resistere ai tentativi di cambiarne o eliminarne gli elementi essenziali basata sulla *political morality*, vale a dire l'interiorizzazione da parte della società civile del valore della democrazia, della sua difesa e di quella dello stato di diritto».

Notizie sugli Autori

FRANCESCO BILANCIA, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università «La Sapienza» di Roma

RAFAEL BUSTOS GISBERT, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Universidad Complutense de Madrid, membro della Commissione di Venezia

GENNARO FERRAIUOLO, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Napoli Federico II

ELISABETTA FRONTONI, Professoressa associata di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi «Roma Tre»

PATRIZIO GONNELLA, Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi «Roma Tre»

MARIA PIA PATERNÒ, Professoressa ordinaria di Storia delle dottrine politiche, Università degli Studi di Napoli Federico II

ALESSANDRA PIOGGIA, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia

GIOVANNA PISTORIO, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi «Roma Tre»

FRANCESCO RIMOLI, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Coordinatore dell'OSDE, Università degli Studi «Roma Tre»

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Pompeu Fabra di Barcellona

HUMBERTO A. SIERRA PORTO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Externado de Colombia, Giudice della Corte Interamericana de Derechos Humanos

SILVIA TALINI, Ricercatrice di Diritto costituzionale e pubblico, Coordinatrice del Comitato di Redazione dell'OSDE, Università degli Studi «Roma Tre».

Il volume raccoglie gli atti di alcuni seminari organizzati dall'Osservatorio sui processi di Sviluppo delle Democrazie Europee (OSDE) nel biennio 2024-2025. I contributi pubblicati affrontano, da prospettive differenti ma complementari, alcuni temi centrali per le democrazie contemporanee: la cura, l'amnistia e le trasformazioni del costituzionalismo in Europa e in America Latina. Pur nella diversità degli argomenti trattati, i saggi convergono nell'interrogarsi sulle tensioni che attraversano le democrazie contemporanee e sulle modalità attraverso le quali diritti, istituzioni e processi democratici sono chiamati a confrontarsi con le profonde trasformazioni del nostro tempo.

FRANCESCO RIMOLI

Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Coordinatore dell'OSDE, Università degli Studi «Roma Tre».

SILVIA TALINI

Ricercatrice di Diritto costituzionale e pubblico, Coordinatrice del Comitato di redazione dell'OSDE, Università degli Studi «Roma Tre».



Roma Tre