





---

# **Ciencia de la Legislación y Gobernanza política**

Compilado por  
**Antonio A. Martino**

Edición al cuidado de  
**Óscar Sarlo**



---

FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

## AL LECTOR DE ESTE LIBRO

Un libro editado por Fundación de Cultura Universitaria representa el esfuerzo intelectual de un autor, que ha dedicado valioso tiempo para su realización, cubriendo una necesidad, en la formación de estudiantes y en el perfeccionamiento de profesionales y docentes.

También implica un esfuerzo por parte de Fundación de Cultura Universitaria, tanto desde el punto de vista económico, como en el empeño puesto para que el libro tenga una buena realización gráfica y un precio razonable.

Quienes en 1968 idearon nuestra Fundación, lo hicieron pensando fundamentalmente en el gran beneficio que iba a representar la edición de material bibliográfico accesible económicamente para todos.

La fotocopia ilegal de libros, constituye una amenaza cierta contra el delicado equilibrio de la actividad desarrollada por FCU, y está especialmente prohibida por el Art. 46 de la Ley 9.739 (Propiedad literaria y artística), la que establece sanciones penales.

A los efectos de poder continuar con la importante tarea que llevamos adelante, resulta fundamental la comprensión por parte de cada uno de los lectores de este libro, del daño que se produce cada vez que este libro se fotocopia. El precio de este libro podrá disminuir en la medida que su fotocopiado se reduzca.

Sólo con la toma de conciencia de todos, seguirá existiendo el libro técnico.

Junta Directiva de FCU

*1ª edición, diciembre de 2011*

© FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA  
25 de Mayo 568 - Tel. 2916 11 52  
Correo electrónico: [ventas@fcu.com.uy](mailto:ventas@fcu.com.uy)

### DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización expresa del editor.

## INTRODUCCIÓN

*Antonio A. Martino*

Este es un libro de ciencia de la legislación y gobernanza política que nació de las clases que fueron impartidas en el Máster que lleva el mismo nombre y que se realiza en la Universidad de la República en Montevideo con la Colaboración de la Universidad de Pisa a través de la Escuela de Altos Estudios para el Mercosur. ([www.eaemercosur.org](http://www.eaemercosur.org)).

Un libro sobre ciencia de la Legislación ya lo publicamos en la Universidad del Salvador, también bajo mi compilación y ha sido un gran éxito para la disciplina *Estudios sobre Ciencia de la Legislación, Ediciones Universidad del Salvador, 2004*. Algunos de los autores que publican aquí publicaron también allí. Este es totalmente diferente, primero porque atiende esencialmente la gobernanza, segundo porque privilegia el castellano como idioma dominante.

Muchas son las razones teóricas de desarrollo de la ciencia de la legislación después de la segunda guerra mundial pero quiero enumerar tres que me parecen fundamentales: 1. el desarrollo en Alemania de la Geset; 2. el desarrollo de la lógica deóntica, y su homología con el status sintáctico de las computadoras; la enorme capacidad de manejar grandes masas de información por las nuevas tecnologías. 3. Las necesidades de los economistas de la OCDE de tener referentes legislativos claros, ordenados y de calidad en la economía, habiendo descubierto que ésta no es un elemento independiente sino que depende de un contexto en el cual tiene el trono el derecho.

En varios trabajos anteriores me he dedicado a explicar las dos primeras y me remito a esos trabajos y a la amplia literatura que existe sobre el tema. El último, que tiene pocos años merece una explicación mayor. En primer lugar porque se necesito de todo el siglo XX para que los economistas aceptaran que su objeto de estudio es una variable dependiente como todos los relativos a las ciencias sociales y que curiosamente depende en gran parte de los estatus legislativo de los contextos en los cuales se quiere estudiar la economía, obviamente el status legislativo depende de la estabilidad política, pero por ahora lo dejaremos de lado. En estos pocos párrafos trato de mostrar la importancia del desarrollo pa-

ralelo (pero para nada interinformado) de los tres elementos enumerados al principio.

En abril de 1995 los economistas de la OCDE dan unas reglas para determinar cuándo una legislación esta ordenada y luego crean un programa Puma sobre la calidad de la legislación. Es bueno tener en cuenta que los economistas plantean dos temas distintos pues esto coincide con la tradición jurídica que ha mantenido estos dos problemas separados desde siempre.

El primero, el orden, tiene una lejana y brillante literatura que tiene que ver con las condiciones óptimas de todo sistema: coherencia, completitud, elegancia o economía.

De un sistema incoherente se puede obtener cualquier conclusión y esto hace que no exista una barrera entre enunciados que pertenecen al sistema y enunciados que no pertenecen, por ende el sistema se desdibuja y explota. Los juristas han sido siempre muy puntillosos en esta materia y si hay algo que no toleran es que se les diga que el sistema jurídico con el cual trabajan o del cual deducen sus conclusiones es contradictorio.<sup>1</sup>

La elegancia o economía de los sistemas consisten en que estos no contengan redundancias. Es una de las más difíciles de obtener y los juristas sospechan que puede haber discrepancias cuando hay redundancia pues es muy difícil que la redundancia sea exactamente igual y esto provoca desorientación. Mi trabajo, **lo bueno si breve dos veces bueno**, trata este argumento.

El de la completitud es uno de los temas eternos de los sistemas y —de hecho— hay muy pocos sistemas completos. En materia jurídica —siendo además la regulación la excepción— aparece como potencialmente peligrosa. Aunque no sepan mucha lógica los abogados si deben elegir entre la coherencia y la completitud no dudan a favor de la primera y de hecho se han creado criterios sumamente ingeniosos para completar los textos normativos.

Con la distinción entre sistema y orden, hecha por Joseph Raz, se puede afirmar que un orden jurídico no es más que una sucesión de sistemas jurídicos en el tiempo y esto trae una complicación adicional: las normas jurídicas que interesan al ciudadano y al especialista son las que están en vigor, pero como se registra muy bien y con procedimientos bien definidos la creación de una ley, los ordenes jurídicos están llenos de las leyes que fueron creadas en el tiempo —a veces largo— más de un siglo, menos todas las derogadas. Pero para saber si una

---

<sup>1</sup> Hay un ejemplo brillante que aprendí cuando Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin explicaban un texto que estaban escribiendo y luego devino en el famoso Normative Systems: es el ejemplo de la regulación de De Freitas en su Esboço al tratar la reivindicación de los bienes inmuebles: De Freitas trabaja con 3 propiedades: buena fe del adquirente, del vendedor y título oneroso, por lo cual tienen 8 casos posibles. De Freitas reitera varias veces los criterios para resolver el problema, con lo cual su sistema es redundante. Vélez intuye esa redundancia y corta varias de las normas de De Freitas. Su sistema no es redundante pero si incompleto: hay un caso posible al cual Vélez no le atribuye solución legal alguna.

ley ha sido derogada o no, no basta la referencia a una ley abrogatoria hay que revisar todo el orden pues puede haber normas derogadas implícitamente (contaminación legislativa)<sup>2</sup>

Dado que todos los órdenes jurídicos están contaminados no sabemos cuáles son las normas que están en vigor y las que no lo están. Esta es la razón principal del prestigio que han ido tomando los temas relativos a la simplificación o descontaminación de las normas jurídicas y en los últimos años a todos los niveles y en todas las latitudes.

El tema de la calidad normativa surgió no solo por el auge de las normas de calidad en todos los órdenes, sino también porque los economistas descubrieron que era posible adosar a cada nueva disposición legislativa una grilla de finalidades y criterios para medir su eficacia, en modo tal de tener al final una visión objetiva, medible de lo que se llama la eficacia de la ley. Y no podemos olvidar que si la ley tiene una función prístina es ser eficaz, todas las demás son dependientes de ésta: una ley es como un programa de computación, lo que importa es lo que hace hacer a la máquina, independientemente de cómo haya sido redactada<sup>3</sup>.

## I. LA SIMPLIFICACIÓN LEGISLATIVA O EL ORDEN DEL ORDENAMIENTO

El tema de poner orden en los ordenamientos viene de antiguo siempre se quisieron establecer criterios para saber cuando una norma estaba en vigor y cuando no. Las numerosas normas de distinto nivel durante el largo imperio romano impulsaron primero a Teodosio y luego a Justiniano a hacer una recopilación ordenada de normas. Teodosio II realizó una obra monumental recogiendo todas las leyes publicadas desde el 313 al 457, pero al hacerlo trato de armonizarlas, simplificarlas y realizar todos los retoques que hicieran mas accesible y coherente esta enorme información jurídica. Todas la leyes que no aparecían en su *codex* perdieron vigencia: fue el verdadero inventor de la ley guillotina.

Justiniano fue mas allá, no solo hizo recopilar las constituciones imperiales Código, sino que también ordeno y clasifico las opiniones de los grandes juriscultos Digesto y un compendio sistemático Instituciones y finalmente las nuevas constituciones Novelle.

---

<sup>2</sup> A. A. Martino, La contaminación legislativa ANUARIO 1977 Sociología y Psicología Jurídicas – Barcelona

<sup>3</sup> Obviamente esto depende del contexto por eso es importante que las leyes las hagan los oriundos de un lugar. En Italia, donde son muy supersticiosos, en los lugares donde se quiso hacer estacionar solamente a las personas con handicap físico el cartel reza: “esta seguro que quiere estar en mi lugar?”

Todo este material fue recopilado diez siglos más tarde, 1583 por Dionysius Gothofredus con el nombre de: **Corpus iuris civilis** y significó el texto central al cual los juristas famosos dedicaron sus “glossa”<sup>4</sup>

La simplificación y el ordenamiento legislativo se presupone que deben venir acompañados de procesos más o menos profundos de desregulación,<sup>5</sup> de deslegisficación, de purificación del derecho, de codificación.

### **Las Recopilaciones o Compilaciones**

La Recopilación consiste en insertar en un solo cuerpo “todas” las disposiciones existentes en un sistema jurídico determinado en un momento dado, en cuyo caso tendremos una Recopilación o Compilación Total

Las Consolidaciones de disposiciones normativas y los textos ordenados o únicos de aquellas, constituyen un grado superior en la evolución de los métodos aplicados al ordenamiento y al consecuente conocimiento del derecho vigente.

Implican necesariamente una presentación sistemática de las normas imperantes con la eliminación de las que han sido abrogadas, aquellas partes que han sido derogadas, y la inserción de las modificaciones sufridas en sus textos.

Por ejemplo, “Texto único” es una denominación de uso común en Italia, pero no utilizada en nuestro país. En Francia se usa un solo término, la palabra “code” para indicar ya sea lo que nosotros denominamos Código cuanto para designar lo que los italianos llaman testo único. En cambio es común el uso de la denominación “codificación” en castellano y “codification” en francés, para identificar el proceso de formación de un “Código” o “Code.

En el Derecho Inglés las palabras “Codification” y la palabra “Consolidation” poseen significados netamente diferenciados. Codification, de raro uso, es más de carácter general, e implicaría una reforma sustancial del derecho que comprende tanto el common law como el derecho consuetudinario. El término Consolidation en cambio, se refiere y aplica solo al statute law, al derecho legislativo y consistiría en la recopilación, coordinación y sistematización formal de las leyes vigentes sin efectuarles modificaciones sustanciales<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> La famosa Glossa de Bartolo de Sassoferrato, que pude ver en el Municipio no es mas que un enorme libro que al abrirse produce en el centro el Corpus y mediante notas, el autor introduce sus glosas. Un hipertexto a dos dimensiones.

<sup>5</sup> No trataré aquí este fenómeno que nació con las administraciones demócratas en EE.UU., que han intentado una disminución generalizada de las leyes que conforman el Statute Law, en materia de asistencia social o programas de esta naturaleza. Se trataría de una medida de clarificación del cuerpo legislativo por la sola eliminación de regulaciones. Para un análisis más completo ver Antonio A. Martino, ob. cit. Supra.

<sup>6</sup> Un buen tratamiento de este tema puede ser encontrado en la Tesis de Magister ante la Universidad de Pisa, de Ramón Gerónimo Brenna, que aparece en este volumen.



De tal modo mientras la “consolidation” no incide sobre el valor vinculante de la sentencia emitida antes del acto de consolidación respecto de las disposiciones de las leyes en ella incluidas, la “codification” contrariamente concluye con el pasado normativo y abre un nuevo capítulo con el efecto de quitar fuerza vinculante a las sentencias relativas a las normas reformadas.<sup>7</sup>

La consolidación es un método que presenta dificultades importantes a su autor o autores, dado que exige una gran versación jurídica, un fino criterio y conocimientos que le permitan, por ejemplo, determinar con justeza cuando una disposición ha quedado derogada o abrogada por otra sancionada con posterioridad, por incompatibilidad lógica entre las disposiciones de ambas.

Son tareas que casi siempre han sido afrontadas o encomendadas por el Estado, asumiendo la responsabilidad básica y sustancial que hace a su misma esencia, de hacer efectivo el conocimiento del derecho vigente.

Textos actualizados con valor informativo pero no jurídico, la labor que se desarrolla sobre la legislación comunitaria de la Unión Europea.<sup>8</sup>

Existe un “Repertorio de la legislación Comunitaria vigente y de otros actos de las instituciones comunitarias” que se edita en forma semestral, dentro del Diario Oficial.

La comisión Europea efectúa la consolidación de los textos. Como estos textos sólo tienen valor informativo, indica en cada página, que el texto así consolidado no puede considerarse jurídicamente auténtico.

La advertencia reza: *“La Comisión presenta el siguiente texto consolidado a título informativo, el cual no genera ningún derecho u obligación que no sean los que se derivan de los textos jurídicos legalmente adoptados y publicados. Sólo estos últimos son auténticos”*.

Tres categorías de operaciones de consolidación de textos: la sistemática, el lenguaje (aspectos morfológicos, sintácticos y semánticos) y las relaciones entre las normas.

Rodolfo Pagano distingue, siempre en los países europeos, una consolidación general de la legislación, a partir de una revisión sistemática de toda la legislación en **Suiza** y **Alemania**, o llevada a cabo gradualmente siguiendo un plan de codificación como en **Francia**, de una consolidación con tendencia a lo permanente, pero realizada según las necesidades y prioridades de un determinado

---

<sup>7</sup> Ver G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese*. Giuffrè, Milano, 1981, página 16.

<sup>8</sup> Ver Nota Explicativa en el Web de la Comunidad Europea. El trabajo de edición al que se refiere la presente nota explicativa se realiza a partir del sistema Celex –sistema interinstitucional de documentación automatizada sobre Derecho comunitario–, abierto al público en 1981. La gestión de la base de datos de dicho sistema corre a cargo de la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

organismo como es el caso de **Gran Bretaña**, de la consolidación temática, ya sea de leyes relativas a una materia específica o a un sector legislativo determinado en cada caso, sin una programación como ocurre en **Italia, Grecia y España**.

El 20 de Mayo de 1998, el Congreso nacional Argentino sancionó la Ley N° 24.967, que conforme a su artículo 1° y conforme a los principios del régimen republicano de gobierno tutela y regula el ordenamiento y la publicidad de las leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación.

Esta ley, promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 18 de Junio de 1998 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 25 de Junio de 1998, expresa su objetivo como el de fijar los principios y el procedimiento para contar con un régimen de **consolidación de las leyes nacionales generales vigentes** y su reglamentación, a través de la elaboración y aprobación del **Digesto Jurídico Argentino**.

## II. EL VOLUMEN QUE SE PRESENTA

Este libro es heterogéneo en cuanto a la cantidad y calidad de los trabajos contenidos y a la diversidad de autores, pero es homogéneo en cuanto sigue algunas líneas fundamentales que hacen a la ciencia de la legislación y la gobernanza política: todos los trabajos tienen que ver con uno de estos dos temas o con ambos.

El libro no podría y no pretende ser exhaustivo. Se trata de un universo enormemente complejo donde las normas se ven como respuesta a las demandas sociales (acertadas o no). Orgánicamente, sistemáticamente vistas, pero no solo de lejos y en macro, sino de cerca y en casos particulares. Por lo cual el lector debe saber ir de lo general a lo particular y al revés. La sistematicidad, no obstante todo, es relativamente nueva como exigencia fuerte que se advierte en los diferentes países, en Regiones (que han sido las más concretas y explícitas en materias) falta todavía una conciencia importante en los municipios y en las empresas.

La calidad legislativa, que tiene que ver con lo que los juristas llaman *eficacia* es un tema relativamente reciente también como exigencia. Distinto del anterior pero complementario. Si soy un inversor extranjero me interesa saber el grado de descontaminación de un sistema jurídico nacional y también como de hecho se comportan los particulares, el Estado y la Justicia. De poco me valdría saber que el Estado X tiene una legislación ordenada y sistemática... pero que no se cumple. De hecho, los economistas tienen muy claro este tema cuando tratan la evaluación de lo que se denomina “riesgo país” y los países menos desarrollados tienen en este momento una oportunidad extraordinaria en poder recuperar —a través de la gobernanza— la credibilidad como entidades legislativas.

Todos los trabajos aquí presentados fueron objeto de presentación por parte de los autores en el Master en Ciencia de la Legislación y Gobernanza Política que se dicta en la Universidad de la República en Montevideo con la colaboración de la Universidad de Pisa, a punto tal que el título que se extiende lo hacer directamente del Rectorado de la Universidad de Pisa. El aparente desorden en el cual son presentados cobra valor y unidad solo con la lectura total del texto, pero siendo de una extensión no habitual, comprenderemos perfectamente a quienes lean solo una parte para orientación y conocimiento.

La rica bibliografía que lo acompaña trata de mostrar cuan vasta es la literatura en materia. Una última explicación: algunos textos –pocos– han sido traducidos al castellano, la mayor parte de los escritos en italiano hemos preferido exigir un poco más al lector antes que torturar al colega, no solo por expresarse en idioma que no es el suyo, sino por el temor de traicionar el propio pensamiento.

A parte mi trabajo *Lo bueno si breve dos veces bueno*, ya presentado, el libro se enriquece de las siguientes obras escritas por los eminentes juristas:

El artículo de Carlos Delpiazzo “Reforma del Estado y administración electrónica”, describe los vínculos que se forman entre las nuevas tecnologías y la administración, así como también, los cambios que esta relación produce en el sector público.

El Profesor Ruben A. Calcaterra en su trabajo titulado “El modelo de análisis y gestión estratégica –Del objeto conflicto al sistema conflicto–”, hace una síntesis de la Teoría de Conflictos desarrollada por un estimado colega suyo, el Profesor Entelman. En el desarrollo de este gran artículo Calcaterra presenta una completa idea sobre el modelo de Análisis y Gestión Estratégica. Así como también amplía conceptos sobre la Teoría General del Sistema.

En “Desigualdades de género y políticas de paridad de oportunidades” de Rita Biancheri, se explica cómo en la Italia actual todavía permanecen “ciertas asimetrías” en cuanto a la representación política y los puestos de toma de decisiones, ya que muestran que el sexo femenino sigue padeciendo de una debilidad en la esfera pública.

Oscar Sarlo en su investigación “La concepción institucional del derecho como marco teórico de la técnica legislativa”, enseña la evolución ocurrida en el estudio del derecho y como dichos cambios condicionan la comprensión de la técnica legislativa.

El profesor Adriano Fabris plantea el tema de la comunicación y la semiótica en su trabajo titulado “Ética de la comunicación”. Realiza un análisis etimológico de la palabra “comunicación”, y a partir del mismo establece una nueva perspectiva, muy distinta a las definiciones comúnmente aceptadas en cuanto al término “comunicación”.

En otro brillante trabajo de Fabris, titulado “Perspectivas del dialogo interreligioso” abarca el tema de las contradicciones presentes entre lo que es el seno de las religiones, y lo que se hace en la actualidad en nombre de las mismas. Todo esto desde una visión filosófica.

En el documento de Ramón G. Brenna, “El digesto jurídico, un camino hacia la democratización de la información jurídica”, se plantea el porqué es necesaria la creación de un Digesto Jurídico, si es que es necesario, si se justifica tanto trabajo duro durante años, quien es responsable de hacerlo, como, etc. Ha sido su tesis de Master en Pisa.

“Neo-Institucionalismo, derecho y governance” de José Miguel Busquets muestra la relevancia de las instituciones políticas como variante en distintas áreas temáticas de la literatura. También presenta el nuevo giro de la literatura de la ciencia política y la oportunidad para su encuentro con el derecho.

En el trabajo realizado por el Profesor Marcello Di Filippo, “La fase ascendente del processo decisionale nelle organizzazioni regionali di integrazione e il ruolo dei parlamenti nazionali: L’esperienza dell’unione europea e la prassi Italiana”, se investiga sobre las características de los procesos de toma de decisiones de las organizaciones regionales; las soluciones tomadas por la Unión Europea para facilitar el control de los parlamentos nacionales; la reserva de estudio parlamentario; la transparencia de los órganos intergubernamentales, entre otros interesantes tópicos.

El texto de Vincenzo Tedesco “E-Government e E-democracy due esigenze ormai ineluttabili. L’impellente necessità di approntare sistemi di voto elettronico Costituiscono veicoli per riaffermare i principi di uno stato democratico”, habla de la relación de la electrónica y los sistemas electorales. Como su uso puede llegar a cambiar la relación de los candidatos con los electorados.

Alberto Massera, Marta Simoncini y Francesca Spagnuolo, escribieron el artículo “Note minime sul diritto amministrativo dell’integrazione Europea”. En él explican los principios generales de la Unión, el sistema de procedimientos administrativos, así como también los modelos de organización administrativa de interconexión, entre otros temas.

Enrico Taliani en su trabajo “Governance innovatività in Europa (Prassi istituzionale e strategie d’intervento)”, abarca de manera muy completo el tema “gobernanza”, qué es, cómo se define, cuáles son sus objetivos, sus instrumentos y estrategias, entre otras.

El trabajo de Tito Gallas, “La concezione della norma giuridica come comunicazione sociale si adatta anche alle norme di diritto internazionale e comunitario?” Describe una particular forma de teoría de la comunicación, el modelo emisor, y las implicaciones prácticas del mismo relacionándolo con el derecho internacional, y la posición de la norma comunitaria entre los interlocutores sociales y el mensaje verbal.

---

Mario Zana en “Regole nuove per la responsabilita’ del professionista?” Trata tópicos como la causalidad civil y la pérdida de oportunidad, así como también de la obligación de informar la puntuación.

En otra investigación de Oscar Sarlo titulado “Los parlamentos ¿crean derecho?” se aborda la creación del derecho, así como también la transposición didáctica.

Por último está el trabajo de Palagi, quien trata sobre las distintas perspectivas de la función de director general de la autoridad local. La responsabilidad y poder que este cargo implica.



# REFORMA DEL ESTADO Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

*Carlos E. Delpiazzo\**

## SUMARIO:

**I. INTRODUCCION.** Nueva perspectiva de la esencial servicialidad estatal. **II. EVOLUCIÓN.** Sucesivas generaciones de reformas. **III. BASES DE LA REFORMA ESTATAL.** 1. Supuestos teóricos. 2. Técnicas usuales. **IV. DIMENSION TECNOLÓGICA DE LA REFORMA ESTATAL.** 1. Informatización administrativa. 2. Adecuación jurídica. **V. HACIA LA ADMINISTRACION ELECTRONICA.** 1. Caracterización. 2. Enfoque desde la organización. 3. Enfoque desde la actividad. **VI. POSIBILIDADES QUE ABREN LAS NUEVAS TECNOLOGIAS.** 1. Accesibilidad a la información pública. 2. Participación ciudadana. 3. Nuevos sujetos y servicios. 4. Tutela de la información privada. **VII. CONCLUSION.** Rol de las nuevas tecnologías para la servicialidad debida.

## I. INTRODUCCIÓN

En reiteradas oportunidades he enfatizado en la conveniencia de encarar la llamada reforma administrativa, aún en perspectiva jurídica, desde el punto de

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica, y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de juristas franco latino americanos, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Presidente del Capítulo Uruguay de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI). Asesor Letrado del Registro de Direcciones de Internet para América Latina y el Caribe (LACNIC) y de la Cooperación Latinoamericana de Redes Avanzadas (CLARA). Fue Director de la Asesoría Jurídica y de la Unidad de Informática Jurídica de la Contaduría General de la Nación, Director General del

vista del relacionamiento entre la Administración y la sociedad a la que ella se debe<sup>1</sup>.

En efecto, si bien las transformaciones del sector público pueden ser analizadas a partir de su incidencia en las teorías de la organización, de la actividad administrativa, de la relación jurídico administrativa, de la responsabilidad estatal y del equilibrio entre autoridad y libertad<sup>2</sup> o, más ampliamente, desde la comprobación de que el Derecho administrativo como disciplina experimenta cambios actuales<sup>3</sup> consecuentes a su mutabilidad y adaptabilidad históricas<sup>4</sup>, parece relevante poner el acento en la servicialidad que caracteriza a la Administración<sup>5</sup>.

Al pensar en la reforma administrativa, es preciso no olvidar que la justificación de la existencia de la Administración se encuentra en el servicio a los intereses colectivos<sup>6</sup>, de lo que deriva su naturaleza instrumental<sup>7</sup> o vicarial para el logro del bien común, su ser para otros<sup>8</sup>, a fin de que los componentes del cuerpo social –todos– puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

A su vez, entre las múltiples dimensiones que permiten el abordaje de la reforma administrativa, interesa considerar especialmente la tecnológica en el entendido de que el “e-government” o gobierno electrónico como nueva forma de

---

Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, Subsecretario de Defensa Nacional, Ministro de Salud Pública e interino de Economía y Finanzas, y Senador. E-mail: cdelpiazzo@olidelp.com

<sup>1</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Reforma del Estado y Descentralización”, en *Reforma del Estado, Descentralización y Gobiernos Departamentales* (I.C.I.-I.M.M., Montevideo, 1993), pág. 34 y sigtes.; y “Marco jurídico de la reforma de la salud”, en *Primer Seminario sobre Ajustes al Sistema de Servicios de Salud* (M.S.P.-F.A.S., Montevideo, 1995), pág. 43 y sigtes.; y Mariano R. Brito y Carlos E. Delpiazzo – “Derecho Administrativo de la Regulación Económica” (U.M., Montevideo, 1998), pág. 33.

<sup>2</sup> Juan Pablo Cajarville Peluffo – “Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo” (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), pág. 15 y sigtes.

<sup>3</sup> Tomás Ramón Fernández – “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su Tercera Centuria” (La Ley, Buenos Aires, 2002), pág. 87 y sigtes.

<sup>4</sup> Fernando Garrido Falla – “Las transformaciones del régimen administrativo” (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962), pág. 24 y sigtes.; Guy Carcassonne y otros – “Transformaciones del Derecho Público” (E.C.A., Buenos Aires, 1994), pág. 61 y sigtes.; y Agustín A. Gordillo – “El estado actual del Derecho Administrativo”, en *Rev. de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, 1993), Año 5, N° 14, pág. 287 y sigtes.

<sup>5</sup> Eduardo Soto Kloss – “Derecho Administrativo” (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I, pág. 83 y sigtes.; y “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real* (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.

<sup>6</sup> Jaime Rodríguez Arana Muñoz – “Reformas y modernización de la Administración pública española”, en *La Administración Pública Española* (INAP, Madrid, 2002), págs. 17 y 44; y “Cuestiones de Ética Social” (Lugo, 2000), pág. 20.

<sup>7</sup> Mariano R. Brito – “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.

<sup>8</sup> Mariano R. Brito – “Planificación y libertad en el Estado social de Derecho”, en *Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos* (Montevideo, 1977), N° 1, págs. 35, 40 y sigtes.; y “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001), N° 6, pág. 63 y sigtes.



relacionamiento entre los Gobiernos y los ciudadanos está requerido de un necesario abordaje desde la interrelación entre el Derecho y las nuevas tecnologías.

## II. EVOLUCIÓN

Si se mira el panorama de la reforma administrativa especialmente en América latina<sup>9</sup>, cabe advertir que mientras las llamadas reformas de **primera generación** apuntaron básicamente a la reducción del tamaño del Estado (enfoque cuantitativo), las denominadas de **segunda generación** se han centrado en los resultados de su proceder (enfoque cualitativo), poniendo el acento en la eficacia y eficiencia de sus servicios, en la reducción de la corrupción, y en la participación ciudadana.

Con independencia de los diversos modelos de reforma administrativa adoptados por cada país, es posible constatar en todos el empleo de mecanismos e instrumentos, dosificados en distintos grados, acerca de cuyo sentido y alcance no siempre existe acuerdo. Por eso, antes de ahora, he planteado la conveniencia de distinguir entre los supuestos conceptuales y las técnicas a usar en materia de reforma estatal<sup>10</sup>.

Al presente, en la construcción del nuevo modelo organizacional se asiste a un momento decisivo<sup>11</sup> de reforma estatal de **tercera generación**<sup>12</sup>, en la cual se fincan grandes expectativas: desde la Administración, por advertir el inmenso potencial de las tecnologías de la información y las comunicaciones para mejorar la prestación de todo tipo de servicios y la propia gestión administrativa, y desde la ciudadanía, por la posibilidad de acceder a más y mejor información, controlar a las autoridades, obtener trato igualitario y aumentar la eficiencia en el uso del tiempo y demás recursos.

---

<sup>9</sup> Rafael Martínez Puon – “Nuevos derroteros de la reforma administrativa en América latina”, en *Rev. Iberoamericana de Administración Pública* (INAP, Madrid, 2002), N° 8, pág. 156 y sigtes.

<sup>10</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Instrumentos usados para la reforma del Estado en Uruguay”, en *Rev. de Derecho del Mercosur* (La Ley, Buenos Aires, 1997), Año I, N° 2, pág. 67 y sigtes.

<sup>11</sup> Andrés Saravia – “Un momento decisivo para el gobierno electrónico” (A.M.F., Montevideo, 2005).

<sup>12</sup> Juan F. Mestre Delgado – “Nuevas tecnologías y Administración pública”, en *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, N° 265-266, pág. 117 y sigtes.; y Ricardo S. Piana – “Gobierno electrónico, organización en red y gobernabilidad democrática”, en *X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (Santiago de Chile, 2004), pág. 105 y sigtes.

### III. BASES DE LA REFORMA ESTATAL

#### 1. Supuestos teóricos

Respecto a los supuestos estructurales de la reforma estatal, corresponde referirse a los institutos de la privatización, la desestatización, la desburocratización, la desregulación y la descentralización<sup>13</sup>.

La **privatización** consiste en pasar algo del sector público (regulado por el Derecho público) al privado, lo que puede comprender tanto cosas como actividades, ser total o parcial, y llegar hasta la adopción de determinadas formas institucionales.

En cambio, la **desestatización** no puede identificarse con la privatización (ya que no existe coincidencia perfecta entre lo público y lo estatal), por lo que puede haber desestatización con privatización o sin ella (como ocurre cuando se crea una persona pública no estatal a partir de una repartición estatal). Consecuentemente, desestatizar implica pasar algo del ámbito estatal al no estatal, entendiendo la expresión estatal en el sentido de organización jurídica de la colectividad<sup>14</sup>.

Por **desburocratización** se entiende un conjunto de decisiones y acciones que procuran lograr un funcionamiento más eficiente de la Administración en relación a las cosas que ella misma hace o ejecuta; se trata de un proceso que pretende colocar al público en su posición de legítimo y único destinatario y razón de ser de la actividad administrativa<sup>15</sup>.

Por **desregulación** suele entenderse el conjunto de decisiones y acciones tendientes a dar valor a las reglas del mercado y de la competencia, quitando las normas que obstaculizan la libertad de decisión y de comportamiento de los agentes privados; hacen referencia no tanto a lo que el Estado hace directamente sino a lo que hace indirectamente, a través de la regulación de los mercados de bienes, de trabajo y de capital<sup>16</sup>.

Finalmente, la **descentralización** implica la ruptura del vínculo jerárquico (propio de la centralización) y su sustitución por relaciones de control que pueden tener distintos grados de intensidad<sup>17</sup>, aún cuando en el marco de las políti-

---

<sup>13</sup> Mariano R. Brito y Carlos E. Delpiazzo – “Derecho Administrativo de la Regulación Económica” cit., pág. 34 y sigtes., y 41 y sigtes.

<sup>14</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Actividad empresaria del Estado”, en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1990), tomo VII, N° 39, pág. 217.

<sup>15</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Desburocratización”, en Seminario sobre aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización (F.C.U., Montevideo, 1991), págs. 84 y 85.

<sup>16</sup> Daniel H. Martins – “Enfoque del Derecho Administrativo sobre la desregulación y la privatización”, en Seminario sobre aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización cit., pág. 78; y José Pini y Alberto Sayagués – “Desburocratización y desestatización” (O.N.S.C.-I.L.P.E.S., Montevideo, 1989), págs. 213 y 214.

<sup>17</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Bases conceptuales de la organización administrativa uruguaya”, en Rev. de Administración Pública Uruguaya, N° 22, pág. 61 y sigtes.; “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa – UNAM, México, 2005), pág. 48 y sigtes.; y “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2006), volumen 1, pág. 95 y sigtes.

cas de reforma administrativa, suele usarse la expresión con un alcance más amplio, abarcativo de la dimensión geográfica con proyecciones económicas y sociales, y también de aspectos de gestión en orden a posibilitar el acercamiento de las diversas Administraciones a los habitantes<sup>18</sup>.

## 2. Técnicas usuales

Para alcanzar uno o varios de los supuestos enunciados, las técnicas más frecuentes son las supresiones, las concesiones, las desmonopolizaciones, las fusiones, las asociaciones y las transformaciones.

Particularmente en las estrategias tendientes a la reducción del tamaño del aparato administrativo, las **supresiones** se erigen como una de las herramientas más radicales en tanto implican la eliminación lisa y llana de entidades estatales, de partes de las mismas, de actividades a su cargo, o de puestos de trabajo que conforman sus planillas presupuestales.

Las **concesiones**, tanto unilaterales como contractuales<sup>19</sup>, tienen por objeto crear un derecho en cabeza de alguien que no lo disponía hasta ese momento y, de ese modo, posibilitar el desempeño por terceros (de ahí, la difusión de la expresión tercerización) de actividades cometidas a la Administración.

A su vez, las **desmonopolizaciones** significan la supresión de monopolios anteriores, privilegiando la libre competencia<sup>20</sup>.

Las **fusiones** suponen la reunión de dos o más organizaciones públicas, sea por absorción o por integración, con consecuencias en su régimen de bienes y de personal.

Cuando la vinculación es entre una Administración pública y particulares, se está en presencia de **asociaciones**, las cuales pueden estar sometidas a un régimen primordialmente de Derecho público o de Derecho privado<sup>21</sup>.

Por último, las **transformaciones**, genéricamente consideradas, pueden referir tanto a la organización administrativa como a su actividad.

---

<sup>18</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Nuevas perspectivas de la descentralización”, en Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996 (F.C.U., Montevideo, 1997), pág. 107 y sigtes.

<sup>19</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Manual de Contratación Administrativa” (Montevideo, 1993), tomo II, pág. 71; y “Contratación Administrativa” (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004), pág. 381 y sigtes.

<sup>20</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Manual de Contratación Administrativa” cit., tomo II, pág. 96; y “Contratación Administrativa” cit., pág. 415.

<sup>21</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro Derecho público”, en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1978), Año II, N° 2, pág. 17 y sigtes.; y “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 1, pág. 171 y sigtes.

## IV. DIMENSIÓN TECNOLÓGICA DE LA REFORMA ESTATAL

### 1. Informatización administrativa

Según los entendidos, pueden distinguirse cuatro grandes etapas en la implementación del quehacer administrativo a través de medios informáticos y telemáticos<sup>22</sup>:

- a) la **primera etapa** consiste en la creación de un portal institucional, lo que implica utilizar Internet para hacer disponible información de interés (publicación de objetivos y metas, datos estadísticos, información sobre trámites, etc.), la cual fluye *en un solo sentido*, como ocurre en muchos sitios web de organismos gubernamentales;
- b) la **segunda etapa** requiere la posibilidad de una comunicación *en ambos sentidos*, comenzando con la simple implantación de una dirección de “e-mail” donde se permita a los ciudadanos dar información, realizar consultas y efectuar reclamos, como ocurre también en una cantidad importante de sitios web de entidades estatales;
- c) la **tercera etapa** supone implantar funcionalidades estructuradas que permitan a los particulares realizar *transacciones* por medio de este nuevo canal de comunicación con cada Administración (tales como renovación de una licencia, pago de una multa o inscripción para un curso o actividad, y el ingreso de la nómina de trabajadores de las empresas a efectos de sus aportes sociales o de las declaraciones juradas de impuestos respectivamente);
- d) la **cuarta etapa** implica la instalación de un portal *integrador* que vincule a multiplicidad de Administraciones, abarcando todos los servicios posibles desde Internet.

### 2. Adecuación jurídica

Para que el cambio tecnológico sea asumido y no sufrido por la Administración y también por la sociedad, se requiere que el Derecho se adecue a la nueva realidad emergente<sup>23</sup>.

Al respecto, bien se ha dicho que “una vez aceptada la validez jurídica de los documentos electrónicos y el reconocimiento de la firma electrónica con valor igual entre la Administración pública y los privados, la convergencia permite a

---

<sup>22</sup> José Abo – “Los gobiernos e Internet”, en Rev. de Antiguos Alumnos del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (Montevideo, 2000), Año 3, N° 3, pág. 24 y sigtes.

<sup>23</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Marco legal de la automatización de la actividad administrativa”, en Rev. Iberoamericana de Derecho Informático (UNED, Mérida, 1998), N° 19-22, pág. 699 y sigtes.; y “Automatización de la actividad administrativa en el marco de la reforma del Estado”, en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 1998), tomo VI, pág. 17 y sigtes.

la Administración pública comunicarse entre sus distintas dependencias y con los ciudadanos<sup>24</sup>.

Nuestro país no sólo reconoce plena validez al documento y a la firma electrónicos, sino que ha avanzado en la regulación del expediente electrónico y ha dado pasos específicos en lo que refiere a la actuación estatal unilateral y la contratación administrativa por vía telemática.

En primer lugar, en cuanto al **reconocimiento del documento electrónico**<sup>25</sup>, prescindiendo de otros antecedentes, corresponde citar el art. 129 de la ley N° 16.002 de 25 de noviembre de 1988, que nos ubica ante un supuesto de prueba tasada. Al tenor de la referida norma, “La documentación emergente de la transmisión a distancia, por medios electrónicos, entre dependencias oficiales, constituirá, de por sí, documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos en cuanto a la existencia del original transmitido”. A renglón seguido, el art. 130 de la misma ley previó que “el que voluntariamente transmitiere a distancia entre dependencias oficiales un texto del que resulte un documento infiel, incurrirá en los delitos previstos por los arts. 236 a 239 del Código Penal, según corresponda”, los que refieren a la falsificación documentaria material o ideológica.

Posteriormente, el art. 697, inc. 1° de la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 dispuso que “la documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe, a todos sus efectos, en cuanto a la existencia del original transmitido”.

De este modo, se amplió el antecedente del art. 129 de la citada ley N° 16.002 en dos aspectos sustanciales, a saber:

- a) sustituyendo la referencia a “medios electrónicos” por la más precisa y abarcativa de “medios informáticos o telemáticos”; y
- b) eliminando la frase “entre dependencias oficiales”, lo que apareja la universalización de la solución legal.

A su vez, el inc. 2° del mismo art. 697 agrega que “el que voluntariamente transmitiere un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento almacenado en soporte magnético, o su respaldo, incurrirá en los

---

<sup>24</sup> Antonio Martino – “E-government: la convergencia es su motor, la privacy su límite”, en Anales de las 30 Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa (Buenos Aires, 2001), pág. 508.

<sup>25</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Derecho Informático Uruguayo” (Idea, Montevideo, 1995), pág. 45 y sigtes.; “El documento y la firma ante las N.T.I. en Uruguay”, en XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (F.C.U., Montevideo, 2002), pág. 734 y sigtes.; “El documento electrónico frente a la integración”, en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), pág. 333 y sigtes.; y “Documentación electrónica de los negocios en Internet”, en VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (México, 2000), pág. 462 y sigtes.

delitos previstos por los arts. 236 a 239 del Código Penal, según corresponda”, ampliando de ese modo los comportamientos reprimibles.

En segundo lugar, con relación a la **admisión de la firma electrónica**<sup>26</sup>, el art. 695 de la ley N° 16.736 antes citada estableció genéricamente que “la firma autógrafa podrá ser sustituida por contraseñas o signos informáticos adecuados”.

Quiere decir que, sin definir la firma electrónica ni sus especies, se recoge implícitamente el principio de la equivalencia funcional con la firma manuscrita, debiendo interpretarse que la referencia legal a “contraseñas o signos informáticos adecuados” es de una amplitud suficiente para amparar la adopción de distintas técnicas de autenticación, con proyección en la seguridad o confiabilidad de la información contenida en los actos o procedimientos de que se trate, acorde al estado del desarrollo tecnológico en el momento de que se trate.

Más explícitamente, la ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 estableció en su art. 25: “Autorízase en todo caso la firma electrónica y la firma digital, las que tendrán idéntica validez y eficacia a la firma autógrafa, siempre que estén debidamente autenticadas por claves u otros procedimientos seguros, de acuerdo a la tecnología informática” (inc. 1°). Agregó que “La prestación de servicios de certificación no estará sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia, sin que ello implique sustituir o modificar las normas que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas para dar fe pública o intervenir en documentos públicos” (inc. 2°).

Reglamentando dicha disposición, el Decreto N° 382/003 de 17 de setiembre de 2003 define la firma digital, considerando tal “el resultado de aplicar a un documento un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control” (art. 2°). Agrega que “La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, de manera tal que dicha verificación permita, simultáneamente, identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma” (lit. a).

---

<sup>26</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Adecuación del Derecho a la necesidad de la firma electrónica”, en *Informática y Derecho* (Depalma, Buenos Aires, 2001), volumen 7, pág. 113 y sigtes.; “Autenticación de las operaciones en Internet”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2001), tomo I, pág. 253 y sigtes.; “Validez y eficacia de la firma electrónica”, en *Tribuna del Abogado* (Montevideo, 2000), N° 117, págs. 16 y 17; “De la firma manuscrita a la firma electrónica: un caso de impacto de la Tecnología sobre el Derecho”, en *Rev. de Antiguos Alumnos del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo* (Montevideo, 2001), Año 4, N° 1, pág. 76 y sigtes.; “De la caligrafía a la criptografía”, en *Anales de las 30 Jornadas Argentinas de Informática e Investigación operativa* (Buenos Aires, 2001), pág. 209 y sigtes.; y “Relevancia jurídica de la encriptación y la firma electrónica en el comercio actual”, en *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (México, 2000), pág. 130 y sigtes.

En tercer lugar, por lo que refiere al **procedimiento administrativo electrónico**<sup>27</sup>, marca un hito en el ordenamiento jurídico nacional la aprobación del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991, que lo moderniza y establece un conjunto de soluciones de principio y de carácter instrumental tendientes a la aplicación de las nuevas tecnologías de la información en ese ámbito.

Con posterioridad, la base legislativa para el desarrollo del expediente electrónico la aportaron los arts. 694 a 697 de la citada ley N° 16.736, reglamentados por el Decreto N° 65/998 de 10 de marzo de 1998, que desarrolla los siguientes aspectos a través de cada uno de sus cuatro capítulos:

- a) el primero contiene un conjunto de disposiciones generales referidas a la sustanciación de las actuaciones administrativas por vía informática y al expediente electrónico;
- b) el segundo refiere a las normas de procedimiento aplicables a los expedientes tramitados electrónicamente;
- c) el tercero regula la firma electrónica y digital; y
- d) el último repite las normas legales que penalizan las falsificaciones de documentos informáticos.

Al tenor de su art. 2º, “se entiende por expediente electrónico, la serie ordenada de documentos públicos registrados por vía informática, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado”. A continuación, en línea con la ley que se reglamenta, el art. 3º reconoce que “el expediente electrónico tendrá la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional”.

Más recientemente, la antes mencionada ley N° 17.243 impuso al Estado, a los Entes Autónomos y a los Servicios Descentralizados (art. 24) y facultó a los Gobiernos Departamentales (art. 26) a implantar el expediente electrónico para la sustanciación de todas las actuaciones administrativas, disponiendo los actos jurídicos y operaciones materiales tendientes a su logro en el menor tiempo posible.

Asimismo, el art. 24, inc. 2º de dicha ley estableció que “El expediente electrónico es la serie ordenada de documentos registrados por vía informática, provenientes de la Administración o de terceros, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado, teniendo la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional”. De este modo, se amplía la

---

<sup>27</sup> Carlos E. Delpiazzo – “El procedimiento administrativo y las nuevas tecnologías de la información”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* (Montevideo, 1992), tomo VIII, N° 48, pág. 420 y sigtes.; “Informatización de la actividad administrativa. Hacia el expediente electrónico en Uruguay”, en *Rev. Actualidad en el Derecho Público* (Buenos Aires, 1997), N° 6, pág. 3 y sigtes.; “Regulación del procedimiento administrativo electrónico”, en *Procedimiento Administrativo Electrónico* (O.N.S.C., Montevideo, 1998), pág. 151 y sigtes.; “Nuevo horizonte para la automatización administrativa en Uruguay. A propósito de la aprobación del Decreto N° 65/998

caracterización contenida antes en el Decreto N° 65/998, al tenor de cuyo art. 2°, se consideraba expediente electrónico “la serie ordenada de documentos públicos registrados por vía informática, tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado”.

En cuarto lugar, como consecuencia del marco normativo descrito, no sólo el posible que el procedimiento administrativo común y muchos procedimientos administrativos especiales se desarrollen íntegramente mediante tramitación electrónica sino que se posibilita el **acto administrativo automático**.

Sobre el particular, ya he tenido oportunidad de sostener reiteradamente<sup>28</sup> la viabilidad jurídica de automatizar todas aquellas manifestaciones unilaterales de voluntad de la Administración productoras de efectos jurídicos (actos administrativos) correspondientes a actividades integralmente regladas o aún discrecionales (como es el caso de la adjudicación), en este último caso mediante la implementación de sistemas expertos capaces de emular la conducta de un experto humano dentro de un dominio limitado a partir del llamado “razonamiento cibernético” que, no obstante sus radicales diferencias con el razonamiento jurídico, constituye una herramienta útil para la adopción de decisiones.

En quinto lugar, en materia de **contratación administrativa electrónica**, la misma ha venido a ser posibilitada a través de la normativa procedimental reseñada y de múltiples reglamentos que han dado cabida al progreso informático y telemático en la materia<sup>29</sup>.

Además, por virtud de lo dispuesto en el art. 163 de la ley N° 17.556 de 18 de setiembre de 2002 se dispuso que todos los organismos públicos estatales “deberán dar a publicidad el acto de adjudicación de las licitaciones públicas y abreviadas, las contrataciones en régimen de excepción –básicamente, las directas– las ampliaciones de las mismas y los actos de reiteración del gasto por observación del Tribunal de Cuentas” (inc. 1°). Añadió la norma que “Dichos organismos tendrán la obligación de enviar al medio electrónico que determine el Poder Eje-

---

sobre procedimiento administrativo electrónico”, en Rev. Derecho de la Alta Tecnología (Buenos Aires, 1998), Año X, N° 116, pág. 24 y sigtes.; e “Informatización del procedimiento administrativo común”, en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), pág. 776 y sigtes.

<sup>28</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Acto administrativo automático”, en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), pág. 943 y sigtes.; “El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático”, en Recopilación de conferencias y exposiciones (UTE, Montevideo, 1999), pág. 46 y sigtes.; “Acto administrativo y reglamento en el Derecho uruguayo”, en Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento (R.A.P., Buenos Aires, 2002), pág. 574 y sigtes.; “Notas para una caracterización actual del acto administrativo”, en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 2002), tomo IX, pág. 25 y sigtes.

<sup>29</sup> Carlos E. Delpiazzo – “El e-procurement o el nuevo rostro de la contratación administrativa”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2003), tomo III, págs. 325 y sigtes.; “Estado actual de la contratación administrativa”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2000), N° 17, págs. 127 y 128; “Normas y principios de la contratación administrativa” (F.C.U., Montevideo, 2002), pág. 38 y sigtes.; y “Caracteres e innovaciones en la contratación administrativa”, en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Curitiba, 2003), N° 13, pág. 97 y sigtes.



cutivo, la mencionada información en la forma y condiciones que establezca la reglamentación, sin que ello genere costo adicional alguno para el organismo obligado” (inc. 2°).

Con anterioridad, por Resolución del Poder Ejecutivo N° 1.177/999 de 15 de diciembre de 1999, se había aprobado un sistema de pago por transferencia electrónica a proveedores del Estado. En virtud de dicha disposición, se adecuó al ámbito específico de la relación entre la Administración y sus cocontratantes la normativa y experiencia preexistente en materia de transferencias electrónicas de fondos<sup>30</sup>.

## V. HACIA LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

### 1. Caracterización

En orden a su caracterización, puede decirse que la “Administración electrónica” –también llamada “ciber Administración”, “Administración virtual”, “Administración digital”, “Administración on line” o “tele Administración”– como manifestación del Gobierno electrónico<sup>31</sup>, comprende y designa todos aquellos mecanismos e infraestructuras informáticas y telemáticas que permiten la prestación de servicios, tanto a los ciudadanos como a las empresas, así como los que facilitan la interconexión y la gestión integrada de los asuntos internos entre los distintos órganos y organismos que componen la Administración<sup>32</sup>.

Quiere decir que la noción de Gobierno electrónico es más abarcativa que la de Administración electrónica pero, sin duda, la comprende. Ello es así porque bajo el rótulo de Gobierno electrónico se comprende desde la provisión de servicios al ciudadano hasta la llamada democracia electrónica como ámbito de participación popular para la toma de decisiones.

Al poner la atención en la “Administración electrónica” como un capítulo dentro del “Gobierno electrónico”, es preciso examinar qué agrega el calificativo “electrónica” al sustantivo “**Administración**”.

En tal sentido, corresponde recordar que, *en sentido etimológico*, la palabra “administrar” proviene del latín “ad” y “ministrare”, que significa “servir a”. Quiere

---

<sup>30</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Regulación jurídica de las transferencias electrónicas de fondos”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 1992), N° 2, pág. 11 y sigtes.; “Transferencias electrónicas de fondos. Los medios de prueba”, en Rev. Tributaria (Montevideo, 1989), tomo XVI, N° 90, pág. 216 y sigtes., y en Rev. FELABAN (Bogotá, 1989), N° 74, pág. 73 y sigtes.; y “Derecho Informático Bancario” (IEEM, Montevideo, 1990), pág. 27 y sigtes.

<sup>31</sup> Carlos E. Delpiazzo – “La Administración y el Gobierno electrónico”, en CD del XI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática” (Panamá, 2006); y “Telecomunicaciones y Administración”, en Fernando Galindo (Coordinador) – “Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los Poderes públicos” (Civitas, Madrid, 2006), pág. 449 y sigtes.

<sup>32</sup> Francisco Javier Sanza Larruga – “Las bases jurídicas de la Administración electrónica en España: el uso de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas en las Administraciones públicas”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Año 2002, N° 6, pág. 714.

decir que la propia génesis de la palabra está poniendo de relieve el carácter servicial de la Administración para la procura del bien común, entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección<sup>33</sup>.

A partir de dicha significación de base, *en sentido técnico*, el vocablo admite dos acepciones:

- a) desde el punto de vista objetivo, refiere a la actividad que se traduce en las tareas o cometidos direccionados al logro del aludido bien común, expresado generalmente en el Derecho positivo como interés público o interés general;
- b) desde el punto de vista subjetivo, es el conjunto de órganos que realizan dicha actividad, o sea, la organización que la tiene a su cargo y que suele denominarse como Administración pública (en singular) o Administraciones públicas (en plural) para significar su complejidad actual.

La calificación de “**electrónica**” aplicada a la “Administración” no altera la esencia de ésta. En tal sentido, interesa destacar que la ley de Presupuesto Nacional N° 17.930 de 19 de diciembre de 2005, al crear la Agencia para el Desarrollo del Gobierno Electrónico, establece que “Su objetivo será procurar la mejora de los servicios al ciudadano, utilizando las posibilidades que brindan las tecnologías de la información y las comunicaciones” (art. 72).

Por lo tanto, en concordancia con el sentido natural y la misión vicarial de la Administración, la norma destaca el propósito de mejorar los servicios a los integrantes del cuerpo social y, de ese modo, cumplir de mejor modo con lo que es su razón de ser.

## 2. Enfoque desde la organización

El avance hacia una Administración electrónica nos ubica ante una nueva forma de **descentralización operativa**, caracterizada no desde el punto de vista jurídico sino desde la perspectiva de lo que ha dado en llamarse “el Estado descentralizado en Internet”<sup>34</sup> mediante la coherente integración en las redes y en los servicios de comunicaciones electrónicas del conjunto de las Administraciones públicas, cualquiera sea su naturaleza jurídica y posición institucional.

Se trata de un sentido nuevo de la descentralización, distinto al estrictamente jurídico y mucho más amplio. En efecto, mientras que para los estudiosos del Derecho público la descentralización implica la ruptura del vínculo jerárquico (definitorio de la centralización) y su sustitución por relaciones de control<sup>35</sup>, en la especie se asiste a una extensión de su significado, comprensiva de una dimen-

<sup>33</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., pág. 7.

<sup>34</sup> Angel Sánchez Blanco – “Las Administraciones Públicas e Internet”, en Separata del Boletín Informativo del Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid, 2001), N° 4, pág. 7.

<sup>35</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., pág. 48 y sigtes.

sión social y también de aspectos de gestión en orden a posibilitar el acercamiento de las diversas Administraciones a todos los habitantes con independencia del lugar en que se encuentren.

Es que la gestión electrónica posibilita un modelo de **arquitectura más horizontal** que vertical (como, en cambio, se muestra la organización burocrática tradicional), que vincula y permite el acceso y la interoperabilidad sistémica de la información de las diferentes instituciones entre sí y con los integrantes de la sociedad<sup>36</sup>.

### 3. Enfoque desde la actividad

Desde el punto de vista de la actividad administrativa, es evidente que las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones posibilitan una **gestión transparente**.

En efecto, cuando se habla de transparencia de la gestión administrativa, “se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal”<sup>37</sup>.

Más allá de la publicidad, la transparencia refiere a la diafanidad del obrar público, permitiendo ver con claridad el actuar de la Administración en la disposición y uso de los fondos públicos y en el obrar de sus funcionarios; “constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el gobierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen”<sup>38</sup>.

Se trata de subrayar cómo la sociedad quiere que sea la Administración de principios del siglo XXI: no sólo debe servir sino que debe mostrar cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático, con un funcionamiento transparente que la transforme en una verdadera casa de cristal.

Además, es inocultable que la Administración electrónica propende a la **desburocratización** mediante el efectivo acercamiento al ciudadano y la simplificación de la tramitación burocrática tradicional.

---

<sup>36</sup> Ricardo S. Piana – “Gobierno electrónico, organización en red y gobernabilidad democrática” cit., pág. 83 y sigtes.

<sup>37</sup> Carlos E. Delpiazzo – “La regulación legal del control social y transparencia”, en Rev. de Antiguos Alumnos del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (Montevideo, 2002), Año 5, N° 1, pág. 29 y sigtes.; “Control social de la Administración y transparencia”, en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2003), N° 11, pág. 43 y sigtes.; y “De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2003), Año II, N° 3, pág. 113 y sigtes.

<sup>38</sup> Richard S. Werksman y Carlos Mamfroni – “La transparencia y la Convención Interamericana contra la Corrupción”, en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1996), Año 8, N° 21-23, pág. 346.

Según se destaca en la Exposición de Motivos de la ley española N° 11/2007 de 22 de junio de 2007 sobre acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, “Las tecnologías de la información y las comunicaciones hacen posible acercar la Administración hasta la sala de estar de los ciudadanos o hasta las oficinas y despachos de las empresas y profesionales. Les permiten relacionarse con ellas sin colas ni esperas... Esas condiciones permiten también a los ciudadanos ver a la Administración como una entidad a su servicio y no como una burocracia pesada que empieza por exigir, siempre y para empezar, el sacrificio del tiempo y del desplazamiento que impone el espacio que separa el domicilio de los ciudadanos y empresas de las oficinas públicas. Pero, además de eso, las nuevas tecnologías de la información facilitan, sobre todo, el acceso a los servicios públicos a aquellas personas que antes tenían grandes dificultades para llegar a las oficinas públicas, por motivos de localización geográfica, de condiciones físicas de movilidad u otros condicionantes, y que ahora se pueden superar por el empleo de las nuevas tecnologías”.

## VI. POSIBILIDADES QUE ABREN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

### 1. Accesibilidad a la información pública

El tránsito hacia a la Administración electrónica impone que se garantice la accesibilidad por todos a la información y servicios que correspondan.

Ello implica no sólo superar la denominada “brecha tecnológica” que separa a “enchufados y desenchufados” a la red de redes<sup>39</sup> mediante la extensión de las telecomunicaciones, sino garantizar efectivamente la generalización de la disponibilidad de Internet, sea incluyéndola en la cobertura del servicio universal de telecomunicaciones, sea a través de otras soluciones facilitadoras en tal sentido<sup>40</sup>.

Las nuevas tecnologías constituyen un instrumento fundamental para luchar contra el “secretismo” administrativo que muestran algunas oficinas administrativas que desconocen los principios republicanos y actúan como dueños privados de los expedientes que tramitan, invirtiendo la regla y exigiendo un acto positivo para dar acceso a las actuaciones inherentes a su gestión.

Reaccionando contra dicha mala práctica, la ley anticorrupción N° 17.060 de 23 de diciembre de 1988 consagra como “conductas contrarias a la probidad en la función pública”, entre otras, las siguientes: “negar información o documentación que haya sido solicitada en conformidad con la ley”, y “usar en beneficio propio o de terceros información reservada o privilegiada de la que se tenga

---

<sup>39</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Regulación de Internet”, en anuario “Derecho Informático” (Montevideo, 2001), tomo I, págs. 79 y 80.

<sup>40</sup> Juan M. De La Cuetara – “El acceso a Internet: Modalidades y posibles vías de generalización”, en A.A.V.V., “Derecho sobre Internet” (Banco Santander Central Hispano, Madrid, s/f), N° 3, pág. 7 y sigtes.

conocimiento en el ejercicio de su función” (art. 22, nums. 1 y 5). Agrega el art. 7° que “Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada. En todo caso, bajo la responsabilidad a que hubiere lugar por Derecho”.

Quiere decir que se considera un deber del funcionario público informar ampliamente al habitante que lo requiera, a la vez que se considera una práctica corrupta o contraria a la probidad beneficiarse de información reservada a la que se haya accedido en razón de la función<sup>41</sup>.

Siendo así, es dable observar una tendencia firme –no siempre respaldada por la realidad práctica– a afirmar la accesibilidad de los habitantes a la información administrativa, garantizando su efectividad a través de acciones jurisdiccionales especiales frente a los supuestos en que la Administración requerida se niegue o guarde silencio frente a una concreta solicitud de información.

## 2. Participación ciudadana

Existiendo accesibilidad real, se abre un ancho cauce de participación ciudadana a través de la red, siempre que los habitantes sean informados y consultados en los asuntos que les conciernen<sup>42</sup>.

Al respecto, interesa distinguir entre participación política y administrativa por un lado, y entre participación presencial y virtual por otro<sup>43</sup>.

Por lo que refiere al primero de dichos deslindes, puede definirse a la *participación política* como “cualquier acción de los ciudadanos dirigida a influir en el proceso político y en sus resultados”, comprendiendo acciones tendientes a incidir en la composición de los órganos y cargos representativos, en las actitudes de los políticos y en la respuesta a decisiones tomadas, abarcando también la actuación en organizaciones que buscan objetivos colectivos<sup>44</sup>. En cambio, la *participación administrativa* posee un alcance más restringido ya que refiere especí-

---

<sup>41</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Ética en el ejercicio de la función administrativa”, en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2003), N° 3, pág. 27 y sigtes.; “Juridización de la ética pública”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2004), Año III, N° 6, pág. 7 y sigtes., y en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2005), N° 15.

<sup>42</sup> Laura Nahabetian – “Protagonistas del cambio. Derechos ciudadanos y nuevas tecnologías”, en X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Santiago de Chile, 2004), pág. 120 y sigtes.

<sup>43</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Dimensión tecnológica de la participación del administrado en el Derecho uruguayo”, en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2005), N° 5, pág. 63 y sigtes.; y en Rogerio Gesta Leal (Organizador) – “Administração Pública e Participação Social na América Latina” (Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2005), pág. 117 y sigtes.

<sup>44</sup> Eva Anduiza y Agustí Bosch – “Comportamiento político y electoral” (Ariel, Barcelona, 2004), pág. 26 y sigtes.

ficamente al relacionamiento de la Administración con los administrados, sea individual o colectivamente considerados, de modo que la dualidad “Estado – ciudadano” (que especifica la participación política) se traduce aquí en la relación “Administración – administrado”.

En cuanto a la segunda de las aludidas distinciones, mientras que la *participación presencial* supone la actuación personal del administrado frente al funcionario de la Administración (ordinariamente materializada en un expediente soportado en papel), la *participación virtual* es aquella que se concreta a distancia a través de medios informáticos y telemáticos (dando lugar al expediente electrónico en soporte digital)<sup>45</sup>.

La diferenciación entre participación política y participación administrativa puede traducirse en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones en la distinción entre lo que se ha llamado “democracia electrónica” por un lado y “Administración electrónica” por otro, ambos conceptos susceptibles de ser encartados dentro de la genérica denominación amplia de “Gobierno electrónico” según ya se señaló más arriba. Mientras que la llamada “ciberdemocracia” refiere a la participación ciudadana<sup>46</sup> a través de mecanismos interactivos de acceso a la información y consulta directa y, en especial, del voto electrónico<sup>47</sup>, la “Administración electrónica” trata de la relación cotidiana de las Administraciones entre sí y con los administrados en aspectos relativos al cumplimiento de los cometidos asignados a aquéllas.

### 3. Nuevos sujetos y servicios

El advenimiento de la Administración electrónica no excluye la competencia estatal de regulación y control –con la consiguiente organización especializada en la materia– y, de modo especial, el rol de acreditación o habilitación en su caso, de los diversos sujetos y de los diferentes servicios.

**En el ámbito de las Telecomunicaciones**, no obstante la liberalización que es posible comprobar a nivel de Derecho comparado, no sólo se requiere la comprobación del cumplimiento de determinados requisitos para acceder, me-

---

<sup>45</sup> José V. Cebrian y José L. Gonzalez – “Participación política: de la participación presencial a la virtual: la manifestación a través de Internet”, en Ponencias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Lima, 2000), pág. 119 y sigtes.

<sup>46</sup> Gerardo Caetano y Ruben M. Perina – “Informática, Internet y Política” (Centro Latino Americano de Economía Humana, Montevideo, 2003), pág. 145 y sigtes.; y Marcelo Bauzá – “Enfoque y experiencias de e-democracy”, en anuario “Derecho Informático” (Montevideo, 2003), tomo III, pág. 277 y sigtes.

<sup>47</sup> Ana Brian – “Acerca del voto electrónico”, en anuario “Derecho Informático” (Montevideo, 2004), tomo IV, pág. 41 y sigtes.; y Jordí Barrat Esteve – “El derecho de sufragio ante el reto de las votaciones electrónicas”, en X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Santiago de Chile, 2004), pág. 133 y sigtes.

diante autorizaciones, a la prestación de los diferentes servicios, sino que el uso del espectro radioeléctrico se encuentra especialmente regulado<sup>48</sup>.

Dejando de lado la *radiodifusión* –que ordinariamente tuvo regímenes propios– junto a la clásica *telefonía fija*<sup>49</sup>, tanto nacional como internacional, apareció la *telefonía móvil*, avanzando rápidamente en sucesivas generaciones desde el punto de vista técnico<sup>50</sup> y suscitando cuestiones nuevas en materia de infraestructuras asociadas<sup>51</sup>, así como los llamados *servicios de valor agregado*<sup>52</sup>, también planteando una problemática jurídica novedosa.

Al mismo tiempo, la superación de los antiguos monopolios o exclusividades, con la consiguiente pluralidad de operadores, ha conducido al establecimiento de procedimientos y reglas para la interconexión de redes<sup>53</sup>, de modo que las infraestructuras de telecomunicaciones no pongan a sus titulares en una posición de dominio frente a los restantes operadores.

**En el campo propio de Internet**, el espacio telemático exhibe asimismo la intervención de una pluralidad de nuevos sujetos y servicios<sup>54</sup>.

Entre ellos, corresponde mencionar en primer término a los *proveedores de acceso*. Dado que Internet es una red de redes formada por millones de terminales en casi todo el planeta, que usa como medio de comunicación las redes de telecomunicaciones públicas y privadas existentes, para acceder a Internet lo primero que se necesita es una conexión a una red de telecomunicaciones.

Por lo tanto, cuando un usuario se conecta a Internet lo hace normalmente a través de dos servicios de telecomunicaciones que se prestan simultáneamente, pudiendo serlo por uno o dos operadores<sup>55</sup>:

- a) el primero es el servicio de conexión a un Proveedor de Servicios de Internet (PSI o ISP, “Internet Service Provider”), que generalmente se realiza utilizando la red telefónica conmutada, denominándose al sujeto prestador Proveedor de Acceso a Internet (PAI o IAP, “Internet Access Provider”); y

---

<sup>48</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Derecho de las Telecomunicaciones” (U.M., Montevideo, 2005), pág. 42 y sigtes.

<sup>49</sup> Raquel Dias da Silveira – “Regime jurídico dos serviços de telefonia fixa” (Editora Forum, Belo Horizonte, 2003), pág. 121 y sigtes.

<sup>50</sup> Hernán E. Colombo – “Régimen jurídico de la telefonía móvil” (Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003), pág. 23 y sigtes.

<sup>51</sup> Andrés Molina Giménez – “Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico” (Aranzadi, Navarra, 2002), pág. 83 y sigtes.

<sup>52</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Derecho de las Telecomunicaciones” cit., pág. 46 y sigtes.

<sup>53</sup> Alejandro de Kemmeter – “Telecomunicaciones: régimen jurídico de la interconexión de redes”, en Circular Letter N° 55 (en <http://revistarap.com.ar>).

<sup>54</sup> Carlos E. Delpiazzo y María José Viega – “Lecciones de Derecho Telemático” cit., pág. 79 y sigtes.

<sup>55</sup> Cristina Herranz Conde – “Los proveedores de servicios de Internet”, en Javier Cremades, Miguel Fernández Ordóñez y Rafael Illescas (Coordinadores) – “Régimen jurídico de Internet” (La ley, Madrid, 2002), pág. 793 y sigtes.

- b) el segundo es el servicio de conectividad que brinda el aludido PSI, que cuenta con los medios técnicos y humanos necesarios para que los usuarios finales accedan a Internet a través de su conexión a la red global, normalmente a cambio de un pago.

Para el desenvolvimiento de las actividades propias de los proveedores de acceso, el Derecho comparado exhibe distintos sistemas, no obstante lo cual es común la exigencia de licencias o autorizaciones de telecomunicaciones, siendo frecuente que las empresas del sector brinden los servicios de acceso como un rubro adicional a su competencia originaria.

En segundo lugar, corresponde referirse a los *proveedores de hospedaje* (“hosting”), que son intermediarios técnicos que proveen alojamiento a quienes se lo requieran respecto a sus archivos informáticos o sitios web. Se trata de una modalidad de prestación de servicios consistente en proporcionar al cliente, gratuitamente o mediante el pago de un precio, el derecho de hospedaje en un servidor (propio o sobre el cual se dispone de un derecho de uso), poniendo a disposición del público la información alojada<sup>56</sup>.

Ordinariamente, la actividad propia de los proveedores de hospedaje no está requerida de exigencias habilitantes, desenvolviéndose en el ámbito de la libertad de trabajo, comercio e industria.

En tercer lugar, existen *proveedores de otros servicios* que intermedian técnicamente entre los iniciadores y destinatarios de mensajes en la red de redes, muchos de los cuales no se limitan a la prestación exclusiva de un determinado tipo de servicio sino que ofrecen varios, lo que hace difícil una presentación exhaustiva de los mismos.

No obstante, con un carácter eminentemente descriptivo, se puede clasificar a los proveedores de servicios en Internet, en atención a las operaciones primordialmente realizadas por cada uno de ellos, en función de lo cual es posible diferenciar entre proveedores de transporte de mensajes de datos desde el iniciador al destinatario, prestación de acceso a las redes a través de las cuales dicho transporte es llevado a cabo, servicios que añaden valor a dichos acceso o transporte, y certificación de firmas electrónicas.

Sin perjuicio de la amplitud y diversidad de objetos que pueden exhibir los prestadores de servicios propios de la sociedad de la información en el ámbito de Internet, por lo general el Derecho comparado no exige especiales títulos habilitantes para el cumplimiento de tales giros. No obstante, cuando los mismos son prestados por empresas de telecomunicaciones, se aplican a su respecto las disposiciones previstas en el respectivo ordenamiento jurídico sectorial.

---

<sup>56</sup> Ricardo Lorenzetti – “Comercio electrónico” (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001), págs. 277 y 278.



En cuarto lugar, especial consideración merecen los *proveedores de servicios de certificación* (PSC), los cuales son personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que realizan actividades relacionadas con la función identificatoria de la firma digital, siendo su labor más representativa la de expedir certificados electrónicos<sup>57</sup>.

En quinto lugar, a diferencia de los sujetos examinados hasta aquí, los *proveedores de contenidos* no son meros prestadores de servicios sino que producen o brindan información de los más variados tipos desde una posición activa –sean los autores de esa información o la hayan obtenido de terceros– haciéndolo en forma de página web, video, audio, noticias u otras manifestaciones posibilitadas por las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Siendo así, puede ocurrir que los contenidos informativos volcados a la red sean lícitos o ilícitos, morales o inmorales, útiles o inútiles, agradables o desagradables, protegidos o de libre uso<sup>58</sup>.

Debido a las diversas formas en que la comunicación en Internet se produce, un simple usuario puede recibir y emitir información; el chat, el correo electrónico o los grupos de discusión son formas interactivas de comunicación que facilitan a los usuarios la doble posibilidad de ser al mismo tiempo receptores y emisores, a diferencia de lo que acontece con los medios de comunicación tradicionales. Significa que, una vez que se accede al ciberespacio, cualquiera puede convertirse en proveedor de contenidos y viceversa.

Sin embargo, de ordinario, cuando se habla de proveedores de contenidos, no se alude a cualquier usuario circunstancialmente productor de datos o informaciones sino a quienes realizan esa actividad en forma habitual, razón por la cual pueden ser considerados profesionales de lo que hacen, con todas las consecuencias que ello conlleva.

Por lo general, el Derecho comparado no contempla peculiares exigencias para el desarrollo de las actividades profesionales de provisión de contenidos, las cuales se desenvuelven en el marco de libertades fundamentales reconocidas internacionalmente y en los ordenamientos jurídicos nacionales.

#### 4. Tutela de la información privada

Desde el punto de vista de la actividad administrativa, la transparencia posibilita una gestión visible, es decir, que puede ser conocida y comprendida, por

---

<sup>57</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Adecuación del Derecho a la necesidad de la firma electrónica”, en *Informática y Derecho* (Buenos Aires, 2001), volumen 7, pág. 113 y sigtes.; y “De la caligrafía a la criptografía”, en *Anales de las 30 Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa* (Buenos Aires, 2001), pág. 209 y sigtes.

<sup>58</sup> Javier Cremades – “Problemática de los contenidos”, en Javier Cremades, Miguel Fernández Ordóñez y Rafael Illescas (Coordinadores) – “Régimen jurídico de Internet” (La ley, Madrid, 2002), pág. 237 y sigtes.

contraposición a lo cerrado, misterioso, inaccesible o inexplicable. Igualmente, la transparencia se asocia a una carga afectiva ligada a la tranquilidad y serenidad provocada por todo aquello que se domina y racionaliza, por oposición a la angustia y perturbación de lo misterioso y desconocido. Además, del contraste entre las sombras y la luz, entre opacidad y transparencia, nacen nuevos métodos que tratan de referir el principio de legalidad, como límite y fundamento de la acción administrativa, al principio de consecución del interés público y del respeto por los derechos de los ciudadanos en el marco del bien común, métodos que tratan de promover los principios de colaboración ciudadana, de participación y de promoción de una nueva y diferente forma de concebir el poder administrativo más próximo a los ciudadanos<sup>59</sup>.

Sin perjuicio de sus bondades, en el campo de la protección de los derechos humanos en general y de la tutela del derecho a la intimidad en particular<sup>60</sup>, la transparencia impone un especial cuidado de los datos personales por dos razones principales: por un lado, porque las crecientes interoperatividad y extensión de estos servicios constituyen por sí mismas un factor de riesgo para la seguridad de la gestión de la información en general y de los datos relacionados con la intimidad en particular; y por otro lado, porque el proceso de telecomunicación requiere determinar e identificar los puntos de terminación de la red entre los que se produce la comunicación, puntos que por su eventual identificación con personas, pueden alcanzar la consideración de datos personales<sup>61</sup>.

Al respecto, la tendencia más moderna del Derecho comparado enfatiza en los conceptos de seguridad y confidencialidad, así como en la importancia del consentimiento del usuario<sup>62</sup>.

Con respecto a la **seguridad**, se ha entendido que la misma debe ser analizada y comprendida tanto como seguridad física, como seguridad lógica y como seguridad jurídica<sup>63</sup>.

En materia de **confidencialidad**, lo que subyace es la expectativa que tienen los comunicantes a distancia de que lo comunicado es secreto, con indepen-

---

<sup>59</sup> Jaime Rodríguez Arana – “La dimensión ética” (Dykinson, Madrid, 2001), pág. 312.

<sup>60</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), pág. 123 y sigtes., “Protección de los datos personales en tiempos de Internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad”, en Rev. de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2002), N° III, pág. 253 y sigtes.; “El derecho a la intimidad en el ciberespacio”, en Anales de las 30 Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa (Buenos Aires, 2001), pág. 51 y sigtes.; y “Las nuevas tecnologías en el Uruguay. Impacto de Internet sobre la persona”, en XV aniversario del Anuario de Derecho Administrativo, (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 39 y sigtes.

<sup>61</sup> Agustín de Asís Roig – “Protección de datos y Derecho de las telecomunicaciones”, en Javier Cremades, Miguel Fernández Ordóñez y Rafael Illescas (Coordinadores) – “Régimen jurídico de Internet” (La ley, Madrid, 2002), págs. 201 a 203.

<sup>62</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Derecho de las Telecomunicaciones” cit., pág. 87 y sigtes.

<sup>63</sup> Miguel Angel Davara Rodríguez – “Manual de Derecho Informático” (Aranzadi, Pamplona, 1997), pág. 33; y “La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones” (Madrid, 2000), pág. 25 y sigtes.

dencia de que el contenido de la comunicación pueda o no ser calificado de íntimo<sup>64</sup>. Entiende la doctrina que el llamado derecho al secreto de las comunicaciones no abarca sólo su contenido sino también todas las circunstancias que las rodean, como la identidad de los interlocutores o el momento en el que se realizan<sup>65</sup>.

Por lo que refiere al **consentimiento del interesado** para el tratamiento de sus datos, es un principio cardinal en la materia, el cual no puede disociarse de los principios de finalidad y licitud de la colecta<sup>66</sup>.

## VII. CONCLUSIÓN

Las transformaciones que, con velocidad de vértigo, se vienen operando en el campo de las nuevas tecnologías, con proyecciones trascendentes sobre la vida social y la Administración, constituyen instrumentos de fabulosa potencialidad para la reforma estatal pero no han de variar la esencial servicialidad administrativa de los intereses colectivos<sup>67</sup>, de lo que deriva su naturaleza instrumental, a fin de que los componentes del cuerpo social –todos– puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

La clave de la transición hacia la Administración electrónica y el Gobierno electrónico ha de estar firmemente enraizada en la eminente dignidad de la persona humana<sup>68</sup> ya que en la sociedad del conocimiento lo importante son las personas –todas las personas– que no son mercancías sino que deben ser el centro de la organización y quehacer de la nueva Administración<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> Miquel Roca Junyent y Elisa Torralba Mendiola – “Derecho a la intimidad: el secreto de las comunicaciones e Internet”, en Javier Cremades, Miguel Fernández Ordóñez y Rafael Illescas (Coordinadores) – “Régimen jurídico de Internet” (La ley, Madrid, 2002), pág. 185.

<sup>65</sup> R. Martín Morales – “El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones” (Civitas, Madrid, 1995), pág. 56.

<sup>66</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Protección de los datos personales en tiempos de Internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad” cit., pág. 272; y “Historia clínica electrónica. A propósito de marco regulatorio en Uruguay”, en X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Santiago de Chile, 2004), pág. 241 y sigtes.

<sup>67</sup> Jaime Rodríguez Arana – “Reformas y modernización de la Administración pública española”, en A.A.V.V. – “La Administración Pública Española” (INAP, Madrid, 2002), págs. 17 y 44; y “Cuestiones de Ética Social” (Lugo, 2000), pág. 20.

<sup>68</sup> Carlos E. Delpiazzo – “Dignidad humana y Derecho” cit., pág. 121 y sigtes.; Héctor Gros Espiell – “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en Cátedra UNESCO de Derechos Humanos – “Dignidad Humana” (Universidad de la República, Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.; y José A. Cagnoni – “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en Cátedra UNESCO de Derechos Humanos – “Dignidad Humana” cit., pág. 65 y sigtes., y en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 23, pág. 11 y sigtes.

<sup>69</sup> Jaime Rodríguez Arana – “La sociedad del conocimiento y la Administración Pública”, en Rev. Aragonesa de Administración Pública (Zaragoza, 2004), N° 24, pág. 224 y sigtes.

Siendo así, para el futuro, es posible vislumbrar nuevos modos de operar la Administración pero no una abdicación de la procura del bien común como causa final de todo el quehacer estatal<sup>70</sup>.

Variarán los modos de ser y las formas de hacer y aún la extensión del quehacer (lo accidental), pero permanecerá la servicialidad (lo esencial) en equilibrada búsqueda de la felicidad colectiva.

---

<sup>70</sup> Carlos E. Guarglia – “Misión y visión del Estado contemporáneo. El reto de la responsabilidad” (Montevideo, 2003), págs. 29 y 30.

# EL MODELO DE ANÁLISIS Y GESTIÓN ESTRATÉGICA DE CONFLICTOS\*

## Del objeto conflicto al sistema conflicto

*Ruben Alberto Calcaterra\*\**

### SUMARIO

**I. Introducción. II. El objeto conflicto. III. Del objeto al sistema. IV. Plan del desarrollo expositivo.** 1. Una aproximación al modelo estratégico. 2. Modelos lineales y modelos circulares. Revisión comparativa. 2.1. Modelos lineales. 2.2. Modelos circulares. 3. El modelo estratégico y los Nuevos Paradigmas. 3.1. Evolución de los sistemas de motivación de conductas. 3.2. Los Nuevos Paradigmas. 4. Sistema. ¿Qué sistema para los organismos vivos? 4.1. Conceptos generales. 4.2. Sistemas cerrados, sistemas abiertos y Cibernética. A. Sistemas cerrados. B. Sistemas abiertos. C. Sistemas abiertos y Cibernética. 5. El modelo estratégico y los métodos de terminación o resolución de conflictos como procesos comunicacionales. Complejidades. 5.1. Concepto. 5.2.

---

\* Se ha criticado esta denominación por considerársela redundante en el sentido que la gestión –en latín *gestioonis*, y cuyo significado implica un conjunto de acciones encaminadas a conseguir algo– incluye el análisis o, en otras palabras, las acciones tendientes al análisis implican la gestión. He mantenido esta denominación haciéndome cargo de la crítica, por considerar que el estadio en que se encuentra tanto la investigación como la práctica en estas temáticas, todavía amerita enfatizar la idea que, para el debido tratamiento de los conflictos, es necesario de un análisis que ocupa el lugar y tiene el alcance que le da el modelo y que se irán develando a lo largo de este trabajo.

\*\* Abogado y Procurador por la Universidad de Buenos Aires, Mediador y Formador de Formadores en Mediación por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Argentina. Profesor de grado y de posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA, en las materias “Teoría del Conflicto” y “Gestión Estratégica de Conflictos” en el Ciclo Profesional Orientado; “Teoría del Conflicto”, “Organización y Sistemas”, “Interacción y Cambio”, “Información y Comunicación”, “Negociación” y “Mediación y Arbitraje” en la Carrera de Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas y “Teoría del Conflicto” y “Negociación para la elaboración de normas jurídicas” en la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas. Profesor de la materia Negociación Legislativa de la Maestría en Ciencia de la Legislación de la Universidad del Salvador, con el patrocinio de la Facultad de Scienze Politiche de la Università di Pisa, Italia. Profesor titular de la materia “Liderazgo y Negociación” de la Escuela de Negocios de la Universidad CAECE. Director de Tesis e integrante de Tribunales de Tesis en la Maestría Interdisciplinaria en Administración y Resolución de Conflictos para la Formación de Negociadores y Mediadores de la Universidad Nacional del Nordeste. Consultor por Concurso del Programa (BID) – (FOMIN) – (CAC) “Red Nacional de Centros de Mediación y Arbitraje Comercial”. Miembro del panel de mediadores del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Argentina de Comercio de la República Argentina y de AIRAD (Asociación Iberoamericana

Complejidades. A. La noción de sujeto. A.1. La autonomía del sujeto. A.2. La individualidad del sujeto. A.3. La identidad del sujeto. A.4. Los principios de inclusión y de exclusión. A.5. La comunicación. A.6. El sujeto como cualidad del ser vivo. B. El lugar del sujeto. C. La función del sujeto. 6. Una visión compleja: **la estructura del sistema**. 6.1. Deconstrucción del conflicto. A. La escucha activa. B. La lectura corporal. C. La reformulación del/los problema/s. D. El reencuadre de los hechos o contenidos del conflicto. E. La recontextualización de la situación de conflicto. F. La paráfrasis. G. El resumen. H. La formulación de preguntas. I. Las entrevistas con cada una de las partes o “caucus”. 6.2. Reconstrucción de la relación. A. La connotación positiva. A.1. La reatribución de nuevos rasgos, sentimientos y valores. A.2. El cambio de las palabras clave. A.3. El reposicionamiento. B. La externalización. C. Las explicaciones negativas. D. Las preguntas circulares. 6.3. Co-construcción de la solución. 6.4. Decisión. V. **Figuras. VI. Bibliografía.**

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo reconoce como marco la materia Teoría del Conflicto que dictamos en Montevideo con el Profesor Remo F. Entelman durante el mes de junio de 2006. El fallecimiento del Profesor Entelman, ocurrida el día 29 de mayo de 2007, implicó el fin de nuestras conversaciones, acuerdos y desacuerdos en torno al fenómeno conflicto, llevadas a cabo durante más de quince años, si bien desde puntos de partida diferentes: el Profesor Entelman investigó el objeto conflicto, lo describió aislado de contextos y desarrolló planos estáticos y dinámicos para su análisis. Mi preocupación estuvo más centrada en el campo de los métodos<sup>1</sup> de abordaje a los conflictos; se apoyó en el objeto conflicto pero como punto de partida para conformar un sistema cuya estructura integra la interacción de elementos de diferentes campos disciplinarios entre los que se cuenta el objeto conflicto.

Como ha quedado expuesto en el Prefacio de trabajos anteriores<sup>2</sup>, a partir de 1985 comenzamos en la Argentina una serie de investigaciones a partir de experiencias con grupos terapéuticos y de Desarrollo Personal en la entonces Fundación para la Salud Mental que dirige la Dra. Graciela Peyrú, continuaron con las investigaciones que el Dr. Osvaldo Ortemberg estaba desarrollando en el

---

para la Resolución Alternativa de Disputas). Conferencista invitado por el Departamento de Educación de la Generalitat de Cataluña y por las Universidades de Gerona, España y de Sonora, México. Director del Curso de Formación en Análisis y Gestión de Conflictos del Colegio de Abogados de San Isidro y Director del Instituto de Gestión y Resolución de Conflictos de ese Colegio. Presidente de la Fundación CEMFA - Centro de Estudios Multidisciplinarios de la Familia. Autor de numerosas publicaciones de la especialidad y del libro “Mediación Estratégica”, Editorial Gedisa, Barcelona, abril de 2002. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. E-mail: [calcaterra@calcaterra-abogados.com.ar](mailto:calcaterra@calcaterra-abogados.com.ar)

<sup>1</sup> Es común la utilización, para el universo de los métodos, de la palabra resolución, que deriva del latín *resolvere* y significa hallar la solución a algo, hacer que algo termine o se solucione. Una rigurosa aplicación del razonamiento contenido en la nota anterior llevaría a incluir la palabra resolución en la denominación del modelo, pero, asumiendo nuevamente los riesgos de la crítica, he preferido excluirla. Este temperamento demanda dos aclaraciones: a) Que ese “algo” que persigue la gestión es la modificación de la interacción conflictual para colocar a los actores del conflicto en situación de intentar la resolución; b) Pero que ese intento no lleva, a su vez e indefectiblemente, a que el conflicto termine o se solucione. Estos son los dos aspectos que justifican la exclusión.

<sup>2</sup> Calcaterra, Rubén A. “*Mediación Estratégica*”, Editorial Gedisa, Barcelona, abril de 2002.

imbricado de campos como el Derecho y el Psicoanálisis y se nutrieron con las reuniones de trabajo llevadas a cabo durante más de tres años en la Fundación de Ecosistemas Humanos en el campo de la Psicología y del Derecho de Familia. El contacto con el trabajo del Dr. Remo F. Entelman tuvo lugar en el año 1986 y sus desarrollos se incorporaron a las investigaciones que veníamos realizando, ahora de manera sistemática, en el antiguo Centro de Estudios Multidisciplinarios de la Familia que fundé junto a la Licenciada en Psicología Clara Abate en ese mismo año, sobre las cuales tuvieron mucha influencia los trabajos expuestos en el Encuentro Interdisciplinario Internacional sobre Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad que, organizado por la Fundación Interfás, reunió en Buenos Aires durante los días 23 y 26 de octubre de 1991 a buena parte de las figuras más representativas de la sistémica mundial<sup>3</sup>. A partir del año 1995 comenzó la colaboración docente entre el grupo que integraba la Fundación CEMFA, continuadora del Centro de Estudios Multidisciplinarios de la Familia, de mi dirección, y el denominado Grupo Entelman, que nucleaba el cuerpo de profesores que dictaban junto al Profesor Entelman la materia Teoría del Conflicto en el marco de la Carrera de Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas que él dirigía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A partir de allí, tuve el honor de compartir con él la actividad docente hasta el final de sus días.

No es para nada casual, entonces, que la Editorial Gedisa, al crear la colección PARC (Prevención, Administración y Resolución de Conflictos), la encabezara con el libro del Profesor Remo F. Entelman<sup>4</sup>, en la serie Filosofía, y con *Mediación Estratégica*, en la serie Métodos. Hoy, esa colección, se nutre de numerosas publicaciones de prestigiosos autores de todo el mundo.

## II. EL OBJETO CONFLICTO

Teniendo en cuenta que la obra del Profesor Entelman es de lectura obligada para los estudiosos, sólo desarrollaré aquí una apretada síntesis de su Teoría de Conflictos con la única finalidad que permita hacer reenvíos a ella durante este trabajo y hacerlo más comprensible.

Antes, es preciso hacer dos señalamientos.

El primero, resaltar que, durante los casi diez años de compartir su dictado en contextos diversos, pude advertir la coherencia interna de un esquema que permite realizar una verdadera radiografía del conflicto que se le somete al análisis. El segundo, el aporte decisivo que la teoría tuvo para el desarrollo de los

---

<sup>3</sup> Ilya Prigogine, Edgar Morín, Heinz von Foerster, Ernst von Glasersfeld, Evelyn Fox Keller, Félix Guattari, José Jiménez, Mark Wigley, W. Barnett Pearce, Harold A. Golishian, Harlene Anderson, Mony Elkain, Gianfranco Cecchin, Carlos E. Sluzki, Sara Cobb, Jorge Glusberg y Mario Catagnino

<sup>4</sup> Entelman, Remo. *Teoría de Conflictos*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.

métodos de resolución por consenso<sup>5</sup>. Haber tomado partido por las teorías que ven al conflicto como un fenómeno social, le permitió al autor ubicarlo como una especie de relación social<sup>6</sup>, apartándose, así, de las escuelas que lo concebían como una patología social<sup>7</sup>. Este enfoque hizo posible pensar la interacción conflictiva como contenida en una relación mayor y alejó definitivamente la imposibilidad de abordar determinados conflictos que, prima facie, se presentaban como de imposible tratamiento por los métodos de resolución por consenso.

Adentrándonos ahora en la teoría, el análisis estático del objeto permite bucear profundamente en los actores del conflicto, integrando no solo sus elementos intrínsecos, sino también los grados de conciencia de los actores frente al conflicto, los objetivos que persiguen y los recursos de poder que utilizan para conseguirlos. Este plano se completa con la construcción del plano de la pureza del conflicto, cuyo remate también cobra especial importancia para el desarrollo de las investigaciones en materia de métodos. Es que, en el año 1995 las investigaciones del profesor Remo F. Entelman no habían podido superar teóricamente, todavía, el corsé que la irrupción del lenguaje de la Teoría de los Juegos en el campo del conflicto provocaba en el plano de los métodos, porque, emparentados los conflictos puros o de objetivo único con los juegos de suma cero, sólo permitía suponer, para esos conflictos, resultados del tipo ganador / perdedor y, peor aún, resultados en los que todo lo que gana uno es igual a lo que pierde el otro. Esta parte de la realidad social quedaba, pues, afuera de las posibilidades de tratarlos con métodos de resolución por consenso. Las afirmaciones del propio Entelman en el sentido que no estaba clara la distinción entre conflictos puros e impuros –o de objetivo múltiple– y su sospecha de que no existen conflictos de suma cero porque le resultaba muy difícil admitir que la especie de relación social conflicto pudiera arrojar un solo ganador y un solo perdedor o se resumiera a un solo set de metas igualmente visualizadas como incompatibles por todos, no bastaba para ingresar los conflictos de objetivo único al mundo de la resolución por consenso. De manera que, toda esta especulación teórica, si bien por un lado nos permitía alentar la esperanza de encontrar abordajes que incluyeran algún grado de colaboración en el tratamiento de estos conflictos, por otro lado no aclaraba la cuestión con relación a ellos acerca de su existencia o no, lo que, a su vez, al no poder incluirlos de manera indudable en los desarrollos, los dejaba afuera como hemos visto. Esta circunstancia era la que un modelo con aspiraciones de universalidad como el que estábamos propiciando, no se podía permitir.

---

<sup>5</sup> Adelanto aquí nuestra distinción entre métodos de resolución por consenso, cuyos representantes paradigmáticos son la mediación y la negociación, y métodos de resolución por adjudicación, cuyos exponentes máximos son el arbitraje y el proceso judicial.

<sup>6</sup> Coleman (1957), Burton (1968) y Kriesberg (1973).

<sup>7</sup> Que, además, reconocen diferentes orígenes, como las teorías instintivas de la agresión (Ardrey, 1966; Larenz, 1969) o las que ven al conflicto como un proceso disfuncional de las sociedades (Parsons, 1951; Smelser, 1962).



La ruptura del corsé y la apertura definitiva a la posibilidad de construir modelos bajo el supuesto de que el universo de los conflictos puede ser tratado buscando soluciones satisfactorias para todos, tuvo lugar con el aval del propio Entelman, quien, en una muestra de honradez intelectual, finalmente afirma: *“Debí haber comprendido en aquel momento que lo que ocurría era simplemente que la clasificación no tenía utilidad a los fines del estudio de los conflictos con miras a generar técnicas idóneas para su resolución”*, para concluir que *“no hay relaciones que se agoten en un solo objetivo igualmente valorado como incompatible por los actores en pugna. Lo cierto es que la pareja conceptual suma cero – suma variable no es aplicable al conflicto. Y que sí existen conflictos de objetivo único”*<sup>8</sup>.

El análisis dinámico del conflicto ahonda en los fenómenos de interacción conflictual, transitando por la intensidad de la conducta de los actores y sus movimientos de escalada y desescalada, por las variables de esa interacción con sus aspectos de conciencia intelectual, volitiva y emocional y por las dimensiones del conflicto, con sus aspectos actoral y objetal.

Bien la obra presenta todo un desarrollo sobre los terceros en el conflicto, dentro del análisis estático, incluye la Teoría de las Coaliciones en las Tríadas, basado en la obra de Caplow<sup>9</sup>, que agrega la posibilidad de pensar estrategias derivadas del manejo de las alianzas.

### III. DEL OBJETO AL SISTEMA

A partir de mi incorporación como Docente de la materia Teoría del Conflicto en la Carrera de Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas citada comenzó, con el apoyo del propio Profesor Entelman, un proceso de influencia de los trabajos que venía realizando en torno al sistema conflicto, que se exteriorizó en la organización misma de la materia.

Así, ya durante el ciclo lectivo 2003, la materia sufrió cambios en sus contenidos, proceso que aún hoy continúa tendiente a enfocar el fenómeno conflicto como un sistema complejo que tiende a la investigación interdisciplinaria sobre la concepción de Piaget y García<sup>10</sup>, es decir, no se trata de “integrar” o de “poner juntos” o “separar” los conocimientos de diferentes dominios, sino de permitir que las diferentes disciplinas comprometidas en el sistema se vayan integrando a lo largo del desarrollo de éste. Se trata así de un proceso histórico y no metodológico<sup>11</sup> en torno al modelo de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos.

<sup>8</sup> Entelman, Remo F., *obra citada*, página 109.

<sup>9</sup> Caplow, Theodore, *“Dos contra uno – Teoría de las coaliciones en las tríadas”*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1974.

<sup>10</sup> Piaget, Jean y García, Rolando, *“Psicogénesis e Historia de la Ciencia”*, Editorial Siglo XXI, México, 1982.

<sup>11</sup> García, Rolando, *“Sistemas Complejos. Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria”*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2006.

#### IV. PLAN DEL DESARROLLO EXPOSITIVO

Presentaremos, entonces, una aproximación al modelo estratégico, visto como sistema. Desarrollaremos, después, los principios que guían cada uno de los modelos de métodos. Incluiremos conceptos generales de la Teoría General de Sistemas que justifican el modelo, repasaremos la relación entre el uso de la fuerza y los métodos de resolución y volveremos sobre la estructura más compleja del modelo estratégico, oportunidad en que referiremos los elementos más relevantes de cada uno de los dominios de los objetos de conocimiento que integran el sistema.

##### 1. Una aproximación al modelo estratégico

El proceso de abordaje a los conflictos que propone el modelo de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos se integra con tres ejes conductores verticales y uno horizontal. En sentido vertical, por los ejes deconstrucción del conflicto, reconstrucción de la relación y co-construcción de la solución

El eje deconstrucción del conflicto, si bien está más relacionado con el análisis del conflicto, también ingresa en el círculo de la reconstrucción; a su vez la reconstrucción, que junto a la co-construcción está más relacionada con la gestión, ingresa en el círculo de ésta. Es que no hay bordes definidos en la relación entre los tres ejes, por la propia dinámica del proceso. Resulta fácil entender que el análisis es gestión y la gestión no prescinde ni abandona el análisis.

A su vez, en sentido horizontal, todo el proceso está atravesado por un eje conductor que está representado por la decisión, partiendo de la idea de que todo lo que hacen tanto los actores del conflicto como los operadores, está relacionado con la toma de decisiones.

Cada uno de estos ejes recorre instancias, que son las metas operativas del sistema en cada eje. Así, en el eje deconstrucción, la meta operativa es la determinación de los significantes<sup>12</sup> del conflicto y su procesado. El eje reconstrucción de la relación, que integra la fase de Gestión del modelo, tiene como meta el cambio de los patrones de interacción conflictiva, de modo que los actores ingresen en el eje de co-construcción con las mayores posibilidades de satisfacer sus metas, que es dotar al proceso de los métodos más adecuados a las características del conflicto y aplicarlos de manera racional. Finalmente, el eje horizontal decisión, recorre también tres instancias: durante el eje deconstrucción, está centrado en determinar *cómo, de hecho*, los conflictuantes vienen decidiendo, que corresponde a una instancia descriptiva de la decisión; en el eje reconstruc-

---

<sup>12</sup> El término deconstrucción está tomado en sentido derridiano, es decir, concebir al lenguaje desde una metafísica logocéntrica capaz de reproducir en su estructura que las cosas realmente son, de manera que ese “es”, que testimonia la presencia de algo ante un sujeto, ocurre solo en el lenguaje hablado, testimonial (Giannini, Humberto, “Breve historia de la filosofía”, Editorial Catalonia, Santiago de Chile, 2005). De allí la necesidad de comprender las narrativas.

ción, las modificaciones de los patrones de la interacción apuntan al cambio de ese cómo para orientar al *cómo se deberían tomar decisiones en el caso concreto*, que es la instancia prescriptiva de la decisión, proceso que concluye en el eje co-construcción, en el que los actores estarán en la instancia de *tomar decisiones informadas*.

El esquema que plantea el modelo estratégico para trabajar con conflictos es, básicamente, un proceso altamente estructurado, apto para el análisis de toda especie de conflictos y para la gestión de ellos por cualquiera de los métodos de abordaje.

De la manera más sencilla, podría graficarse como aparece en la figura I (pág. 62).

## 2. Modelos lineales y modelos circulares. Revisión comparativa.

La primera advertencia que debe hacerse al ingresar a esta temática es que los modelos que se compararán carecen de una verdadera fase de análisis del conflicto con el alcance que el modelo estratégico le da a la deconstrucción, que incluye los planos estático y dinámico del conflicto y el análisis de la estructura de las narrativas. Estos modelos, por su parte, trabajan solo con lo que he denominado “el producto aparecido” en las entrevistas, resultante de la comunicación entre los actores y, de acuerdo al principio epistemológico del que parten, estructuran su metodología de gestión.

### 2.1. Modelos lineales

Los modelos lineales parten del supuesto que la causa de los conflictos, que lleva al desacuerdo, es la existencia de diferencias entre los actores. Su estructura responde a la relación causa – efecto y su estructura se representa de la siguiente manera:

Causa: las diferencias  $\longrightarrow$  Efecto: conflicto

Como se puede apreciar, la causalidad es absolutamente lineal: el conflicto tiene una causa, sin tener en cuenta ni las múltiples causas que pueden haber llevado al conflicto, ni el contexto ni los errores del pasado que podrían llevar a comprender el presente y a proyectar sobre el futuro.

Estos modelos piensan que el conflicto es caótico para la relación entre las partes y que, por lo tanto, la solución es restablecer ese orden a partir del caos.

Para evitar que las emociones entorpezcan el proceso, alienta que los actores puedan expresarse al comienzo del proceso mediante la llamada aireación de las emociones.

El modelo lineal paradigmático es el desarrollado por la escuela de Harvard, cuya metodología consiste en disminuir esas diferencias a partir de la facilitación

de la llamada comunicación bilateral efectiva, que concibe una comunicación entendida en sentido lineal: cada actor expresa “su contenido” y el otro escucha. A través de esa comunicación lineal se persigue el aumento de las semejanzas a partir de la exploración de las necesidades y de los intereses, desarrollando así un foco intrapsíquico en el que la exploración consiste en las necesidades y los intereses de cada uno.

El supuesto es la exclusión. El acuerdo consiste en que las partes se comprometen a no hacer algo que estaban haciendo, mientras que en la relación no se provoca cambio alguno.

La meta de este modelo es lograr el acuerdo.

Por lo tanto:

- Causalidad y comunicación: Lineales.
- Relación: Descontextualizada y a-histórica.
- Dirección: Del caos al orden.
- Emociones: Alienta la expresión y la aireación.
- Metodología: Promoción de las semejanzas para satisfacción
- Foco: Intrapsíquico.
- Supuesto: Exclusión
- Meta: Lograr el acuerdo.

## 2.2. Modelos circulares

Los modelos circulares, en cambio, centran toda su atención a los aspectos relacionales de los actores para modificar los patrones de interacción y proveer cambios de significados. Desarrollan el foco interpersonal.

En palabras de Bush y Folger, mientras los modelos lineales representan la *historia de la satisfacción*, los modelos circulares representan la *historia de la transformación*<sup>13</sup>. Para estos modelos la comunicación y la causalidad son circulares. El conflicto representa un orden sujeto a reglas de interacción que hay que desestabilizar para alcanzar un nuevo orden. La comunicación incluye los aspectos digitales o verbales y los analógicos o para-verbales (corporales, gestuales). Los elementos analógicos califican a los digitales, razón por la cual son considerados metacomunicacionales<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Bush, R. y Folger, J., “*La promesa de mediación*”, Jossey-Bass, San Francisco, 1994, página 99.

<sup>14</sup> “*Asimismo, se sabe que las modalidades neuronal y humoral de comunicación intraorgánica no sólo existen la una junto a la otra, sino que se complementan y dependen mutuamente a menudo de manera muy compleja. Estos dos modos básicos de comunicación aparecen también en el campo de los organismos fabricados por el hombre: hay computadoras que utilizan el principio del “todo o*

No hay una causa única, sino una serie de causas que se retroalimentan de manera permanente.

Incluye la noción de contexto y los aspectos tanto espaciales como históricos del conflicto.

La metodología consiste en aumentar las diferencias de manera controlada, porque son ellas las que proveen información y permiten la modificación de las historias de las partes, que son las que contienen el conflicto.

Las emociones son controladas y se fomenta la reflexión.

El supuesto es la complementariedad, porque la finalidad es que, si se alcanza el acuerdo, se lo haga respetando las diferencias.

Por lo tanto:

- Causalidad y comunicación: Circulares.
- Relación: Contextualizada e histórica.
- Dirección: Del orden al caos.
- Emociones: Las controla y alienta la reflexión.
- Metodología: Aumenta las diferencias.
- Foco: Interpersonal.
- Supuesto: Complementariedad.

Las metas varían según cada uno de los modelos: para el Transformativo, de Bush y Folger, la meta se agota en la transformación de las relaciones, respondiendo a un matiz más terapéutico; para el Circular Narrativo, de Sara Cobb, la meta es también la transformación de las relaciones, pero con la mira puesta en el acuerdo; finalmente, para el Estratégico, si bien la meta es también la trans-

---

*nada” de los tubos al vacío o los transistores a las que se llama digitales, porque básicamente son calculadoras que trabajan con dígitos; y hay otra clase de aparatos que manejan magnitudes positivas discretas –análogas a los datos– por lo cual se lo llama analógicos [...] En la comunicación humana, es posible referirse a los objetos –en el sentido más amplio del término– de dos maneras totalmente distintas. Se los puede representar por un símil, tal como un dibujo, o bien mediante un nombre. Así, en la oración escrita “El gato ha atrapado aun ratón”, los sustantivos podrían reemplazarse por dibujos; si se tratara de una frase hablada, se podría señalar a un gato y a un ratón reales. Evidentemente, ésta constituiría una manera insólita de comunicarse y lo normal es utilizar el “nombre”, escrito o hablado, es decir, la palabra. Estos dos tipos de comunicación –uno mediante la semejanza autoexplicativa y el otro, mediante una palabra– son, desde luego, equivalentes a los conceptos de las computadoras analógicas y digitales, respectivamente. Puesto que se utiliza una palabra para nombrar algo, resulta obvio que la relación entre el nombre y la cosa nombrada está arbitrariamente establecida [...] Por otro lado, en la comunicación analógica hay algo particularmente “similar a la cosa” en lo que se utiliza para expresarla. Es más fácil referir la comunicación analógica a la cosa que representa”. Watzlawick, P., Beavin Bavelas, J. y Jackson, D., “Teoría de la Comunicación Humana”, Editorial Herder, Barcelona, 1981, páginas 61/62.*

formación de las relaciones, la mira está puesta, fundamentalmente, en crear las condiciones para que los sujetos co-construyan soluciones negociadas tomando decisiones informadas que incluyen la elección de los métodos más adecuados.

Como se puede apreciar, al paradigma lineal del modelo tradicional de Harvard se le opuso como otro extremo el trabajo de Bush y Folger, al punto de que no solo implica un giro epistemológico sino también en cuanto al desdén por el acuerdo.

El modelo Circular Narrativo de Sara Cobb representa un intento de mediación entre los dos modelos, ya que, si bien adopta los principios epistemológicos del Transformativo y desarrolla toda una tecnología para movilizarse, tiene en mira, fundamentalmente, el logro de acuerdos.

Finalmente, el modelo Estratégico, si bien también responde a los principios de la circularidad, tiene elementos de los otros tres, sin ser ninguno de ellos.

### **3. El modelo estratégico y los Nuevos Paradigmas**

El modelo estratégico no surgió de la nada. Es la respuesta, desde el punto de vista de su autor, a las condiciones cambiantes que la evolución de los sistemas de motivación de conductas y la irrupción de nuevos enfoques científicos, vienen exigiendo en el mundo de la gestión de los conflictos, desde hace ya más de tres décadas.

#### *3.1. Evolución de los sistemas de motivación de conductas*

A lo largo de la historia, las comunidades humanas han inventado, han creado diversos métodos para resolver conflictos. Una mirada atenta a su evolución permite apreciar cómo es posible aislar una suerte de pivot sobre el que los diversos métodos han girado en las distintas etapas.

En los tiempos remotos, cuando todavía no éramos propiamente humanos porque no había lenguaje, tampoco había comunidad sino que se vivía en agrupamientos más o menos estables denominados hordas. En esas hordas todas las conductas físicamente posibles competían libremente y la motivación de la conducta del otro, en estos sistemas tribales, respondía a un uso no monopolizado de la fuerza en la medida que no existía limitación alguna. Aquél que tenía mayor fuerza tenía la posibilidad de motivar la conducta del prójimo en el sentido deseado por él.

Con el tiempo, surge la necesidad de excluir ciertas conductas entre las que se ubican, como primeras y por razones totémicas o religiosas, el homicidio y el incesto. Desde los textos psicológicos, se encuentran explicaciones a estas prohibiciones, que tienen que ver con la propia organización de estas hordas. En ellas

primaba un macho poderoso que era el dueño de los bienes y de las hembras. Como no había amor sino instinto sexual, la relación entre un varón con una hembra de la horda despertaba los celos incontenibles del jefe, razón por la cual la suerte del resto de varones de la horda era trágica o desventurada: se los mataba, se los castraba o, en el mejor de los casos, se los expulsaba. El odio de los expulsados y con ello privados de satisfacer sus instintos sexuales provocó que, algunos de ellos, hicieran alianza para luchar contra ese macho poderoso y, si juntos lograban vencerlo, lo mataban y devoraban su cadáver. Así como no estaba prohibido matar tampoco estaba prohibido el canibalismo. La devoración cumplía un doble rol de satisfacción de instintos: el de saciar el hambre y el sexual, pues con la incorporación de un trozo de ese ser lograban una imaginaria identificación con él, que era el dueño de las hembras que ellos anhelaban poseer. Luego de ese magno asesinato, habría acontecido que cada uno de los aliados quería ocupar ese lugar que no se podía compartir y que, por lo tanto, era excluyente. Era, pues, inevitable que se iniciara entre ellos una guerra de todos contra todos. Esa manera de resolver las primitivas pasiones, que se habría repetido por generaciones, habría generado, entonces, la necesidad de limitar algunas conductas<sup>15</sup>, como ya señaláramos.

Este es el antecedente más remoto en la evolución de los sistemas de motivación de conductas, por medio del uso no monopolizado de la fuerza, hacia los sistemas de motivación directos; primero, a través de la descripción de la conducta deseada por el imperativo de la autoridad moral o religiosa del jefe o del brujo, e indirectos, después, mediante la amenaza de una sanción a quien realiza una conducta contraria a la deseada, lo que implica el uso monopolizado de la fuerza por el grupo.

Las sociedades modernas y los modernos sistemas jurídicos son la encarnación de estos sistemas de fuerza monopolizada que, además, han centralizado en órganos establecidos para tal fin.

Después de la segunda guerra mundial se ha desarrollado en Europa como en EEUU toda una actividad teórica en torno al objeto conflicto y a los métodos de abordaje. En ella se encuentran embrionariamente los métodos hoy llamados alternativos, cuyo desarrollo teórico toma gran potencia y vigencia en la década de los 70. Estos métodos, conocidos hoy como ADR y que patrocinan una metodología de resolución de conflictos cuya característica es la exclusión del uso de la fuerza, han construido una visión positiva del conflicto, en el sentido que el conflicto es:

- Generador de energía positiva.
- Una oportunidad para el crecimiento y el enriquecimiento personal.

---

<sup>15</sup> Orttemberg, Osvaldo D. *“La mujer y la Ley. Divorcio, familia y Estado”*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 1995, páginas 13 a 15.

- Motor del cambio.

Este último rasgo está relacionado con:

- a) La evaluación del conflicto. Existe una norma general de apreciación de positivo o negativo que está asociado a qué persigue cada unidad conflictuante con el conflicto: si es el cambio es positivo, si es resistirlo, negativo.
- b) El Límite de tolerancia que todas las sociedades y todas las personas tienen del conflicto, sosteniendo que lo que se debe buscar es un equilibrio entre los niveles de tensión, representados por el escaso nivel de relaciones conflictivas y el exceso de ellas.

Estos métodos han cobrado elevado grado de sofisticación sobre todo últimamente, desde que cuentan para su desarrollo con el apoyo de las matemáticas y de la informática.

Para éstos métodos, también, la resolución es una actitud mental dentro de un proceso más amplio que abarca el análisis, la anticipación, la prevención y el manejo del conflicto. El modelo estratégico ha aglutinado todos estos términos bajo la denominación de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos.

### 3.2. Los Nuevos Paradigmas

Los métodos que patrocinan la exclusión del uso de la fuerza aparecen, así, como nuevos paradigmas en el campo de la resolución de conflictos. Como todo nuevo paradigma, no son ajenos tanto a la polémica existente a su alrededor, sobre todo a partir de Kuhn<sup>16</sup>, como a las resistencias que se siguen observando en muchos bolsones de la comunidad científica que, incluso, ha llegado a señalar a estos métodos como una de las causas de la crisis actual del Derecho<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Kuhn, Thomas S. (2005), *“La estructura de las revoluciones científicas”*, Fondo de Cultura Económica de España ISEN 978-84-375-0579-4.

<sup>17</sup> El 26 de noviembre de 1998, el prestigioso procesalista Michele Taruffo, de la Universidad de Pavia señaló, como uno de los dos *“factores y tendencias de ruptura”* de un *“modelo ideal de proceso civil”*, a aquellos que *“tienden a reducir drásticamente el campo de aplicación de ese modelo ideal y a llenar el vacío así creado con modelos diversos y alternativos de métodos para la resolución de las controversias”* que van reconquistando espacios en muchos ámbitos de la sociedad actual en función de *“factores culturales e ideológicos de diverso tipo”* y basados *“en ideas vagas e indeterminadas”*, *“porque los ADR adoptan numerosas versiones distintas en los distintos ordenamientos, y muchas son las manifestaciones concretas que la justicia alternativa puede tener”*, apareciendo también como significativo que *“el ADR no es un fenómeno unitario y homogéneo sino en negativo, vale decir, en función de ser alternativo respecto del método del proceso judicial”* y se trata, además, de *“un universo variado y variable y fuertemente diferenciado, en el cual existen muchas formas de arbitraje (...) junto a aún más numerosas formas de conciliación, mediación, negociación, técnicas de compromiso que, en cada caso, son modeladas según las necesidades”*, lo que *“induce, finalmente, a una advertencia crítica: si las cosas están así, cualquier juicio global en torno a los métodos alternativos resulta ser irremediamente vago y, por tanto, casi completamente infundado”*. Taruffo, M., *“Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización”* conferencia dictada en el Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 3 (1999), páginas 61 a 75.



Sin embargo, el modelo avanza en su aplicación no solo en los ámbitos universitarios, sino también en su aplicación práctica<sup>18</sup>. Es que se ha constituido en una respuesta válida a la complejidad de ese mundo de hoy porque:

- a) Considera al conflicto como un sistema;
- b) Privilegia los procesos conversacionales como forma de intervenir en el sistema conflicto a partir de los nuevos paradigmas en las teorías del Conflicto, de la Comunicación, del Conocimiento, del Caos, de la Cibernética, del Pensamiento Complejo, de la Información y sus capítulos de la Inteligencia, la Estrategia y la Prospectiva, todos ellos para converger en el cambio de la interacción de los conflictuantes, con la meta de impulsar negociaciones, a través del método mismo de la negociación o de todos los demás en los que la negociación subyace<sup>19</sup>, que arrojen resultados funcionales y duraderos.

#### 4. Sistema. ¿Qué sistema para los organismos vivos?

##### 4.1. Conceptos generales

Merece destacarse un aspecto que justifica nuestro interés por hacer foco en la idea de sistema: la llamada ciencia de las ciencias, la física, tuvo un gran éxito al desarrollar la teoría de la complejidad no organizada; pero ésta, al fin de cuentas, se arraiga en las leyes del azar y la probabilidad y en la segunda ley de la termodinámica<sup>20</sup>. En contraste, hoy el problema fundamental es el de la complejidad organizada y los conceptos que surgen cada día con más fuerza en las ciencias del comportamiento y en las ciencias sociales son los de organización, totalidad<sup>21</sup>, directividad y teleología<sup>22</sup>, que son indispensables para lidiar con organismos vivos.

---

<sup>18</sup> Después de su presentación en el I Congreso Mundial de Mediación llevado a cabo durante el mes de noviembre de 2005 en la Ciudad de Hermosillo, Estado de Sonora, el Estado de México adoptó el modelo para su aplicación en el sistema de justicia de ese Estado.

<sup>19</sup> Calcaterra, Rubén A., *ob.cit.*, página 76.

<sup>20</sup> El segundo principio de la termodinámica establece el crecimiento de la entropía, es decir, la máxima probabilidad de los sistemas es su progresiva desorganización y, finalmente, su homogeneización con el ambiente.

<sup>21</sup> La ciencia clásica explicaba los fenómenos con el paradigma de la simplicidad que animaba los principios de reducción, disyunción y división, en tanto que la ciencia contemporánea se ocupa de lo que se denomina "totalidad", con problemas como los de organización e interacciones no comprensibles en sus partes aisladas.

<sup>22</sup> Directividad y teleología estaban fuera del alcance de la ciencia porque eran considerados pseudoproblemas o naturaleza gobernada por leyes sin propósito. La ciencia contemporánea asiste a un cambio de la imagen científica del mundo, al pasaje del mecanicismo, regido por leyes inexorables de causalidad, al enfoque sistémico que lo concibe en términos de sistemas de elementos en interacción mutua que implica adaptabilidad, intencionalidad, persecución de metas, etc. La concepción del comportamiento teleológico, como dirigido de manera inexorable hacia un estado final o meta, se lo define ahora como "una forma de comportamiento definible en términos científicos y cuyas condiciones necesarias y mecanismos posibles pueden ser indicados" (von Bertalanffy, *ob.cit.*)

De esta forma, la Teoría General de los Sistemas (TGS)<sup>23</sup> es una ciencia de la totalidad.

Parece adecuado, entonces, partir de definir qué es un Sistema, cuáles son sus notas tipificantes y su terminología, así como sus propiedades formales utilizando para ello la llamada TGS que, en realidad, es una metateoría, es decir, una teoría de teorías ya que, entre éstas, podemos citar a las teorías de los Conjuntos, de las Gráficas, de las Redes, la Cibernética, de la Información, de los Automatas, de los Juegos, de la Decisión y de las Colas.

*“Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes”*<sup>24</sup>.

Al hablar de complejos de elementos se puede hacer una distinción de acuerdo a:

- Su número: Los elementos considerados aisladamente. Son caracteres sumativos.
- Las especies: También de carácter sumativo.
- Las relaciones entre los elementos, que componen sus características constitutivas.
- En los sistemas sociales, el principio general es que el todo se basa en la competencia entre las partes.
- La competencia conduce, a su vez, al exterminio de la especie con menor capacidad de crecimiento, por lo que la competencia en estos sistemas es más fatal que la relación depredador-presa, que solo conduce a una reducción de las especies más débiles.

Entre las propiedades formales de los sistemas se cuentan:

- Totalidad: Tenemos que conocer las partes y sus relaciones. Aquí aparece la importancia de la organización en la medida que permite afirmar que *“el todo es más que la suma de sus partes”*, en cuanto las características constitutivas no son explicables a partir de las sumativas y que la organización es lo que agrega el elemento nuevo o emergente<sup>25</sup>. De este modo, el sistema se conduce como un todo y los cambios en cada elemento dependen de todos los demás.
- Suma: De tal manera, la suma de las partes aisladas no arroja el mismo resultado que el todo; y para comprender el comportamiento de cada elemen-

<sup>23</sup> Von Bertalanffy, L., *obra citada*.

<sup>24</sup> Von Bertalanffy, L., *obra citada*

<sup>25</sup> Todo sistema es sinérgico en tanto el examen de sus partes en forma aislada no puede explicar o predecir su comportamiento. La sinergia es, en consecuencia, un fenómeno que surge de las interacciones entre las partes o componentes de un sistema.

to hay que tener en cuenta las relaciones entre los sistemas subordinados y los que les están superordinados.

- **Mecanización:** En la medida que las interacciones entre los elementos disminuyen, el sistema pasa de un estado de regularidad sustentada en el sistema en su conjunto al llamado de segregación progresiva, que implica escisión gradual en cadenas causales independientes. Este hecho se denomina mecanización progresiva que provoca la pérdida de regulabilidad del sistema.
- **Orden jerárquico:** Los sistemas están estructurados de manera que sus miembros son, a su vez, sistemas del nivel inmediato inferior. Esta superposición de sistemas se llama orden jerárquico.

#### 4.2. *Sistemas cerrados, sistemas abiertos y Cibernética*

##### A. Sistemas cerrados

Son aquellos que se consideran aislados del medio circundante. No entra ni sale de ellos materia y están animados por el principio de la finalidad<sup>26</sup>. El equilibrio se basa en reacciones reversibles definidas por un mínimo de energía libre. En ellos, la segunda ley de la termodinámica establece el crecimiento de la entropía<sup>27</sup> hasta el máximo para alcanzar finalmente un estado de equilibrio definido por la máxima entropía y el mínimo de energía libre. La entropía es una medida de probabilidad y así un sistema cerrado tiende al estado de distribución más probable, pero como por ejemplo la distribución más probable de una mezcla es un estado de desorden, la tendencia hacia la máxima entropía es una tendencia al máximo desorden. Un sistema cerrado en equilibrio no requiere energía para su preservación ni puede obtenerse de él energía.

##### B. Sistemas abiertos

Son aquellos que se mantienen en continua incorporación y eliminación de materia sin alcanzar un estado de equilibrio químico y termodinámico.

En su aspecto estático o mantenimiento del sistema en un estado independiente del tiempo, el sistema se mantiene en estado uniforme<sup>28</sup> y está animado por

---

<sup>26</sup> Correspondiente a los sistemas que alcanzan un estado de equilibrio, respecto de los cuales se dice que tienen un comportamiento “finalista”, en los que la entropía creciente provoca estados de creciente probabilidad y orden decreciente.

<sup>27</sup> Magnitud termodinámica establecida para interpretar la causa del sentido direccional de los procesos físicos y químicos.

<sup>28</sup> El estado uniforme, que mantiene al sistema separado del equilibrio, le permite mantenerse constante en composición pese a continuos procesos irreversibles de importación, exportación, constitución y degradación.

el principio de la equifinalidad que, a diferencia de los sistemas cerrados en los que el estado final está determinado por las condiciones iniciales, en el sistema abierto puede alcanzarse el mismo estado final partiendo de diferentes condiciones iniciales y por diferentes caminos. El estado uniforme permite la regulación del sistema independientemente de las condiciones iniciales, solo determinado por los parámetros del sistema y a pesar de las perturbaciones del proceso.

También a diferencia de los sistemas cerrados, dominados por la dirección hacia el máximo desorden, los organismos vivos se mantienen en un estado de improbabilidad y preservan su orden a pesar de los procesos irreversibles, manteniendo un intercambio de degeneración y regeneración entre sus componentes. Lo que se conoce como estructura es, en realidad, intercambio entre componentes jerárquicos que explican el proceso de vivir.

En su aspecto dinámico, que se refiere a los cambios del sistema con el tiempo, son posibles por el mismo estado de orden e improbabilidad que permite la evolución hacia diferenciación y organización crecientes por el juego de la importación de entropía negativa y la producción de entropía positiva<sup>29</sup>. Tales cambios hacen posibles los fenómenos de crecimiento y desarrollo<sup>30</sup> y los de adaptación y estímulo-respuesta<sup>31</sup>.

### C. Sistemas abiertos y Cibernética

*“La base del modelo de sistema abierto es la interacción dinámica entre sus componentes. La base del modelo cibernético es el ciclo de retroalimentación, en el cual, por retroalimentación de información, se mantiene un valor deseado, se alcanza un blanco, etc.”*<sup>32</sup>.

La retroalimentación es un proceso circular en el cual parte de la salida es enviada de nuevo, como información, a la entrada, lo que permite la autoregulación y control homeostático<sup>33</sup> del sistema.

Las diferencias entre sistemas abiertos y cibernética que nos interesan, están relacionados con la circulación de la información.

- Los fenómenos de retroalimentación son abiertos y circulares con respecto a la información entrante<sup>34</sup>, pero cerrados y lineales dentro del sistema res-

<sup>29</sup> Sin entropía no habría diferencia entre pasado y futuro.

<sup>30</sup> Fenómenos relacionados con la retroalimentación positiva.

<sup>31</sup> Por los llamados estímulos, que son perturbación del estado uniforme por un cambio en las condiciones externas.

<sup>32</sup> Von Bertalanffy, L., *obra citada*.

<sup>33</sup> Concepto referido a los organismos vivos. Los procesos homeostáticos operan ante variaciones de las condiciones del ambiente y corresponden a las compensaciones internas al sistema que sustituyen, bloquean o complementan estos cambios con el objeto de mantener invariante la estructura sistémica, es decir, hacia la conservación de su forma.

<sup>34</sup> La importación de energía –información–, se denomina input en tanto que las corrientes de salida (servicios, funciones), output.

pecto de la energía y la materia. Estas regulaciones tienen naturaleza de mecanismos.

- El modelo de sistema abierto es de naturaleza no mecanicista. En su aspecto estático, la regulación interna proviene de interacciones circulares entre sus componentes que mantienen la tendencia hacia el orden en cuanto, a la entropía positiva propia de los sistemas cerrados, aquéllos importan entropía negativa<sup>35</sup> del exterior (negentropía) y con ello evitan el aumento de entropía y logran mantener la tendencia enunciada. En su aspecto dinámico recoge en el exterior información sobre los efectos de sus decisiones internas en el medio, la que, a su vez, actúa sobre las decisiones internas sucesivas.

La Cibernética es particularmente interesante para nosotros, como complemento de los sistemas abiertos, en cuanto sus principios son aplicables a regulaciones secundarias, es decir, basadas en disposiciones estructurales<sup>36</sup>, en las que la evolución hacia una organización superior se alcanza mediante un aprendizaje basado en la información que se le administra al sistema. Sin embargo, se necesita de los sistemas abiertos en tanto éstos definen la magnitud información como entropía negativa en los que la información no solo puede aumentar sino también transformar el “ruido”<sup>37</sup> en información útil y, con ello, el input necesario para operar el cambio.

## **5. El modelo estratégico y los métodos de terminación o resolución de conflictos como procesos comunicacionales**

### *5.1. Concepto*

Existen muchas clasificaciones de los métodos de terminación o resolución de conflictos, pero nuestro interés aquí es destacar una nota general sobre todos ellos. Más allá de las tipologías, existe una manera de categorizarlos partiendo de los procesos comunicacionales.

En este sentido, diremos que existen procesos comunicacionales directos e indirectos. Los primeros se dan en los casos en que los actores de un conflicto interactúan cara a cara, existan o no terceros que intervienen en la terminación o resolución; en cambio, cuando los actores interactúan a través de sus representantes, existan o no terceros en la terminación o resolución, para el modelo estratégico, éstos son procesos de comunicación indirecta.

---

<sup>35</sup> Los sistemas abiertos pueden importar energía extra para mantener sus estados estables de organización e incluso desarrollar niveles más altos de improbabilidad. La negentropía, entonces, se refiere a la energía que el sistema importa del ambiente para mantener su organización y sobrevivir.

<sup>36</sup> La estructura del sistema está dada por las interrelaciones más o menos estables entre sus partes o componentes. Se puede distinguir entre estructura primaria (referida a las relaciones internas) e hiperestructura (referida a las relaciones externas).

<sup>37</sup> La imperfección que se produce en la transición de los símbolos del mensaje que entró a los del mensaje que salió se denomina ruido, del cual nacen la ambigüedad y los equívocos.

Para el modelo estratégico, que persigue dotar al campo de la terminación o resolución de conflictos de un modelo que se aparte de lo intuitivo para regirse por reglas de carácter universal, todos aquellos que intervienen en los procesos de comunicación directa como indirecta, sean actores, representantes o terceros que intervienen en la terminación o resolución, son sujetos del sistema conflicto.

## 5.2. Complejidades

Esta definición plantea complejidades, relacionadas con la noción de sujeto, con el lugar y con la función del sujeto en el sistema.

### A. La noción de sujeto<sup>38</sup>

Según Edgard Morín, la noción de sujeto es una noción extremadamente controvertida, pero nosotros necesitamos puntualizarla porque el modelo demanda de una noción de sujeto que nos permita visualizarlo tanto como el actor del conflicto como el operador que integra el sistema que opera y, en este sentido, como un observador que se observa a sí mismo dentro de ese sistema; capaz, por lo tanto, de realizar el retorno autoobservativo y autocrítico que el modelo, siguiendo al pensamiento complejo, le impone como condición para conocer lo que observa. No se trata de la observación desde del self en sentido psicológico, sino desde un conjunto de conocimientos que le permita conocer lo que observa y de lo que, al mismo tiempo, forma parte.

Para encontrar ese sujeto necesitamos algunas nociones previas relacionadas con la autonomía, la individualidad y la identidad, los principios de inclusión, exclusión y comunicación.

#### A.1. La autonomía del sujeto

Una primera noción para encontrar la respuesta es la de autonomía. Pero, paradójicamente, no ligada a la noción de libertad sino a la de dependencia.

El principio del que partimos para llegar a esta primera noción es el de auto-organización y su paradoja que ya señalara von Foerster que sostenía que, obviamente, la auto-organización significa autonomía, pero un sistema auto-organizador debe trabajar para construir y reconstruir su autonomía, lo que le demanda extraer energía del exterior. Es decir que, para ser autónomo, necesita depender del mundo externo.

---

<sup>38</sup> Todo este apartado está basado en Morín, Edgar, *“La noción de sujeto”* en Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad, Editorial Paidós, Buenos Aires – Barcelona – México, 1994.

En el caso del ser vivo, del sujeto, esa dependencia no es solo energética sino también informativa, porque necesita información del mundo exterior para organizar su comportamiento.

He aquí, entonces, la primera base conceptual para la noción de sujeto, que es la de autonomía, en sentido de dependencia informativa, en la organización de los seres vivos.

### A.2. La individualidad del sujeto

La segunda noción es la de individuo.

Aquí también asistimos a una verdadera paradoja que parte de la relación entre individuo y especie, porque desde una visión podemos afirmar que solo la especie es la que ocupa todo nuestro campo conceptual en la medida que el individuo muere, desaparece, pero, al mismo tiempo, nunca hemos podido visualizar una especie y es, por lo tanto, el individuo lo que se nos presenta como evidente.

Sin embargo, hay complementariedad entre especie e individuo por lo que Morín denomina proceso recursivo y que implica concebir al individuo tanto como producto como productor de ese producto, en tanto el encuentro entre espermatozoide y óvulo produce vida pero, al mismo tiempo, es producto es productor en el proceso de la primogenitura. A su vez, la sociedad es el producto de las interacciones entre los individuos, interacciones que, a su vez, crean una organización que tiene particularidades propias, como el lenguaje y la cultura, cualidades que retroactúan sobre los individuos dándoles ese lenguaje y esa cultura.

Como se ve y como segunda noción, podemos comprender la autonomía del individuo de una manera relativa y compleja, por cuanto es producto y productor, es causa y es efecto.

Esta noción tiene una especial relevancia para el modelo de Análisis y Gestión de Conflictos, porque es justamente a partir de ella que se puede construir la idea de complementariedad que permite, a su vez, idear un sistema de análisis y gestión de conflictos que encuentre la manera de acordar respetando las diferencias, es decir, complementando las individualidades y evitando la exclusión.

### A.3. La identidad del sujeto

La tercera noción, la de identidad, está compuesta de dos principios: el de auto - exo – referencia que enseña que, para referirse a sí mismo hay que referirse al mundo externo y que reafirma la autonomía como dependiente de lo informativo, y el de invariancia del yo, que mantiene el yo sujeto a pesar de las profundas modificaciones que sufre el sujeto durante su existencia, a través de la ocupación de ese sitio central que permite la continuidad de la identidad.

#### A.4. Los principios de inclusión y de exclusión

La cuarta noción proviene de los dos principios subjetivos asociados: el de exclusión y el de inclusión.

Todos podemos decir “yo”, pero nadie lo puede decir por mí, de manera que ese yo que es la cosa más corriente es, a la vez, absolutamente única.

Pero ese principio de exclusión es inseparable de un principio de inclusión que nos permite integrar a nuestra subjetividad a una subjetividad más colectiva: el “nosotros”.

A menudo existen conflictos entre los principios y eso forma parte de la ambivalencia que nosotros mismos experimentamos, en ciertas circunstancias y condiciones respecto de nuestros prójimos unidos a nosotros subjetivamente.

#### A.5. La comunicación

La quinta noción proviene del principio de intercomunicación con nuestros semejantes.

Esta noción deriva, de algún modo, en la paradoja ligada al juego dialéctico de los principios de inclusión y de exclusión, porque podemos tener mucha comunicabilidad pero también mucha incomunicabilidad, al mismo tiempo que tenemos la posibilidad de comunicar esta incomunicabilidad, lo que complejiza notablemente la comunicación.

#### A.6. El sujeto como cualidad del ser vivo

Estamos ahora en condiciones de definir al sujeto como una cualidad del ser vivo, que no se reduce a la singularidad morfológica o psicológica y, como vive en un universo donde existen el azar, el peligro, la incertidumbre y la muerte, tiene, inevitablemente, carácter existencial.

Ese sujeto tiene un aparato neurocerebral, que gobierna a la vez el conocimiento y el comportamiento. está ligado a la cultura y al lenguaje, lo que le permite la posibilidad de tomar conciencia de sí mismo a través del elemento de objetivación que es el lenguaje, una conciencia que es inseparable de la autorreferencia y de la reflexividad y de la libertad, que es la posibilidad de elección entre alternativas, pero que supone dos condiciones: una, interna, la capacidad necesaria para considerar una situación y poder establecer la elección entre alternativas; otra, las condiciones externas en las cuales esas elecciones son posibles. Tenemos así diferentes grados de libertad según tengamos posibilidades más o menos amplias de elección.

Existe, también, en la subjetividad de nuestro sujeto, ese lugar habitado por el sentimiento profundo de la insuficiencia que solo puede llenar otro sujeto y, en el fondo, el sentimiento de amor, que se integra con la idea que el otro nos resti-



tuye la plenitud mientras permanece, a su vez, totalmente diferente de nosotros mismos.

Y, finalmente, la tragedia del sujeto, unido al principio de incertidumbre, porque el sujeto oscila entre el todo y la nada. Por el principio egocéntrico es el centro del universo, pero, al mismo tiempo, objetivamente, no es nada en el universo, es minúsculo, efímero.

Es esa reconstrucción conceptual a partir de un pensamiento complejo la que posibilita pensar al sujeto de que trata el modelo con sus ambivalencias, sus incertidumbres y sus insuficiencias.

## B. El lugar del sujeto

La epistemología de la complejidad señala dificultades lógicas y empíricas en el desarrollo del pensamiento complejo<sup>39</sup>.

La dificultad lógica aparece cuando la disyunción deductiva no puede dar respuesta a fenómenos que toma como excluyentes alguna de las proposiciones, con lo que llega a contradicciones insuperables. Como ya hemos visto, el modelo estratégico ha adherido a la idea de pensar los fenómenos como complementarios, como una complejidad que no se puede soslayar, porque buena parte de la técnica de construir acuerdos consiste en transformar el carácter excluyente de la posición del otro con que las partes comienzan el abordaje de sus diferencias.

A su vez, una de las dificultades empíricas de la complejidad está dada por el paradigma de la simplificación que, al enseñar a separar, también apartó el objeto de su entorno y aisló al observador de lo observado. Tengamos también en cuenta que en la ciencia clásica la subjetividad aparecía como fuente de errores, lo que llevó a excluir al observador de su observación.

Estas constituyen las razones profundas por la que otros modelos colocan al sujeto-operador fuera del sistema conformado por los sujetos-partes. El modelo estratégico piensa diferente: tanto los actores, como sus representantes, como los terceros que intervienen en la terminación o resolución, son sujetos y todos forman parte del sistema conflictivo. Esta integración que coloca a todos los sujetos –operadores y partes- dentro del mismo sistema, es lo que obliga a los sujetos a observar y a observar-se, en un permanente retorno auto-observativo y auto-crítico.

La consecuencia es que este lugar le demanda al sujeto la necesidad de conocer algunas cuestiones que hacen tanto a “los otros” sujetos del sistema como a sí mismo, que el paradigma de la complejidad denomina retorno autoobservativo y autocrítico<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Morín, Edgar, *obra citada*.

<sup>40</sup> Esas cuestiones pueden consultarse en Calcaterra, Rubén A., *obra citada*, páginas 111 a 132.

### C. La función del sujeto

La tercera cuestión es su función en el sistema, en la medida que está inmerso en un medio que forzosamente se tiene que modificar porque de lo contrario las percepciones seguirán haciendo comportar de la misma manera al conflicto.

La forma básica de modificación de un sistema es incorporándole nueva información<sup>41</sup> y es esa la función que el modelo exige al sujeto.

## 6. Una visión compleja: la estructura del sistema

La estructura de un sistema de conocimiento se integra con las relaciones que se establezcan entre los elementos de los diferentes dominios u objetos del conocimiento implicados y no por los dominios u objetos mismos.

En el caso de modelo de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos, los dominios implicados están contenidos en sus ejes y es la interacción dinámica entre ellos, a través de sus fases, lo que estructura el sistema. A su vez, es la utilización de los recursos que provee cada uno de los dominios lo que moviliza al sistema.

En menester aclarar en este punto, en función de lo expresado en el último párrafo del apartado III, que el proceso histórico de integración del modelo se encuentra en constante evolución y desarrollo, por la incorporación al sistema de nuevos dominios del conocimiento. Ello provoca la recurrencia del proceso de interacción entre ellos y la consiguiente modificación de la interacción misma.

De modo que, habiendo ya presentado los ejes, instancias y fases en el apartado IV-1, nos concentraremos aquí en los dominios del conocimiento que integran cada eje, con mención a sus respectivos recursos.

### 6.1. Deconstrucción del conflicto

Como se ha expuesto (ver supra IV.1), en el eje deconstrucción, la meta operativa es la determinación de los significantes del conflicto y su procesado. Así, el eje deconstrucción del conflicto demanda el desarrollo de las cuestiones que constituyen la historia del conflicto y su estado actual, que, también, incluye limitada información relacionada con factores psicológicos de los actores, como los diferentes estilos de personalidad y del comportamiento de la persona en el conflicto interpersonal<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> La forma y alcance de la incorporación de la nueva información pueden consultarse en Calcaterra, Rubén A., *obra citada*, páginas 69 a 72.

<sup>42</sup> Para consultar estos dominios ver Calcaterra, Rubén A., *obra citada*, páginas 111 a 120 y 289 a 295.

Si partimos del principio que sostiene el modelo, en el sentido que los conflictos no están en los hechos sino en las historias que los contienen<sup>43</sup>, los recursos para la satisfacción de la meta operativa significantes provienen de la Teoría de las Narrativas, que también permite indagar acerca del aspecto descriptivo de las decisiones. A su vez, la satisfacción de la meta operativa procesado de los significantes demanda de la formulación de un mapa del conflicto a través del instrumental que le provee la Teoría de Conflictos.

En resumen, este eje deconstrucción del conflicto, fase de análisis, demanda del sujeto: a) La facilitación del intercambio de la información; b) El desarrollo de las narrativas; c) La observación de cómo cada uno percibe el conflicto y cómo interactúa en el sistema; e) La descripción de cómo han venido decidiendo los sujetos actores en relación a los temas conflictivos; f) el mapeo de la historia.

Los recursos que están más emparentados con el desarrollo de las cuestiones pero que son de aplicación durante todo el proceso<sup>44</sup>, son los siguientes<sup>45</sup>:

A.1. La escucha activa.

A.2. La lectura corporal.

A.3. La reformulación del/los problema/s.

A.4. El reencuadre de los hechos o contenidos del conflicto.

A.5. La recontextualización de la situación de conflicto.

A.6. La paráfrasis.

A.7. El resumen.

A.8. La formulación de preguntas.

A.9. Las entrevistas con cada una de las partes o “caucus”.

## 6.2. *Reconstrucción de la relación*

Hemos visto los recursos que tienden a facilitar una mayor comprensión del conflicto y que en mayor medida favorecen el desarrollo de las cuestiones –función más cercana a la deconstrucción–.

Veremos, ahora, aquellos que están más emparentados con la reconstrucción de la relación y que, tratados bajo la denominación “Intervención en proceso y

<sup>43</sup> Calcaterra, Rubén A., *obra citada*, página 203.

<sup>44</sup> Como ya expresamos, aunque no se puede realizar una división tajante entre los ejes por la naturaleza dinámica del proceso, a los fines de facilitar la comprensión presentaremos los recursos distinguiendo entre aquellos que favorecen al desarrollo de las cuestiones, de aquellos cuya utilización es más específica en el eje reconstrucción de la relación; sin perjuicio, claro está, que todos forman parte de un mismo proceso íntimamente relacionado.

<sup>45</sup> Para consulta de estos recursos ver Calcaterra, Rubén A., *obra citada*, páginas 190 a 202.

contenido”, incluye las tres funciones que se le requiere al sujeto en este eje<sup>46</sup>: a) La legitimación de los sujetos actores; b) La alteración de las pautas de interacción del sistema; c) La creación de la interdependencia entre las acciones de los sujetos.

Los recursos, para estas tres funciones son:

A. La connotación positiva, que incluye:

A.1. La reatribución de nuevos rasgos, sentimientos y valores.

A.2. El cambio de las palabras clave.

A.3. El reposicionamiento.

B. La externalización.

C. Las explicaciones negativas.

D. Las preguntas circulares.

Este eje reconstrucción de la relación demanda del sujeto: a) La redefinición de la interacción de los sujetos actores, a través de la alteración de las pautas de interacción; b) La circularización de las historias; c) El armado de una historia alternativa que conecte las historias individuales con elementos de todas ellas.

### 6.3. *Co – construcción de la solución*

Hemos dicho que la meta del modelo es la transformación de las relaciones, pero con la mira puesta, fundamentalmente, en crear las condiciones para que los sujetos co-construyan soluciones negociadas tomando decisiones informadas que incluyen la elección de los métodos más adecuados.

La gran sofisticación que han desarrollado los métodos a partir de la década de los años 1970, permite hoy hablar de métodos básicos, como la negociación, la mediación, el arbitraje y el proceso judicial, y de variantes de esos métodos básicos<sup>47</sup>.

Todos ellos son procesos argumentativos, pero con elementos relacionados con los procesos negociales, ya que la negociación, además de constituir un método básico, es también un método madre que subyace en todos los demás. Las propuestas que integran la negociación, constituyen intercambios de signos verbales, gestuales, fácticos y lógico dialécticos con intención persuasiva, con com-

<sup>46</sup> Para consulta de estos recursos ver Calcaterra, Rubén A., *obra citada*, páginas 203 a 222.

<sup>47</sup> Para conceptos generales de unos y otros, sin perjuicio de la posibilidad de profundizar en negociación y mediación en la misma bibliografía, ver Calcaterra, Rubén A., *obra citada*, páginas 31 a 47, 76 a 78 y 299 a 309.

promisos y amenazas<sup>48</sup>. La Argumentación aporta los enfoques para comprender y utilizar esas construcciones verbales, fácticas y gestuales que integran la interacción conflictiva.

#### 6.4. Decisión

El eje horizontal decisión constituye un verdadero proceso a nivel micro. Ya hemos expuesto las tres instancias que recorre, pero es preciso aclarar aquí sin embargo que, para para obrar de manera estratégica mediante la integración y el empleo de los datos cuyo acopio proviene de la información, el modelo exige como paso previo el procesado inteligente de los mismos a través de su categorización y ordenamiento<sup>49</sup>.

Asimismo, la comunicación de los datos de la información, en procesos técnicos como el modelo propone, requiere el dominio de elementos de la comunicación. El aporte proviene de la Teoría de la Comunicación Humana, con *“el estudio de la interacción tal cual se da de hecho entre seres humanos”*; con *“los efectos pragmáticos (en la conducta) de la comunicación humana”*<sup>50</sup>, considerando que la comunicación es un proceso de interacción.

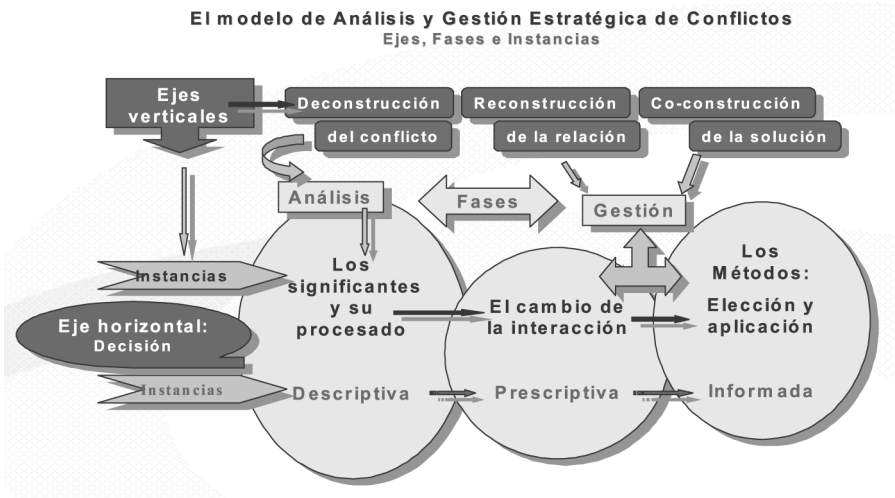
---

<sup>48</sup> Es que “...la negociación admite ciertos modos (el compromiso, la imposición, el desistimiento) e instrumentos (las amenazas, las promesas) que no tienen razón de ser en el diálogo” (Calvo Soler, Raúl, *“La negociación con ETA. Entre la confusión y los prejuicios”*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2006).

<sup>49</sup> Critto, A., *“El método científico en las ciencias sociales”*, Editorial Piados, Buenos Aires, 1992.

<sup>50</sup> Watzlawick, P., Beavin Bavelas, J. y Jackson, D., *Obra citada*, página 17

V. FIGURAS



IV. BIBLIOGRAFÍA

- Bush, R. y Folger, J., *“La promesa de mediación”*, Jossey-Bass, San Francisco, 1994
- Calcaterra, Rubén A., *“Mediación Estratégica”*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.

- 
- Calvo Soler, Raúl, *“Uso de normas jurídicas y toma de decisiones”*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.
  - Calvo Soler, Raúl, *“La negociación con ETA. Entre la confusión y los prejuicios”*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2006.
  - Caplow, Theodore, *“Dos contra uno – Teoría de las coaliciones en las tríadas”*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1974.
  - Critto, A., *“El método científico en las ciencias sociales”*, Editorial Piados, Buenos Aires, 1992.
  - Entelman, Remo. *“Teoría de Conflictos”*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.
  - García, Rolando, *“Sistemas Complejos. Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria”*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2006.
  - Giannini, Humberto, *“Breve historia de la filosofía”*, Editorial Catalonia, Santiago de Chile, 2005
  - Morín, Edgar, *“La noción de sujeto”* en Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad, Editorial Paidós, Buenos Aires – Barcelona – México, 1994.
  - Ortemberg, Osvaldo D. *“La mujer y la Ley. Divorcio, familia y Estado”*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 1995,
  - Piaget, Jean y García, Rolando, *“Psicogénesis e Historia de la Ciencia”*, Editorial Siglo XXI, México, 1982.
  - Watzlawick, P., Beavin Bavelas, J. y Jackson, D., *“Teoría de la Comunicación Humana”*, Editorial Herder, Barcelona, 1981





# DESIGUALDADES DE GÉNERO Y POLÍTICAS DE PARIDAD DE OPORTUNIDADES

*Rita Biancheri\**

## 1. EL MERCADO DE TRABAJO

No obstante una condición de igualdad formal garantizada por un sistema normativo dirigido a la superación de las discriminaciones y desigualdades de género en los diversos niveles de la vida social, en particular en la familia y en el mercado de trabajo, permanecen en el escenario italiano visibles asimetrías en la representación política y en el acceso a puestos de decisión, más allá de otros factores estructurales y culturales que determinan una presencia débil de las mujeres en la esfera pública.

Frente a las leyes de paridad –favoritas por la adquisición por parte de nuestro sistema jurídico de principios, directivas y reglamentos europeos– la efectividad de los derechos de ciudadanía tarda en ser plenamente conseguida por las mujeres.

Los obstáculos que se interponen en la realización profesional femenina y le impiden alcanzar esos roles son múltiples y de diversa naturaleza y van desde la organización del trabajo respecto de los cargos de importancia, a los modelos culturales con impronta sobre las divisiones de los roles respecto de los recorridos formativos.

---

\* Profesora de Sociología de los Procesos Culturales y Comunicativos Facultad de Ciencias Políticas. Departamento de Ciencias Sociales. Università di Pisa (Italia) Presidente del Comité de Paridad de Oportunidades.

Rita Biancheri insegna sociologia della famiglia e dell'educazione presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Pisa. Attualmente è presidente del Comitato pari opportunità dello stesso Ateneo. I suoi principali interessi di ricerca riguardano gli studi di genere con particolare riferimento alla partecipazione femminile alla sfera pubblica e al mercato del lavoro. Fra i suoi libri: R. Biancheri, *Il Pubblico delle donne. Associazionismo e partecipazione femminile*, Pisa, Ets, 2000, *Donne nel sindacato. Rappresentanza e pari opportunità*, Roma, Edup, 2002; *La dimensione di genere nel lavoro*, Pisa, Ets, 2008. E-mail: biancheri@dss.unipi.it

Si bien las mujeres ya han superado ampliamente los escollos en cuanto se refiere a la consecución de títulos de estudios elevados y está demostrado por datos estadísticos sobre las carreras universitarias un mayor rendimiento escolástico; sin embargo lo expresado no se traduce en una adecuada performance laborativa. En efecto, hallamos todavía condiciones de desventaja que pueden ser sintetizadas de la manera que sigue: mayor dificultad de acceso y reinserción en el mercado laboral, status profesional inferior a los títulos obtenidos, retribuciones diferenciales; escaso número de mujeres en cargos emprendedores, bajo porcentaje de presencia femenina en los roles titulares, segregación horizontal en las diversas profesiones, abandonos por motivos de cuidado.

Además, las transformaciones sufridas por el trabajo, al punto de señalar el fin de la sociedad asalariada y de la ocupación segura y para toda la vida, han fragilizado aún más la presencia femenina en términos numéricos e incluso se nota mayor permanencia en condiciones precarias.

No obstante que la ocupación femenina haya obtenido a partir de 1998 una recuperación y la tasa de actividad haya alcanzado en 2003 el 48,3% (era del 40,9% en 2001), se registra asimismo una reducción de la tasa de desocupación —actualmente en torno al 11,7% para las mujeres y al 6,9% para los hombres— pero con una diferencia todavía notable del 4,8%. Ulteriores confirmaciones de las dificultades de conciliar la doble presencia viene de la mano de la estadística referida a la inserción laboral cuyo porcentual disminuye con el aumento del número de hijos y con el abandono femenino por motivos de cuidado, del trabajo retribuido. Fuentes del Ministerio de la Paridad de Oportunidades evidencian que ninguna mujer en la magistratura pudo todavía alcanzar otros cargos (como Presidente de Casación o Procurador General), la carrera diplomática continúa siendo prerrogativa masculina; en el Ministerio (no obstante un elevado porcentaje de mujeres), las dirigentes son sólo el 16,6% y lo mismo sucede en Sanidad con el 10%. En el ámbito universitario el 15,6% de los profesores ordinarios son mujeres y existe un solo Rector del sexo femenino sobre sesenta ateneos públicos. Finalmente la representación en la esfera política se eleva actualmente alrededor del 15% a nivel nacional siendo un poco más elevado en los Consejos regionales, provinciales y comunales.

El trabajo masculino y el femenino se diferencian también por un menor reconocimiento social porque está considerado como rédito a fin de ser sumado y se valora incluso por las mismas mujeres como instrumental y no por su carácter de expresivo y emancipador.

Por lo tanto, la mediación desarrollada constantemente por las mujeres entre tareas y responsabilidades reproductivas y funciones productivas, la multiplicidad de las actividades a desarrollar en distintos contextos y a la vez opuestos registros de significado, permiten describir la experiencia temporal de las mujeres como “compleja y fragmentada”, articulada entre plazos biológicos reproductivos y actividad para el mercado.

Son numerosas las críticas que presenta la presencia femenina en la esfera pública en Italia en cuanto se refiere al acceso y la permanencia en el mercado laboral; están todavía señaladas por disparidades sociales y desigualdades de oportunidades sea en términos de chances por la carrera sea, más en general, de elección profesional..

En lo referente a la participación en la política permanece siendo un ámbito particularmente cerrado donde los factores de exclusión, en especial respecto al poder, determinan más elevados niveles de exclusión.-

## 2. LA NORMATIVA

En este sector la legislación italiana ha atravesado por varias fases para tratar la desigualdad en las relaciones sociales entre los géneros. Desde las intervenciones en favor de la igualdad salarial en los años '50/'60, contemporáneamente a las políticas de tutela de la maternidad, se pasa a las leyes de paridad de los años '70/'80 donde prevalecía aún la función esencial de la mujer desarrollada en la familia. En los años noventa se abren, al contrario, las políticas activas y las acciones positivas que se caracterizan por dos perspectivas de interpretación diferentes: valorización de la especificidad femenina (diferencia), o cultura de la paridad que, podríamos decir, hace palanca sobre la eliminación de las discriminaciones (igualitarismo).

Lo que caracteriza al escenario italiano consiste en la circunstancia de que mientras la legislación sobre la paridad salarial es precoz (inicio de los años '60), la que se refiere a la paridad de oportunidades, es posterior (1991), mientras que en todas las demás naciones estas intervenciones normativas ostentan una sucesión bastante más cercana (Gran Bretaña '70/'75; Francia '72/'75; Alemania e Irlanda se guían por una única ley). Además, Italia es uno de los países con una muy alta presencia institucional de organismos de paridad cuyas opiniones, a menudo permanecen en los papeles porque no tienen los instrumentos para operar tanto en términos financieros, como de competencias, continuidad o formas incisivas. Las nóminas son a menudo formales para cumplir con las obligaciones legislativas, y los comités y las comisiones de oportunidades parejas carecen de soportes adecuados de recursos humanos y económicos. Tal persistente situación ha provocado que a estos organismos se los considere una suerte de biombo, una cámara de compensación formal y no sustancial de puesta en marcha concreta de acciones de paridad.

En la agenda política aparece poco y en forma salteada el problema del déficit de democracia, las soluciones propuestas son a menudo contradictorias e ineficaces en cuanto son inadecuadas las políticas sociales y los instrumentos para hacer funcionar el así llamado glass ceiling.

A partir de 1996 se instituyó un Ministro para las oportunidades parejas, pero el Ministerio es sin cartera y con pocos medios y recursos a disposición, pero tiene la función de promover la aplicación del concepto de empowerment, a fin de

que todos los actos de gobierno puedan desarrollar las funciones de orientación y coordinación y que las acciones no se limiten a actos ligados puramente a la consulta formal, sino para dar lugar a la construcción de intentos uniformes respecto de las intervenciones interpretativas y en la definición de los objetivos.

Con la aprobación de la modificación del art. 51 de la Constitución se busca favorecer condiciones de igualdad en el acceso a los cargos públicos.

### **3 LA POLÍTICA SOCIAL Y LA LEY N° 53/2000**

A partir de algunas intervenciones de sectores y medidas adoptadas en ámbitos regionales se eliminaron las incongruencias más estridentes, sin embargo todavía estamos lejos de cortar los nudos que permitan un acceso a la ciudadanía y a los recursos sociales que resulten iguales para todos.

La posibilidad de acceder a los servicios según las propias necesidades tiene una influencia relevante sobre los estilos de vida y sobre el grado de equidad alcanzado, sólo de esta manera se puede volver menos frágil la fragmentación todavía evidente en las condiciones de las mujeres adultas y favorecer la recomposición de la esfera productiva con la reproductiva. En efecto, no obstante los cambios efectuados con la participación femenina en el mercado laboral y la consecuente asunción de nuevos roles no se ha realizado aún un adecuado y difundido soporte público y la oferta de los servicios no ha evolucionado conforme a las mutaciones de la estructura y de la organización familiar.

El sistema entero de las políticas de apoyo para este tipo de necesidades se traduce, de esta manera, en una oferta concreta de recursos y oportunidades a fin de consentir una prescripción de deberes para las mujeres, sin embargo, en sentido opuesto, la carencia de los servicios puede interpretarse como un implícito reconocimiento de un rol femenino subordinado al interior del núcleo familiar, posición que constituye un baluarte fuerte y resistente contra la constitución de derechos individuales respecto del género femenino.

En el estudio de las relaciones entre familia y trabajo de la mujer, por ejemplo, no se puede dejar de hacer referencia a las numerosas redes de protección que otros países han garantizado desde hace tiempo, mientras que entre nosotros tales soportes se encuentran demasiado ligados a los recursos económicos de la familia.

En efecto, si tenemos en cuenta que la entrada en el mercado laboral no fue acompañada por largo tiempo por nuevas medidas a nivel de servicio público, se puede concluir que las tasas de actividad de las mujeres dependen prevalentemente de las formas diversas de familias en las cuales viven, en cuanto es bien visible el efecto facilitador del trabajo para las mujeres que pueden movilizar recursos familiares en momentos particulares del ciclo de vida, una solidaridad intergeneracional pronta a sustituir con el welfare familiar los servicios de sostenimiento faltantes.

En síntesis, las políticas sociales se encuentran todavía caracterizadas por: acceso a los recursos aún fuertemente diferenciado e intervenciones ambivalentes entre protectoras y reforzadoras del rol de cuidado femenino.

Con la aprobación de la Ley 53/2000 se han introducido algunas importantes innovaciones como:

- la flexibilidad en la distribución temporal de los cinco meses de licencia por maternidad obligatorio y de la opcional;
- el reequilibrio de la responsabilidad de cuidado entre ambos padres;
- la eliminación de las limitaciones a las ausencias por enfermedad de hijo hasta los tres años;
- la introducción de otros tipos de licencia por razones familiares;
- posibilidades de obtener otros tipos de licencias por razones familiares;
- posibilidad de obtener licencias sin goce de sueldo por motivos de estudio;
- incentivos económicos por las empresas que lleven adelante políticas de conciliación;
- responsabilidades por los entes locales por la coordinación de los tiempos de la ciudad.

La aplicación de esta ley resulta sin embargo, muy compleja y a veces la misma normativa es poco conocida, a menudo está limitada a pocos casos considerados de excelencia en lo privado y a experimentos significativos de algunas comunas y regiones más sensibles a estas temáticas.

El problema del bienestar se encuentra siempre determinado en mayor medida por la capacidad de conciliación entre las esferas productivas y reproductivas, esta asunción podría llevar a la creación de un modelo de welfare que reconociese a las mujeres no sólo su función de suministradoras de servicios sino también el rol de ciudadanas; suministrando ellas su posibilidad de acceder a los recursos sociales para sostener, a través de una mejor armonización de los tiempos de vida y una más equilibrada función de los padres, sus propios proyectos de vida.

#### **4. ESTEREOTIPOS Y VÍNCULOS EN LAS BIOGRAFÍAS FEMENINAS**

Hemos evidenciado como por una parte la sociedad, a través de las normas sanciona la igualdad y las oportunidades parejas, pero en realidad, la efectiva aplicación de los principios se encuentra todavía subordinada a reglas implícitas de exclusión y opresión que han sido legitimadas por el patriarcado y el dominio masculino (Bourdieu), que persiste fuertemente radicado en la estructura social y económica. Como sostiene Giddens, en efecto todavía se halla presente la fuerza del vínculos sociales y económicos que impiden a las mujeres obtener la paridad sea en el ámbito privado sea en el público. Esto es testimoniado por el hecho

que las mujeres permanecen como las más importantes figuras parentales y como las principales prestadoras de los cuidados domésticos.. Una encuesta Istat sobre la distribución del tiempo ha evidenciado que los tiempos masculinos no varían con las mutaciones del decurso de la vida, porque son los femeninos los que se adaptan a las nuevas exigencias. El nacimiento de los hijos, por ejemplo, produce tal aumento del trabajo familiar que amenaza concretamente la participación femenina en la esfera productiva.

Además, como ya hemos subrayado, la instrucción femenina torna posibles variados procesos de identidad y de reflexión. Tal como subraya Beck, seguramente de ahora en adelante, la desigualdad entre hombres y mujeres será indeleblemente visible dado que personas con una formación escolástica (casi) igual trabajarían en el viejo sistema distributivo extremadamente desigual en los deberes y en las cargas, con plena conciencia de esta situación, estarían constreñidos a afrontar esta abierta contradicción dentro de la esfera personal y privada. La desigualdad en las posiciones profesionales y en la familia crean por todas partes biografías que hacen las veces de admonición. El argumento que reza “no saben hacerlo” ha sido eliminado por la historia y sustituido por “saben hacerlo pero no las dejamos”. La formación escolástica ha creado la conciencia de la desigualdad y la ha transformado en una injusticia manifiesta.

Aunque a través de las diversas desfachateces y contradicciones las identidades femeninas han cambiado, esto ha ocurrido a pesar que, como ha evidenciado Bourdieu, el machismo haya sido una de las hegemonías de más larga duración en la historia y en cuanto tal, se ha sedimentado en el inconsciente colectivo. La dominación masculina se encuentra muy radicada en el orden social: ella se expresa como violencia simbólica y muchos actos legislativos o instituciones tienden sólo a “eufemizar” la permanencia de las desigualdades.

Los lugares que las mujeres ocupan, como sostiene Thébaud, son los proyectados por los hombres, lugares sin memoria, privados de la identidad y de la presencia femenina, para ellos la lógica social discriminante no es una escoria de la Historia sino un principio siempre activo y eficaz de la modernidad.

El largo viaje hacia la paridad es en efecto, un testimonio de la persistencia de las representaciones sociales pertenecientes a la tradición y de su capacidad de incidir todavía sobre el perdido logro de la plena realización social y profesional de la mujer. Tales condicionamientos han atribuído sólo a un sexo deberes dentro de la familia, no garantizando, en consecuencia, oportunidades parejas en el ámbito reproductivo.

La familia, de hecho, sigue teniendo un peso ideológico y práctico diferente sobre los hombres y sobre las mujeres.

Luces y sombras se hallan todavía presentes en las trayectorias individuales y en los cambios sociales; la “modernización reflexiva” ha debilitado el ligamen de las mujeres con su destino de status disminuido, sin embargo permanecen códigos de valores, estereotipos y prejuicios que condicionan las elecciones profe-

sionales, inciden sobre motivaciones y transforman las posibilidades de elección en nuevos vínculos determinando o bien estilos de vida que se acomodan a los modelos masculinos o bien renuncias a la Carrera.

Si el género está construido por las interacciones sociales en un contexto de situaciones y si el poder penetra, como recuerda Foucault, “capilarmente”, incluso a través del modo en el cual hablamos, escribimos y formulamos los conceptos, debemos tomar en consideración todos los factores desde los estructurales hasta los culturales, desde las motivaciones instrumentales y expresivas hasta los ligámenes afectivos y emotivos.

Cada práctica humana implica una representación del mundo, la sociedad es inevitablemente un conjunto de significados y los significados portan las huellas de los sistemas sociales que los producen que emergen de modos de vida históricamente determinados.

El acento puesto desde los women s’studies sobre las relaciones de poder ha puesto en evidencia la existencia de un poder organizado e institucionalizado y un poder difuso y discursivo. Algunas autoras sostienen sobre lo antedicho que se trata de una movilización del prejuicio masculino que interviene en la selección y desarrollo de la Carrera; esto es una tendencia impersonal pero invasiva en las organizaciones dominadas por hombres a favorecer criterios y proceder que terminan transformándose en una ventaja para ellos mismos.

En esta dirección la reflexión debe referirse al análisis de lo que ha sido definido como los regímenes de género vigentes en las instituciones explicitando las estrategias que confirman en la práctica las discriminaciones de género.

## **5. LAS RESPUESTAS DE LA UNIÓN EUROPEA**

Según la Unión Europea el gender gap consiste en la tutela del rol social de la mujer, valoración de la productividad femenina como inferior y acceso a un mercado secundario con puestos laborativos no regulares, salarios inferiores, participación intermitente, calidad y condiciones de trabajo más escasas.

Lo dicho está influenciado por algunas variables relevantes como: fases del ciclo de vida, modelos familiares y culturales, inversión en la formación, organización del trabajo y calidad de los servicios.

A fin de superar las asimetrías de género y desarrollar la ocupación femenina las políticas europeas sostienen que es necesario salir de intervenciones específicamente referidas a la paridad de oportunidades e implementar una policy que logre el Mainstreaming y empowerment. Estas son las dos categorías que mejor concretizan el significado que el género debe representar y por lo tanto demuestran la verdadera corrupción de todas las estrategias de intervención. Se trata de una convicción difusa en el sentido que sólo en esta dirección la sociedad podrá ser más equitativa.

Los soportes individualizados por la Unión Europea para combatir la desocupación:

- *ocupación*
- *emprendimientos*
- *adaptabilidad*
- *oportunidades parejas*

Modelo para valorar el impacto de las intervenciones.

*Objetivo general:* mejoramiento de la paridad de oportunidades y de la participación de hombres y mujeres en un desarrollo equilibrado.

*Primer objetivo global:* mejoramiento de las condiciones de vida a fin de responder mejor a las necesidades de las mujeres.

*Segundo objetivo global:* mejoramiento de la accesibilidad de las mujeres al mercado laboral y a la formación.

*Tercer objetivo global:* mejoramiento de la situación laboral de las mujeres sobre el puesto de trabajo y redistribución del trabajo de atención.

*Cuarto objetivo global:* promoción de la participación de las mujeres en la creación de actividades socio-económicas.

Favorecer y dar soporte a la paridad de oportunidades (acciones directas) y el mainstreaming de género (acciones indirectas) para promover el ingreso, la reinserción, la permanencia y el avance en las carreras de las mujeres en el mercado laboral a través de:

1. La valorización de las competencias femeninas.
2. La integración de las políticas de la instrucción y de la formación para superar el mismatch entre demanda y oferta (más acentuado cuando se trata de mujeres).
3. La promoción del auto-emprendimiento femenino en términos cuantitativos y cualitativos.
4. El desarrollo de procesos de adaptabilidad en las organizaciones laborales.
5. La conciliación de los tiempos de vida.



# LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO COMO MARCO TEÓRICO DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

*Oscar Sarlo\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las funciones principales –sinó la principal– de los parlamentos es legislar. “Legislar” suele asociarse de manera simplista con “crear derecho”. Sin embargo, un análisis cuidadoso de los sistemas jurídicos permite advertir su complejidad, y la necesidad de contar con teorías más elaboradas para dar cuenta de su funcionamiento.

Por otra parte, desde hace décadas, se habla de crisis del parlamento, y crisis de la ley. Entonces importa saber qué se quiere decir con ello, y cuáles son las causas, y eventualmente, cuáles las respuestas para dicha crisis.

Gracias a los avances de la teoría jurídica y la colaboración con otras disciplinas, desde la década del '70 se ha ido desarrollando una disciplina que suele llamarse técnica legislativa o –más ampliamente– ciencia de la legislación, y que está muy extendida en los países más avanzados. Allí la técnica legislativa ya está consolidada no sólo como disciplina teórica y académica, sino que tiene una amplia consagración legislativa y hasta constitucional, dando lugar, inclusive, a la formación de criterios jurisprudenciales a la hora de evaluar la constitucionalidad de las leyes.

Hablar de técnica legislativa en nuestro medio en cambio, todavía genera rispideces y reacciones a veces destempladas. Suele verse tras esto el intento de tecnócratas que quieren decirle a los parlamentarios cómo deben legislar, y por ahí, retacearlos o finalmente arrebatárselos –subrepticamente– el poder que el soberano ha delegado en ellos. Es conveniente, pues, también aclarar este punto, que se vincula con la relación entre legislación y política.

¿A qué responde la ‘técnica legislativa’? ¿por qué genera esas reacciones tan diversas?

---

\* Catedrático de Filosofía y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo); Ex-Director de la Escuela de Altos Estudios para el Mercosur (Montevideo). Investigador Nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores (ANII). E-mail: ossarlo@gmail.com

La segunda pregunta también tiene, a mi juicio, una respuesta clara: cognitivamente se debe al desconocimiento de la teoría contemporánea del derecho, y normativamente a la falta de un compromiso más fuerte con la racionalización del poder.

Este trabajo pretende contribuir desde una perspectiva teórica, mostrando las transformaciones ocurridas en el estudio del derecho, y cómo ello condiciona la comprensión de la técnica legislativa.

Al cabo de ese estudio, espero poder demostrar –o al menos mostrar– que la técnica legislativa es una respuesta racional a los principales problemas de la producción normativa en una sociedad compleja. Además, que ello no atenta contra los supuestos político-ideológicos del estado de derecho contemporáneo, al menos en la forma más desarrollada que conocemos. La voluntad política de llevarlo adelante sólo podrá generarse a partir de un conocimiento más realista del funcionamiento de los sistemas jurídicos, y siempre que exista un compromiso con la racionalidad social como forma superior de convivencia en sociedades complejas, multiculturales, en acelerado cambio, y globalizadas.

Durante el siglo XX se vivió un proceso de paulatino desacreditamiento de la función legislativa, que en muchos casos llevó a su deslegitimación política, alentando reacciones totalitarias o solapadas formas de escepticismo frente a la labor parlamentaria.

En las democracias occidentales, la crisis de los sistemas liberales clásicos llevaron a que el Estado asumiera un papel activo en la economía (intervencionismo), que debió cumplirse en buena medida a través de la función legislativa.

Ese intervencionismo legislativo generó, como era lógico, un profundo cambio en las prácticas legislativas, que afectaron algunas de las propiedades de la racionalidad clásica de la ley, como eran su generalidad y abstracción, su claridad y coherencia, su cognoscibilidad: se empezó a legislar con un alcance parcial, transitorio y sin demasiado cuidado, debido a que se actuaba bajo exigencias apremiantes.

La urgencia en legislar, así como el carácter necesariamente particularizado de esa intervención, hicieron colapsar los rasgos más característicos atribuidos a la racionalidad legislativa, que fue sustituida por un uso y abuso estratégico de la legislación. De lo que se trataba era de obtener ciertos resultados en la coyuntura, sin reparar en que por esa vía se podían estar afectando funciones más profundas de la legislación.

A mediados del siglo XX, un grupo de prestigiosos juristas, portadores de la concepción clásica del derecho, lanzó un severo alerta sobre la “crisis del derecho”<sup>1</sup>, ante el hecho evidente de que la legislación, nacida bajo la promesa de

---

<sup>1</sup>Ver: AAVV, *La crisis del derecho*, Buenos Aires, EJEA, 1961, en el cual se recogen las exposiciones de los más relevantes juristas europeos: Ripert, Capograssi, Ravá, Delitala, Jemolo,

introducir certeza en el derecho consuetudinario, se había vuelto el principal agente de un crecimiento caótico, neoplasmático de las normas<sup>2</sup>. Los síntomas más visibles: inflación legislativa, improvisación de los contenidos, descuido de la formulación técnica, inestabilidad de las soluciones, etc.

Frente a este dato innegable de la realidad, algunos optaron por el descreimiento o el conformismo, pero otros aplicaron su inteligencia para encontrar soluciones racionales. Entre éstos, unos se orientaron hacia la informática<sup>3</sup>, procurando remediar por lo menos la recuperación rápida de la información. Otra tendencia, se ha aplicado a la tarea de revisar toda la función legislativa, desde su propia gestación, sus procedimientos, y la técnica de la formulación normativa, procurando establecer pautas para su racionalización: tal el propósito de la técnica legislativa.

Con todo, la búsqueda de estas respuestas se vió dificultada hasta no hace mucho por diversos motivos, entre los cuales cabe señalar:

- la falta de un campo disciplinario o interdisciplinario que coordinara y complementara los estudios sobre la legislación, de manera interesante; la compartimentación de los estudios jurídicos jugaron en esto el papel de un obstáculo evidente.
- La declinación de la confianza en el derecho como instrumento de orientación y cambio social. La planificación administrativa, los incentivos, la información, la propaganda, etc. se han vuelto instrumentos tanto o más efectivos para el logro de los fines políticos. Adicionalmente, la concepción neoliberal que tanto impacto ha tenido en la conformación del el estado contemporáneo, desestima la utilización de recursos coercitivos —propios del derecho— y en su lugar confía más en el papel del autointerés y la en la autoorganización sobre la base de criterios de racionalidad económica.

No obstante todo ello, una nueva elaboración teórica sobre la sociedad contemporánea y el papel que en ella cabe al derecho ha abierto nuevas perspecti-

---

Balladore Palieri, Calamandrei, y Carnelutti. En el Río de la Plata puede verse en la misma línea: Risolía, Marco A., *Grandeza y desprestigio de la ley*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961; Couture, *Prólogo a Flavio López de Oñate, La certeza del Derecho*, Buenos Aires, EJEJA, 1953; Gelsi Bidart, Adolfo, diversos capítulos sobre «crisis del derecho» contenidos en *Derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, FCU, 1987.

<sup>2</sup>Fenómeno que, por otra parte, ya era conocido por los romanos, si tomamos en cuenta la célebre sentencia de Tacito “*corruptissima republica, plurimae leges*”, que significa algo así como que “cuando la autoridad pública es sumamente corrupta, innumerables son las leyes”, en Publio Cornelio Tacito, *Annali*, III, 27.

<sup>3</sup>Para un panorama de posibilidades, ver: Martino, Antonio M. *Auxilio computacional a la legislación ¿Hacer leyes con las computadoras?*, en *Informática y Derecho*, vol. 4, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 33 y ss. *Legimatica: informatica per legiferare*, sous la direction de Biagioli, Mercatali et Sartor (*Actes de la Giornata di studio. Legimatica: informatica per legiferare. L'informatica al servizio degli organismi legislativi in Europa e in Italia*, Firenze, 25 novembre 1994), Napoli, 1995.

vas para el desarrollo de una ciencia de la legislación y una técnica legislativa fundada en ella. Para comprender mejor el alcance de estas nuevas disciplinas, será conveniente hacer una somera presentación de las nuevas perspectivas acerca de la racionalidad legislativa en el marco de la teoría de la sociedad y del derecho contemporáneos. Pero antes será preciso comenzar por comprender el papel de la legislación en la teoría clásica del derecho, por varias razones. En primer lugar, porque en nuestro país es aún la doctrina dominante, y en segundo lugar, porque ella resulta un obstáculo importante para comprender y compartir las perspectivas que ofrece la ciencia de la legislación.

Por consiguiente, será conveniente comenzar presentando una visión de conjunto de la doctrina clásica del derecho, para luego señalar las líneas de ruptura que ha abierto la teorización contemporánea del derecho, para desembocar en la teoría institucional del derecho, como una de las más comprensivas de la actualidad. Finalmente, presentaremos algunas ideas generales sobre ciencia y técnica de la legislación.

## **2. LA LEGISLACION EN LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DEL DERECHO**

### **a) Ubicación filosófica**

La noción de 'ley' tiene una significación central en la civilización occidental, que se vincula directamente con la idea de razón o racionalidad, tan característica de ella<sup>4</sup>. Ya entre los griegos la idea de ley general es el criterio de racionalidad del conocimiento, pero también expresa la forma más racional de gobierno, según la cual, la sociedad no sería gobernada por hombres sino por leyes. De esta manera, la ley expresa el desideratum del gobierno desinteresado, justo, igualitario, respetuoso de la libertad.

Esta idea recibe una particular articulación con la filosofía política del iluminismo europeo, que ve en la legislación el potencial político que implicaba. En su búsqueda de un control de la arbitrariedad de los gobernantes, la ley, como norma general, es vista como una garantía de racionalidad.

Estas ideas desde luego permearon profundamente la concepción del derecho de la modernidad. En la vertiente proveniente del derecho natural, el derecho está en las leyes o principios, obra de la voluntad de Dios, o como producto de la naturaleza racional. Ajustándose a ellos, la legislación positiva será correcta.

Ese carácter metafísico del derecho explica su funcionalidad, pues está destinado a regular la realidad social, ordenarla. En esta perspectiva, el derecho es un orden ideal en un doble sentido: porque no pertenece a la realidad en sentido empírico, y porque persigue un fin valioso, al menos para quienes lo crean. Pre-

---

<sup>4</sup>Véase para este punto, el ilustrativo trabajo de Norberto Bobbio, *La razón en el derecho* (observaciones preliminares), en rev. DOXA, n° 2, Alicante, 1985, p. 17 y ss. También Romilly, Jacqueline de, *La ley en la Grecia clásica*, Buenos, Aires, Editorial Biblos, 2004.

cisamente el estar “fuera de la realidad” garantiza su valor para ésta, pues se vuelve “indisponible” por ésta.

De ahí que cuando comienza la positivización del derecho, cuyo momento culminante es la aprobación del Código Civil francés de 1804, se piensa que su valor radica en ser una aplicación de los principios del derecho natural.

Su fuerza normativa proviene del propio hecho de ser racional; el derecho se impone a los hombres (honestos) como las verdades matemáticas se imponen al hombre inteligente: por su sola razón.

Aún cuando con la creciente creación parlamentaria de leyes va quedando en evidencia que ya no es posible sostener que siempre se puedan encontrar justificaciones en un derecho natural abstracto y ahistórico, se siguió recurriendo a figuras ficcionales, como la del legislador racional, o la racionalidad inmanente de la ley (“es más inteligente que su redactor”, se decía), como forma de disimular la existencia de una voluntad humana tras el acto de legislar, salvando así el carácter racional de la ley.

El positivismo primitivo (por ejemplo el de Bentham en Inglaterra, o el de la exégesis en Francia), trata de conciliar la justificación iusnaturalista con figuras ficcionales. Si por un lado recoge la tradición que ve en el gobierno una forma de dominación, Por ejemplo, Bentham admite que el derecho se identifica con imperativos, mandatos, órdenes o comandos, a modo de analogía con las formas de ejercicio del poder en las sociedades primitivas, donde el poder se comunicaba y efectivizaba por la presencia de una fuerza física superior. Frente al modelo de dominación primitivo, el derecho presenta características propias: (1) la fuerza física ya no se exhibe directamente para obtener obediencia, sino que se invoca la superioridad del número de voluntades, aunque también es cierto que el derecho reivindica el monopolio en el ejercicio de la violencia física legítima, para sancionar a quienes incumplan sus mandatos; (2) las órdenes del soberano se expresan de manera genérica y abstracta, comprometiéndose así con el ideal de igualdad e imparcialidad; esta forma de ley que adquieren los mandamiento del derecho, facilitan al mismo tiempo su legitimación.

De esta manera se explica que unos mandatos del pasado mantengan vigor en el futuro, pues si se considerase que decisiones particulares son también derecho, entonces su fuerza sería sólo momentánea.

Por esta vía, además, el derecho siempre es visto como algo *dado*, que viene del pasado. Para quien deba actuar (cualquier persona) o evaluar una conducta anterior (por ej., un juez), el derecho se representa como ya hecho antes de que entre en juego el proceso de su aplicación<sup>5</sup>. Todavía hoy, como resabio de esta

---

<sup>5</sup>Esto ha sido muy bien destacado por García Amado (García Amado, 2003:219 y ss).

concepcion, cuando dudamos acerca de cuál es el proceder correcto, nos preguntamos *qué tiene ya dispuesto al respecto el derecho*; cuando la conducta ya se ha realizado, y nos proponemos juzgarla, nos preguntamos *qué tenía dispuesto el derecho al momento de realizarse*<sup>6</sup>. Esto supone que el derecho tiene una respuesta que viene dada de antemano, aún cuando no sea explícita y requiera instancias de interpretacion, por ejemplo.

En este “estar dado” de antemano, radicaría una de las garantías máximas de la seguridad jurídica y del debido proceso, esto es: que quienes hayan de ser juzgados, lo sean conforme a procedimientos imparciales, por jueces previamente instituidos, y en base a normas generales, públicas y previas.

Por esta vía, la teoría clásica postula una distinción nítida entre las instancias de creación y de aplicación del derecho, para que además sean confiadas a agentes diversos<sup>7</sup>. Aún cuando se admite que hay instancias de interpretación sobre puntos dudosos, esas discusiones lo serán sobre un producto ya preexistente (el derecho) que contiene la respuesta buscada, que sólo espera ser “desentrañada”.

Era lógico que para asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico, debía excluirse toda posibilidad de que sus destinatarios tuvieran algún margen de discrecionalidad para adecuar su actuación con el derecho. En especial, esta visión del derecho, estaba dirigida a evitar que los jueces dispusieran del poder de crear soluciones propias. Si el titular del poder social era el pueblo, que lo ejercía a través de su representante el parlamento, entonces la mejor manera de asegurar la eficacia de sus mandatos era postular todas las notas necesarias para ello: completitud, coherencia, validez y evidencia de sus disposiciones.

La separacion tajante entre creación y aplicación del derecho (la ley) tenía una fundamentación ideológica muy clara: fundamentar la separación de poderes, y privilegiar al poder político representado en el parlamento frente al poder de los jueces. Según esta concepción, la creación del derecho corresponde al Parlamento que representa la voluntad popular, mientras que la aplicación corresponde al Poder Judicial, dependiendo de las circunstancias. En sus orígenes no estaba en cuestión el problema del Poder Ejecutivo, pues durante las monarquías absolutas éste no estaba sometido a los dictámenes del Parlamento ni a la jurisdicción de los magistrados; éstos son fenómenos muy recientes.

La concepción clásica representa o supone la creación del derecho con tres características:

1º) la creación del derecho es producto de un poder o voluntad superior, esto es, originaria o soberana. No podía concebirse la creación de derecho por una autoridad subordinada. Para el iluminismo esa voluntad correspondía al pueblo soberano que se expresaba a través de su representante, el Parlamento.

---

<sup>6</sup>Tal es la situación en que nos hallamos cuando promovemos una demanda, o somos demandados judicialmente; pero es también la situación del juez llamado a resolver esa cuestión.

2º) Esa voluntad creadora se expresa por medio de normas generales y abstractas, como forma de mandar más racional y justa. Mandando a través de órdenes generales y abstractas se evitaba la arbitrariedad y se garantizaba la imparcialidad del gobierno. Este ideal está reflejado en una frase del Dr. José Ellauri, quien al justificar la organización del poder judicial en el proyecto de constitución creía *“asegurarnos que no serán en lo sucesivo los hombre quienes nos juzguen, sinó las Leyes”*<sup>78</sup>.

3º) Por lo mismo, el momento de *creación* del derecho siempre debe ser anterior al momento de *aplicación*, para garantizar que la seguridad y justicia consagrada en las leyes no se desvirtúe en las decisiones judiciales, lo cual supondría una subversión de las bases ideológicas del sistema.

Esta concepción se mantiene vigente en la enseñanza usual de derecho en Uruguay, como se desprende de esta formulación de Véscovi: *“La legislación es la fuente formal por excelencia, en nuestra época. Y en nuestro derecho positivo, es la única fuente formal de Derecho”*. *“Comprendemos en el término legislación, tanto a la ley dictada por el Poder Legislativo como el decreto de la Junta Departamental, o el que dicta el Intendente o el Poder Ejecutivo (concepto material)”*. Y se aclara: *“La ley es una de las varias formas de legislación, es la más importante”*<sup>79</sup>.

Explicando políticamente este predominio, aclara Véscovi que *“En nuestro Derecho positivo, siguiendo la tendencia de la Revolución Francesa, se da una absoluta predominancia a la ley y aún en los casos de vacío legal no se autoriza al Juez a recurrir a la costumbre, lo que ha sido aceptado por los más modernos Códigos, como el chino, el suizo de las Obligaciones, etc.”*<sup>80</sup>.

Pero aún se agregan argumentos supuestamente empíricos: *“es evidente que la ley tiene otras [ventajas] que la hacen preferible...”*:

a) su *precisión*: si frente a un texto redactado por especialistas surgen dudas sobre su interpretación, cuánto más las habría frente a la costumbre;

b) su *inteligencia*: el legislador va modelando racionalmente las costumbres, y es más progresista, menos conservador que la gente misma.

La consecuencia de esto es que no se admitan otras fuentes, pero aún en el caso que se admitan otras fuentes de derecho (normas generales administrativas, o actos particulares como sentencias, resoluciones administrativas, contra-

---

<sup>78</sup>Cfr. Aarnio, *Form and content in Law: dimensions and definitions of Legal Positivism*, en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Acta Phil. Fennica, vol. 13, 1983, p. 86, apud. Wintgens (Wintgens, 2004:185).

<sup>79</sup>Discurso del 6 de mayo de 1829, en su calidad de miembro informante de la Comisión redactora del proyecto de nuestra Constitución de 1830.

<sup>80</sup>Véscovi, Enrique, *Introducción al derecho - Opción Derecho*, Montevideo, Editorial Idea, pp. 74-75

<sup>10</sup>Véscovi, op. cit., pp. 79-80.

tos o testamentos), éstas aparecen en un plano subordinado, cuando no irrelevante, y por lo tanto, carente de relevancia teórica.

## **b) El problema de la realización de la ley**

Asociado con este problema anterior, está la cuestión de la aplicación del derecho en los casos concretos de duda o violación de los mandatos generales; ésta es la cuestión de su efectividad.

“Aplicar” en este caso, implica tanto como *subsumir* o *someter* algo (el caso) bajo la forma de la regla general (el derecho). Por consiguiente, la función judicial, es vista como una operación meramente intelectual, un silogismo, donde la premisa mayor es la ley, la menor es la calificación del caso, y la sentencia la conclusión. Según esta manera de ver el derecho, tanto la administración como los tribunales se limitan a aplicar los *mandatos* o *comandos* legales, y en caso de conflicto, los jueces son los llamados a resolver la disputa, y hacer efectivo su cumplimiento, incluso disponiendo el uso de la fuerza implícita en los mandatos legales. Esta matriz teórica tiene naturalmente un conjunto de supuestos que sería interesante examinar brevemente:

- el derecho es un sistema normativo, coherente, completo, y cognoscible.
- la realidad social es moldeable mediante decisiones racionalmente deducidas
- en esto consiste la justicia, y por tanto, la justificación de la aplicación del derecho proviene del derecho mismo.

De esta tesis también se derivan consecuencias muy importantes:

- el parlamento tiene una preponderancia casi absoluta en la creación del derecho
- la justicia está subordinada a la voluntad parlamentaria, pues la justificación moral de sus fallos proviene de la representatividad del órgano parlamentario.

Para la concepción clásica, esos mandatos o comandos que vienen dados por una autoridad del pasado, son en principio claros, y no precisan de interpretación, salvo casos excepcionales de oscuridad. Rige aquí el brocardo romano “*in claris no fit interpretatio*”, esto es, ante un texto claro no es necesario hacer ninguna interpretación. De tal manera, la interpretación se vuelve una actividad contingente, no necesaria.

Queda delineado así, el papel de los jueces, que se limitarán a ser la boca a través de la cual se expresa la ley, que expresa en sí misma la voluntad de ordenar o prescribir.

De ahí deriva también, o se supone, la relación de determinación entre el derecho y la sociedad. Dentro de la concepción clásica el derecho tiende a verse



como una fuerza que desde fuera se impone a la sociedad, determinándola en mayor o menor medida, según las concepciones. Por ejemplo, Véscovi dice que *“el derecho es un conjunto de normas aplicables a una sociedad para hacer posible la coexistencia y que traducen un ideal de justicia”*. Aquí aparece con bastante claridad la tesis según la cual el derecho está fuera de la sociedad, y es conformador (o condición) del orden social, o de la sociedad misma, o de la economía.

El iusnaturalismo es la forma más radical de concebir al derecho como anterior o independiente ya no de la sociedad, sino inclusive de la voluntad de cualquier legislador empírico; en esta línea se ubican las formas teológicas (el derecho lo dicta dios) y las racionalistas idealistas (el derecho surge de la naturaleza racional del hombre). Para estas corrientes, el origen de la sociedad misma, es fruto o es posible gracias al derecho. Quienes entran en una vida social, lo hacen impulsados o habilitados por el derecho natural. Lo común a todas estas concepciones, es que sobredimensionan la función del derecho, entendido como una forma de dominación personalizada, que trascendentaliza las relaciones familiares: el Estado ordena la sociedad, como el padre ordena la familia; como éste, al mismo tiempo que prescribe, también asegura un orden justo donde realizar los ideales y afectos. Un indicador claro de esta relación, ese vector que va de la autoridad a la realidad, está dado por la concepción acerca del valor de la costumbre, esto es, de las prácticas surgidas más o menos espontáneamente de la gente y de las organizaciones no estatales. Los códigos basados en esta concepción (como el Civil uruguayo) pretenden proscribir la costumbre, como si la ley tuviera un poder omnímodo sobre ese tipo de realidades. Más allá de que el propio parlamento al codificar proclame su predominio excluyente sobre las demás fuentes del derecho (art. 9 del Código Civil), ello es reafirmado como si fuera una verdad teórica y una conveniencia política. En las formas del iusnaturalismo social, es la sociedad la que da forma y determina al derecho (Montesquieu).

Para expresar gráficamente esto, Montesquieu decía que los jueces son la *«boca de la ley»*. A su vez, Cesare Beccaria decía:

*“El juez debe hacer en todo delito un silogismo perfecto: la mayor de este silogismo debe ser la ley general; la menor, será la acción conforme o no a la ley; y finalmente, la consecuencia tendrá que ser la libertad o la pena. Si el juez se ve obligado o pretende hacer, en vez de uno, dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.”*<sup>11</sup>.

Entonces, de manera coherente con los caracteres ya señalados, en casos de conflicto, los jueces no hacen más que tomar ese derecho *dado*, y aplicarlo al caso, esto es, subsumirlo para hacer efectivas las consecuencias dispuestas por la autoridad en el momento *creador* del derecho, sin agregar nada, esto es, sin

---

<sup>11</sup>De los Delitos y de las penas, en Sección: Interpretación de las leyes.

innovar nada. En esta actividad judicial no tiene que haber creación de normas, porque el juez no puede expresar una voluntad de obtener resultados diversos del dispuesto por el derecho dado (legislado).

Para cumplir ese designio de regir la aplicación práctica del orden establecido, ese conjunto de normas debe satisfacer las condiciones de completitud, coherencia y cognoscibilidad. Para que el modelo de aplicación silogístico fuera sustentable, los clásicos debían postular algunas notas del sistema normativo: unidad, coherencia, plenitud o completitud, integridad o consistencia. Sólo postulando estas características podía justificarse la idea de que los jueces no ponían voluntad en sus fallos, sino sólo operaciones intelectuales.

Para los juristas del siglo XVIII en adelante, estos requisitos se satisfacían básicamente con la técnica de la codificación, si bien no ya de todo el derecho, al menos de sus grandes ramas, como el derecho civil, el comercial, el penal, el procesal<sup>12</sup>. Con la codificación se fortalecían valores centrales del derecho, como la seguridad jurídica, la sistematización de las soluciones, la legitimación de los fallos judiciales y del derecho positivo en su conjunto<sup>13</sup>. Sin duda, la codificación fue la técnica legislativa por excelencia correspondiente al paradigma clásico del derecho.

### 3. TRANSFORMACIONES EN LA TEORÍA DEL DERECHO

#### 3.1. Planteamiento

En el desarrollo de la teoría del derecho, en especial durante la segunda mitad del siglo XX, podemos observar grandes líneas que implican profundas transformaciones en la forma de comprender el derecho, que a la postre han determinado en los países más desarrollados (y desde hace tiempo ya) lo que podríamos denominar un cambio de paradigma, esto es, un cambio en los supuestos y formas de entender el derecho.

Estos cambios en la teoría del derecho responden en parte a un refinamiento en el instrumental analítico de que disponen los teóricos (que se valen de los avances metodológicos de las ciencias sociales en general), y en parte a cambios profundos en el propio fenómeno jurídico, y seguramente, a una interacción entre ambos, dado que las elaboraciones teóricas de los juristas y su objeto de estudio no pueden evitar las influencias recíprocas.

---

<sup>12</sup>Para apreciar la importancia que se atribuía a esta tarea, adviértase que la constitución uruguaya de 1830 establecía como primer cometido del parlamento el “*formar y mandar publicar los Códigos*”, disposición que se mantiene hasta ahora.

<sup>13</sup>Cfr. Siebeneichler de Andrade, Fábio, *Da codificação. Crônica de um conceito*, Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 1997, p. 50 y ss. También, Hassemmer, Winfried, *Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley*, en Kaufmann y Hassemmer, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992, p. 199 y ss.

Señalaré algunas líneas relevantes que muestran las tendencias generales en la elaboración teórica contemporánea acerca del derecho. Tales líneas no son excluyentes entre sí, pero en todo caso son complementarias, pues tienden a conformar el paradigma dominante en la teoría del derecho contemporánea.

### 3.2. El giro realista en la teoría del derecho

La primera ruptura clara radica en la ubicación del derecho como un fenómeno social, inmanente a la sociedad, esto es, producto de la vida social.

La teorización contemporánea del derecho, ha procurado, por muy diversas vías, conceptualizar el derecho como parte de la realidad, y más concretamente como un fenómeno social<sup>14</sup>.

El camino del realismo en el derecho no ha sido sencillo, porque muchos de sus intentos culminan en vías muertas. Así, el realismo llamado norteamericano, que concibe al derecho como la práctica de los tribunales, y a la ciencia jurídica como la que estudia las previsiones acerca de cómo decidirán los jueces, reduce el derecho a un fenómeno psicológico, de psicología social, conductista. En general se considerara que por esta vía se termina disolviendo la noción de norma social, generalmente asociada con el derecho, por cuanto antes de la decisión judicial no existirían más que pronósticos, nunca normas. Describir el derecho con prescindencia de normas, no constituye una buena reconstrucción de la forma en que vivimos el derecho.

### 3.3. El giro dinámico-pragmático de la teoría del derecho<sup>15</sup>

Contrariamente a la concepción clásica, la teoría moderna señala que los sistemas jurídicos son dinámicos, con lo cual quiere significar que están sujetos a permanentes cambios a través del tiempo<sup>16</sup>. Se ha observado que *“los órdenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo: están en proceso continuo (...) si el orden jurídico es un continuado proceso de creación, entonces, el orden jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que es solamente el cuadro de las transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas. (...) El orden jurídico no es, pues, más que el conjunto de procedimientos jurídicos de creación. (...) Ahora bien, si los actos jurídicos constituyen un proceso continuo de creación y si toda creación*

---

<sup>14</sup>Dejamos de lado las concepciones del derecho como perteneciente a la naturaleza, sea ésta racional o divina, porque con ello nos moveríamos en el campo de la metafísica.

<sup>15</sup>Sobre esto, ver en Calsamiglia (1990) la discusión sobre si el pasado determina al presente.

<sup>16</sup>Mendonca, Exploraciones normativas, México, Fontamara, 1995, p. 33.

*(...) es una modificación, a consecuencia de la modificación que implica, entonces, los actos jurídicos constituyen un flujo constante de variaciones jurídicas...*<sup>17</sup>

Mientras que para la concepción clásica ese derecho dado consagraba el ideal de completitud, precisión y coherencia que el iluminismo adjudicaba al orden jurídico, resulta ahora evidente que tal supuesto nunca existió en los hechos, y parece claro que no resulta alcanzable. En efecto, si bien podemos aceptar que las grandes codificaciones significaron un avance notable frente a la dispersión y superposición de normas de diferentes épocas y fuentes, es indiscutible que ello no implica disponer de un sistema cerrado de soluciones, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque esos códigos están formulados en un lenguaje ordinario, que no escapa a la vaguedad, ambigüedad y textura abierta que caracteriza a tales lenguajes. En segundo lugar, porque la visión histórica del legislador es incapaz de prever las contingencias del devenir futuro. Además, los supuestos éticos y políticos de toda obra legislativa no son estáticos sino que van cambiando, y con ellos también las exigencias en la aplicación del derecho.

Por consiguiente, sería absurdo pretender que unas normas creadas históricamente, permanecieran como justificación suficiente para el uso de la coacción en el futuro; por el contrario, es claro que los operadores futuros tienen algo que aportar en la aplicación del derecho para evitar esas anomalías.

En lugar de la concepción del derecho como mandatos que vienen del pasado, se abre camino la idea de que el derecho es un sistema social, porque es capaz de generar una interpretación unitaria a través del tiempo, a pesar de su permanente cambio.

Si para la concepción clásica el derecho era visto como algo dado, las concepciones contemporáneas, en cambio, lo observan como un permanente devenir, en continua (auto)recreación, en función de la actividad de un aplicador que es, al mismo tiempo, (re)constructor del mismo<sup>18</sup>. Para la concepción contemporánea, en cambio, el derecho es visto como un fenómeno en permanente proceso de producción, (auto)reproducción y (auto)reconstrucción. En otras palabras, el derecho no es algo “dado” acabadamente<sup>19</sup>.

### 3.4. Giro sistémico-estructuralista

Como vimos, la concepción clásica veía la creación del derecho como una manifestación de la voluntad soberana<sup>20</sup>, esto es, la voluntad suprema de la sociedad. De alguna manera, esto significaba una trascendentalización de las relaciones personales que se daban en una sociedad fuertemente jerarquizada.

---

<sup>17</sup>Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del derecho, México, Themis, 1996, p. 232-233

<sup>18</sup>Un planteamiento similar, en Aguiló Regla, 2000:193.

<sup>19</sup>García Amado, 1994; y 2004:220

<sup>20</sup>Del mismo modo que las relaciones jurídicas privadas surgían de la voluntad individual.

Para la moderna teoría del derecho, en cambio, la creación del derecho no puede ya ser el producto de ninguna voluntad por sí misma, porque la voluntad jurídicamente relevante no es la psicológica (ni siquiera la colectiva) sino aquella autorizada por las normas del sistema jurídico. Por otra parte, para no caer en circularidad, la misma voluntad no puede afirmar que está autorizada. Por consiguiente, si –al menos– una de las condiciones de la validez del derecho creado, radica en que sea producido conforme lo autorizan normas previamente creadas, pues entonces ya no es fruto de una expresión de voluntad, sino de una instancia posterior que corrobore la creación de derecho.

En la práctica, esto significa que el derecho es un fenómeno institucional, porque su significación depende del seguimiento de reglas compartidas, o si se prefiere, códigos semióticos.

Por ejemplo, podemos decir que la voluntad expresada por una votación en el Parlamento será una ley, si y sólo si se han cumplido con los requisitos establecidos previamente por la constitución para que algo valga (pueda interpretarse) como ley.

Pero tampoco basta con que algo pueda ser interpretado conforme a la voluntad del creador de la norma, sino que será preciso contar con la cooperación de aquéllos que tienen que aplicarla: el poder administrador y los tribunales. Si por alguna razón éstos no contribuyeran a la efectividad del mandato legislativo, éste quedaría ‘flotando’ en una dimensión de pensamiento, sin consecuencias prácticas.

Veamos el ejemplo del reciente plebiscito del agua. Se trata de un acto constitucional que requiere ser aplicado. Dado que para aplicarlo deben resolverse una multiplicidad de problemas instrumentales, cabe la posibilidad de que la iniciativa la tome el Poder Ejecutivo, en cuyo caso podrá enviar un proyecto de ley, o dictar un decreto interpretativo que valdrá como aplicación en tanto no se le impugne. Por otra parte, si promoviera una ley, si ésta se dictase, podría ser discutida en su interpretación (ante cualquier juez o ante la administración que la aplique), o también en su constitucionalidad (ante la Suprema Corte de Justicia). Quiere decir, que la suerte final de un acto jurídico nunca está en las manos del propio órgano que lo dicta.

Para dar cuenta de este fenómeno no comprendido por la concepción clásica, la moderna teoría del derecho ha realizado dos ajustes relevantes. (a) Por un lado, tiende a considerar que todos los actos que pueden tener efectos jurídicos, son jurídicos, y por tanto, la creación de derecho corresponde a todos los órganos que producen actos jurídicos. (b) Pero al mismo tiempo, la creación de derecho no puede entenderse como el resultado de una voluntad concreta, sino más bien como el resultado de un funcionamiento sistémico, cuyo centro de gravedad no pasa necesariamente por una voluntad empíricamente determinable.

Para manejar este complejo problema, será preciso entonces, realizar ciertas precisiones en la noción de crear derecho, que en la concepción clásica resulta

muy tosca. En efecto, bajo la denominación de “crear derecho” se están aludiendo fenómenos muy diversos, como por ejemplo: (a) producir un texto dotado de autoridad oficial (sancionar una ley, suscribir un contrato, etc.) (b) lograr que ese texto sea comprendido como derecho por sus intérpretes, y (c) lograr que ese texto logre motivar las conductas de sus destinatarios directos, o de quienes tienen el cometido de hacerlo cumplir, para que lo hagan efectivamente de acuerdo con la intención con la cual fue sancionado, etc.

No cabe duda que en el sentido (a) el parlamento crea derecho, pero también lo hacen otros órganos autorizados a disponer derechos y obligaciones. Pero crear derecho en el sentido (b) ya no depende exclusivamente del parlamento, sino que dependerá de ciertos códigos que condicionan la inteligibilidad del mensaje. Todavía más: que la interpretación coincida con la querida por sus redactores, es algo que también dependerá de factores diversos. Finalmente, si por crear derecho entendemos el sentido (c) entonces tal eventualidad depende todavía de la decisión de otras autoridades que gozan de una autoridad muy grande, pues un acto de creación normativa no se parece a dar una orden, sino que en todo caso, se trataría de una orden que se incorpora a un conjunto de órdenes que conforman un sistema, y que se interpreta como un todo coherente. Algunas versiones realistas (como la de Alf Ross, por ejemplo) señalan que sólo podríamos decir que el acto legislativo (a) crea derecho en el sentido (c) si podemos conjeturar que los tribunales han de aplicarlo. Si no existe conjetura plausible en tal sentido, pues habría que esperar a ver qué pasa en los tribunales. Otros teóricos, como Kelsen, son partidarios de abrir un crédito a los actos sancionados (a) que logren el resultado (b), reservando el juicio adverso para el caso que resulten desestimados por los tribunales.

Por lo tanto, si hemos de seguir hablando del parlamento como creador de normas, deberemos tener el cuidado de distinguir entre dos cosas. Por un lado, estarán los textos normativos, pero por otro, estarán los sentidos obligatorios que pueden elaborarse o generarse a partir de esos textos. No hay problema en mantener que los parlamentos efectivamente crean, con carácter autoritativo, textos normativos, de carácter general y abstracto. Pero que sean interpretados como derecho y —más aún— como derecho vigente, ya no depende de su propia voluntad, sino que dependerá de que otros sujetos acepten que su sentido es obligatorio y además estén dispuestos a hacerlo efectivo.

Claro que para que este fenómeno se hiciera visible, fue preciso aguardar a que aparecieran instancias de efectivo control de esos requisitos. En el derecho privado esto no era novedad, pues siempre estuvo claro que, por ejemplo, los contratos valían en la medida que la voluntad se hubiera expresado cumpliendo determinados requisitos; pero esto no estaba tan claro respecto de las leyes. La clara percepción de este fenómeno se origina en cambios notables operados en el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Por un lado, la irrupción de las constituciones, como cuerpos normativos, y por otro, la consolidación del control jurisdiccional.

diccional de la constitucionalidad de las leyes. Estos fenómenos eran desconocidos en la época en que se conformó la doctrina clásica del derecho<sup>21</sup>

Por otra parte, desde un punto de vista lógico, es claro que que todo acto de producción normativa conlleva en parte la aplicación del orden preexistente (al menos en su procedimiento), y al mismo tiempo la creación de contenidos o soluciones nuevas, más detalladas, sin lo cual resultaría innecesaria. Pongamos por caso la condena de un delincuente. Si el código penal dispone que el delito cometido se sancione con pena de 2 a 8 años, y el juez condena a 5 años, es claro que esa condena está comprendida en la previsión general, pero el hecho de que se hubiera decidido 5 años y no 4 o 7 y medio, no se deduce lógicamente de la norma general, sino que se deduce (o justifica) en .

Ya Kelsen había observado que todo acto jurídico implica en alguna medida *creación y aplicación* del derecho al mismo tiempo<sup>22</sup>.

Por consiguiente, para la concepción contemporánea del derecho, la producción normativa no es atribuible a órganos aislados, sino que es el resultado de prácticas institucionales complejas, que requieren del juego armónico o cooperativo de distintas autoridades.

De alguna manera, esto es la consagración del programa de la ilustración para controlar el poder, basado en la idea de distribuir el poder entre distintos órganos para motivar la interacción entre ellos, y de esa manera configurar una efectiva garantía de la libertad pública.

Tampoco podemos decir que la creación normativa se da en un proceso que va de lo general a lo particular, dentro de una estructura jerárquica estricta de órganos, porque es dable observar en nuestros días que una ley puede ser anulada o desaplicada (según sea el régimen de cada país) por los tribunales.

Desde luego, tampoco es cierto que los órganos que ‘aplican’ el derecho puedan hacer cualquier cosa; por cierto existen unos productos dados en la experiencia jurídica, por ejemplo: las leyes, las sentencias, etc. Pero esto no es “el derecho” por sí solo, sino que son componentes de la experiencia jurídica. Como tales componentes, coexisten con otros componentes, conformando un sistema dinámico en permanente producción y reproducción.

### **3.5. Giro en la racionalidad del derecho: de la esencia a la aplicación**

Tradicionalmente, como vimos, la racionalidad del derecho, esto es, su posibilidad de imponerse a la razón humana, provenía del hecho que o bien coincidie-

---

<sup>21</sup>Sólo existía la práctica norteamericana del control de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema, a partir del famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803.

<sup>22</sup>Así por ejemplo, la ley es aplicación de la constitución y creación de derecho; la sentencia es aplicación de las leyes, pero creación de una solución nueva para el caso, y así sucesivamente. Únicamente escaparían a esta regla la norma básica (creación original), y los actos de ejecución final, como por ejemplo de una sentencia (pura ejecución material).

ra con un derecho ideal, pensado como perfecto, o bien provenía de un legislador que se suponía racional, porque interpretaba sabiamente los principios del derecho natural, o la voluntad popular (soberano).

Esta racionalidad, que Bobbio denominó sustancial o fuerte, se vinculaba, como puede verse, con la creación del derecho, esto es, las instancias originarias (Dios, la naturaleza, el legislador) se ha ido deslizando poco a poco hacia la zona de la aplicación del derecho, esto es, a su puesta en efectividad. En especial, ha cobrado centralidad la función de aplicación por los tribunales. Entonces, la racionalidad ahora se busca en el procedimiento por los cuales los jueces deciden los asuntos sometidos a su conocimiento.

Este paso ha sido inevitable, en cuanto resultaban insostenibles las propiedades otrora predicadas del ordenamiento jurídico, como completo, coherente, evidente y permanente. Ninguna de estas propiedades se dan de hecho, y, más aún, no pueden llegar a darse, porque para eso los legisladores deberían ser algo parecido a dioses.

Si es inevitable que los aplicadores del derecho dispongan de un campo de discrecionalidad al momento de decidir un caso, pues entonces resulta relevante estudiar bajo qué lógica puede construirse un modelo ideal de decisión judicial que sirva de orientación para la práctica.

Como veremos, en los últimos años se observa un nuevo giro hacia la producción del derecho (sin abandonar el interés por la aplicación), pero ya no en busca de un ordenamiento ideal, sino de un procedimiento ideal para crearlo. Con esto se vincula en definitiva la técnica legislativa.

### **3.6. El problema de la relación entre ley y sentencia o entre parlamento y judicatura**

Fruto de todos estos giros en la comprensión del derecho, también se ha debido reinterpretar la relación entre ley y sentencia judicial. Como vimos, la interpretación clásica ponía al juez en un papel pasivo, carente de voluntad, del cual se esperaba que se apegara fielmente a la ley, no por un capricho, sino porque en ello veía la máxima garantía contra la arbitrariedad de los magistrados. Tal arbitrariedad, en cambio, no podía darse en la ley, fruto del voto público y reflexivo de la asamblea representativa, sin un conocimiento directo de los hechos a decidir. El modelo resultaba así muy atractivo, porque se avenía muy bien con el ideal democrático liberal. El único inconveniente que presentaba era su falsedad...

Con todo, es probable que en la época que se concibió el modelo, pudiera soñarse con su viabilidad, pero los cambios operados en las sociedades contemporáneas, y los descubrimientos de las ciencias del lenguaje, liquidaron todo optimismo posible. La tesis que se impone es: resulta imposible sujetar a los jueces a los dictados de las leyes. Tal imposibilidad resultó de varios factores, entre



los que deberemos distinguir claramente razones teóricas, que refieren a cuestiones de hecho, y razones políticas, que refieren a cuestiones de conveniencia o legitimidad.

*a) razones desde el punto de vista teórico*

Las teorías contemporáneas rechazan casi sin excepción la idea de que los fallos de los jueces son el producto intelectual de un silogismo. La falsedad de tal concepción se funda en diversas razones:

1º) nunca existe una determinación biunívoca entre el caso y una ley, porque un mismo caso puede nominarse de diversas maneras, y por cada una de ellas convocar la aplicación de una norma distinta. Por ejemplo: el acto de dar por terminada una relación laboral por el patrón puede calificarse como *despido*, en cuyo caso requiere aplicar las normas de despido, pero también podría calificarse como *abuso de derecho*, en cuyo caso resulta aplicable la responsabilidad civil. Y como es el juez quien está facultado para determinar en cuál de los dos campos (tópicos) situará el caso, el silogismo en todo caso correspondería a una etapa posterior y dependiente de esa elección. Disponiendo de este poder, es imposible condicionar las decisiones judiciales desde una ley. En todo caso, en los sistemas jurídicos modernos, el cúmulo de leyes es tan vasto que resulta muy difícil prever qué conexiones podrá establecer un juez entre todas ellas.

2º) las premisas legaliformes (la constitución, las leyes, los reglamentos) están expresadas en lenguaje natural, en el cual resulta imposible evitar un cierto margen de indeterminación de significado (ambigüedad, vagüedad, textura abierta, etc.). Ello lleva a que de cada enunciado susceptible de ser utilizado como premisa, podrían extraerse diversas interpretaciones, que el juez debe decidir. Y naturalmente, de la interpretación que se elija dependerá —otra vez— la conclusión del fallo.

3º) Fuera de las circunstancias anteriores, existen otras derivadas del sistema en su conjunto. Por su naturaleza de obra humana, histórica, nada garantiza que al momento de tener que adoptar una decisión judicial, el conjunto de disposiciones legales existentes sea unitaria, coherente y consistente.

Un orden jurídico nunca es fácticamente unitario, porque existen múltiples centros de producción normativa: parlamento, administración, particulares, etc. Que todo ese complejo de producción normativa sea una unidad podrá ser el resultado de una interpretación institucionalizada, pero nunca del modo de producción del derecho (ver más arriba el giro de la racionalidad en la producción a la racionalidad en la aplicación). Así que a lo más, lo que puede exigirse es que al momento de decidir, el juez componga un conjunto de premisas coherentes.

Un orden jurídico no es necesariamente coherente, porque es obvio que con una creación aluvional de disposiciones de distinto nivel, e interpretaciones que lo reformulan permanentemente, no puede asegurarse su armonía permanente;

la coherencia sólo puede garantizarse respecto de una decisión, y ésta es realizada –parcialmente, en cuanto sea necesario– por la autoridad que resuelve el problema (juez).

Un orden jurídico nunca es completo, en la medida que no puede haber previsto las soluciones para todo los casos que se planteen en el futuro; en todo caso, puede prever un procedimiento para solucionarlo, pero ello significa –precisamente– reconocer que otra autoridad deberá crear la solución<sup>23</sup>.

Quiere decir esto, que las propiedades que predicamos de los ordenamientos jurídicos (unidad, coherencia y completitud) no son dadas de hecho, sino que son el fruto de una interpretación exigida por razones prácticas. Pero esa interpretación debe realizarla alguien, algún sujeto autorizado para ello. Esas interpretaciones las formulan abstractamente los juristas (la llamada “doctrina”) y las consagran los tribunales y aplicadores del derecho.

Ahora bien, para poder zafar de esta paradoja entre el caos de la producción del derecho y la armonía del sistema jurídico, es necesario apelar a una distinción crucial que realiza la teoría contemporánea: una cosa son los materiales o disposiciones jurídicas (textos dotados de autoridad) y otra las normas jurídicas (resultado de una interpretación de aquellos textos).

Quiere decir que una norma jurídica no se corresponde necesariamente con un artículo o un inciso de un texto o disposición jurídica. La norma es una entidad de sentido o significado prescriptivo, en otras palabras una entidad lingüística de significación, y por lo tanto, es el producto de un acto de interpretación de algún sujeto.

Esta constatación agrega una nueva complejidad al problema, porque quiere decir que de un mismo conjunto de disposiciones o textos, puede extraerse un número indeterminado de normas, siempre que pueda fundarse racionalmente una interpretación a partir de dichos textos<sup>24</sup>.

En conclusión, pues, la situación en que se encuentra el llamado “aplicador del derecho”<sup>25</sup> frente a la ley es de relativa determinación. Está determinado en

---

<sup>23</sup>Esto está claramente previsto en los artículos 15 del Código Civil, 25 del Código del Proceso Civil, y 332 de la Constitución, según los cuales, los casos que se planteen no pueden dejar de decidirse por ausencia de previsión legislativa.

<sup>24</sup>Un ejemplo bien ilustrativo de este fenómeno normal en todos los sistemas jurídicos, lo constituye el reconocimiento de los derechos patrimoniales de la concubina. Hasta la década del '30 del pasado siglo, nuestra jurisprudencia rechazaba cualquier pretensión económica de la concubina, aduciendo que el Código Civil sólo reconocía el matrimonio legítimo. Pero a partir de entonces, y utilizando los mismos materiales textuales (el Código Civil) algunos jueces comenzaron a articular otras disposiciones; por ejemplo acudieron a las disposiciones sobre sociedad de hecho, o enriquecimiento sin causa, etc. Dígase lo que se diga, el resultado práctico fue que hasta cierto momento las concubinas no tenían derecho a nada, y a partir de estos fallos (que “descubren” nuevas combinaciones de textos) si tienen derecho a que se les reconozca una porción en la herencia del concubino fallecido, en desmedro de la esposa legítima.

<sup>25</sup>En puridad sería mejor llamar “operador del sistema jurídico” o “autoridad decisora de casos”, porque la expresión “aplicador” connota una vinculación muy directa con la concepción clásica.

cuanto se le exige que justifique sus decisiones en normas interpretadas a partir de las fuentes autorizadas o reconocidas: la constitución, la ley, la costumbre<sup>26</sup>, la jurisprudencia, la doctrina, la convicción moral<sup>27</sup>, etc. Pero tiene discrecionalidad para decidir en cuanto nadie puede determinar qué disposiciones tomar como justificación de su fallo, y menos, qué interpretación de las mismas adoptar.

Esta circunstancia, por otra parte inocultable, no implica, con todo, que los tribunales se comporten arbitrariamente. Y ello porque los jueces no son seres aislados sino que forman parte de instituciones conformadas precisamente para cumplir una misión que hace de la seguridad y la razonabilidad un valor muy estimable.

Quiere decir que los valores de seguridad jurídica y justicia que cabe esperar que los jueces defiendan, no resultan del supuesto procedimiento silogístico empleado para resolver los casos planteados, sino de otros condicionamientos. Pero para ver esto, será preciso desarrollar una de la concepción más reciente en la teoría del derecho: la concepción institucional del derecho.

### **3.7. El giro analítico-lingüístico en los estudios jurídicos: de la retórica a la teoría**

De acuerdo con sus supuestos filosófico-ideológicos, la doctrina tradicional del derecho se caracteriza por la utilización de un lenguaje retórico, lleno expresiones sin sentido claro, cargadas de emotividad, ficciones, etc. orientado a generar respeto y seguimiento.

Una de las tareas que promovió Kelsen estaba destinada a esclarecer los términos cruciales de la elaboración teórica del derecho, que resultaban oscuros. A partir de entonces, se abre camino el trabajo analítico del lenguaje jurídico, que ha significado el esclarecimiento de problemas importantes, tarea que, con todo, aún no puede darse por completada.

Aquí nos interesará establecer algunas distinciones especialmente relevantes para analizar luego los problemas de la legislación.

#### *a) los distintos componentes de un acto lingüístico*

Dado que el derecho se inserta en procesos de comunicación social (órdenes, normas, justificaciones, argumentos), es dependiente de algún lenguaje, pues el lenguaje es el sistema de signos que utilizamos para la comunicación.

---

<sup>26</sup>Tal cosa sucede, por ejemplo, en diversos artículos del Código Civil: 594, 1083, 1106, 1302, 1788, 1815, etc.

<sup>27</sup>Esto se da en la ley 8.080 que tipifica el proxenetismo, cuyo artículo 8 dispone que: "...lo Jueces, al pronunciar su fallo lo harán con libertad absoluta para apreciar la prueba con arreglo a la convicción moral que se formen al respecto."

La moderna analítica del lenguaje ha formulado muchas e importantes distinciones, algunas de las cuales nos interesarán aquí para manejarnos en el problema de la legislación. Cuando usamos del lenguaje, realizamos diversas acciones lingüísticas simultáneas, a veces muy complejas, que es necesario distinguir pues responden a lógicas diversas.

Por un lado, tenemos el **aspecto físico** del lenguaje: una expresión verbal o un texto escrito, que algunos designan como *acto expresivo*, pues cae bajo nuestros sentidos.

Asociado con ello, tenemos la **intención comunicativa** del hablante, que puede variar, porque con una misma expresión (por ejemplo: “Hay aftosa en los países limítrofes”) puedo estar realizando distintos actos comunicativos: informar (acerca de un fenómeno sanitario), prescribir (que se adopten previsiones sanitarias), advertir (con el deseo de que no caigamos en el mismo problema), provocar (un pronunciamiento de los países vecinos).

Por último, para no entrar en distingos más complejos, está la **eficacia de esos actos en la realidad**, que puede coincidir con la intención del hablante o puede ser otro, por ejemplo: molestia del país vecino, respuestas, acciones preventivas, perjuicio a los vecinos, adopción de medidas sanitarias oportunas, etc. En este tercer plano de análisis, se suele hacer una distinción bien interesante: algunos actos de habla realizan efectos por el solo hecho de formularse. Por eso se denominan **realizativos**, y los ejemplos típicos lo constituyen los actos codificados institucionalmente, como por ejemplo “los declaro marido y mujer”, o “si juro”, o “te prometo devolver el dinero en 30 días”, etc. En todos estos casos, el solo proferimiento del acto lingüístico en condiciones adecuadas, realiza el efecto previsto institucionalmente.

Esto nos permite distinguir en la función legislativa, entre el aspecto de producir una expresión legislativa, esto es, producir un texto oficial dotado de valor de ley, y el significado de ese acto. Normalmente, los actos legislativos están formulados con la intención de prescribir, esto es, formular una norma. Pero no siempre esto es así; en particular, cuando se cometen ‘torpezas’ u ‘olvidos’ pragmáticamente contradictorios con dicho propósito. Por ejemplo: cuando se aprueba una ley que prohíbe cierta conducta, pero no se establece ninguna sanción para ello, o cuando se confiere un derecho, pero no se votan los recursos para implementar su puesta en vigor.

b) *la distinción entre disposición normativa, norma, enunciado interpretativo de normas.*

Esta distinción apunta a lo siguiente:

(a) *disposición jurídica*: corresponde a un texto redactado por alguna fuente del derecho, en el sentido de algún órgano autorizado para producir esos textos, por ejemplo: una ley, un reglamento, una sentencia. Esto es un documento que

contiene enunciados formulados en el lenguaje oficial. Este tipo de objetos podemos denominarlos *disposiciones*, y los definimos como todo enunciado producido por una fuente del derecho.

(b) *norma jurídica*: en principio refiere al contenido de significado (sentido) de una *disposición*, y que es una variable dependiente de la interpretación que hagamos de esa disposición, expresada en un enunciado interpretativo.

(c) *enunciado interpretativo*, sería por tanto el enunciado que expresa el significado de una disposición. Pero como nadie duda que una norma también puede ser el resultado de la interpretación de *un conjunto de disposiciones*, e inclusive, de *un sistema completo de disposiciones*, vemos que la relación entre disposición y norma se ha dislocado totalmente, y el intérprete pasa a disponer de un poder muy grande, porque algunas normas cobran estado público a partir de la interpretación que realiza alguna autoridad competente para ello. Y por esta vía, la generación de normas resulta relativamente independiente de la generación de disposiciones dotadas de autoridad.

De ahí que resulte sumamente relevante que un sistema jurídico establezca quiénes están autorizados a interpretar las disposiciones jurídicas y qué valor tienen. Y como esa interpretación debe registrarse en algún lenguaje para cobrar significación social, podemos decir que *norma jurídica* refiere a un enunciado interpretativo formulado por un órgano autorizado a interpretar disposiciones jurídicas; es un enunciado del lenguaje de los intérpretes<sup>28</sup>.

Al poner el énfasis en la producción de normas o decisiones, el centro de atención naturalmente ya no estará en las disposiciones producidas sino en el modo de producción de las normas. Y aquí es donde tiene lugar el mayor descubrimiento de la teoría del derecho contemporánea. Descubrimiento que ha tenido enormes proyecciones porque conecta con la racionalidad contemporánea, caracterizada como racionalidad procedimental.

### c) *distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas.*

Tanto juristas como lingüistas han coincidido en la necesidad de distinguir dos tipos de reglas, revisando así la visión “plana” del derecho como normas prescriptivas. En efecto, utilizando distintas denominaciones, los teóricos contemporáneos distinguen normas prescriptivas y normas de competencia, o reglas regulativas y reglas constitutivas.

Más allá de la distinta manera de caracterizar esta distinción entre los autores, nos interesará aquí destacar un criterio que resulta muy útil para entender el derecho. Mientras que las **reglas regulativas** disponen algo acerca de un comportamiento natural, las **reglas constitutivas** refieren a comportamientos

---

<sup>28</sup>Seguimos en todo esto, el análisis de Riccardo Guastini, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 100 y ss

creados o dependientes de la regla misma. Por ejemplo: matar, comer, caminar con comportamientos que existen con independencia de la regla que los prohíba, permita u obligue; mientras que juzgar, hipotecar, adoptar, casarse, legislar, etc. son actos que sólo existen a partir de las reglas constitutivas que los crean la posibilidad de realizarlos y estipulando las condiciones de su existencia.

Otra característica distintiva de estas reglas, es que mientras las regulativas cumplen una función prescriptiva, las constitutivas no prescriben sino que informan acerca de las condiciones y procedimientos para realizar válidamente ciertos actos.

#### *d) distinción entre norma y enunciado acerca de normas*

También de gran importancia es la distinción entre una norma, esto es, el significado de que algo está prohibido, permitido u obligado, y el enunciado que describe tales significados. Por ejemplo:

(1) una cosa es que una disposición exprese: “a partir de hoy queda prohibido fumar en el Uruguay” y si ella efectivamente logra que todos entendamos que está prohibido, y actuemos en consecuencia

(2) otra cosa distinta es que en un informe se diga que “en el Uruguay está prohibido fumar”.

Mientras que (1) es un enunciado prescriptivo (normativo), el (2) es informativo (constatativo, representativo) de la existencia de (1). Esta distinción es muy relevante porque el valor de ambos depende de condiciones diversas. Mientras que el valor de (1) depende de que quien lo formule tenga autoridad para hacerlo (lo cual inclusive es condición para que su decisión sea respetada), en cambio el valor de (2) depende de que (1) efectivamente exista en la realidad, lo cual se verifica observando esa realidad. Consiguientemente, los juicios que podemos formular acerca de estos enunciados también es diferente: mientras que de (1) podemos decir que puede ser válido o inválido, de (2) sólo podemos decir que puede ser verdadero o falso.

### **3.8. El derecho ha pasado del paradigma de la dominación al paradigma discursivo**

Las exigencias de legitimación del estado contemporáneo, requieren abandonar en lo posible la visión de éste como un mero fenómeno de fuerza o dominación; en su lugar, se procura modelizarlo como un modo racional de autoorganizarse o autoordenarse la sociedad. Es la racionalidad del derecho en la práctica la que ha sufrido un cambio significativo.

Un autor que ha realizado un aporte teórico de relevancia para encarar la comprensión del fenómeno de la legislación desde una perspectiva más amplia,

es Jürgen Habermas, que recientemente ha dedicado una parte importante de su obra al estudio del derecho en el marco de su teoría de la sociedad<sup>29</sup>.

Para comenzar a esbozar su aporte a una teoría de la legislación, digamos que la legislación es una acción social, y de las más relevantes. Según este autor, las acciones sociales son interacciones entre los individuos que conforman una sociedad, y esas interacciones pueden ser más o menos cooperativas, más o menos conflictivas o inestables<sup>30</sup>.

Las acciones orientadas al conflicto o a vencer en una competencia (que sintetiza con la expresión 'orientadas al éxito') las denomina *acciones estratégicas*.

Por el contrario, las acciones cooperativas, que buscan enganchar a los demás actores sociales en los planes de acción (acciones 'orientadas al entendimiento') son las que denomina *acciones comunicativas*.

En la acción estratégica, priva la defensa de un interés egoísta, mientras que en la acción comunicativa, el objetivo de entenderse obliga a aceptar las condiciones imprescindibles para un entendimiento racional.

Desde esta perspectiva, se vuelve necesario caracterizar la legislación bajo alguno de estos dos tipos ideales básicos: o se aproxima a la acción estratégica o a la acción comunicativa.

En las sociedades contemporáneas, en las cuales el derecho tiende a dejar de ser un instrumento de dominación de unos grupos sobre otros, así como de mera contención del poder gubernamental, subyace la idea de que la legislación se acerca más al tipo de acción comunicativa, a través de la cual se pretende orientar la acción social hacia fines políticos consensuados previamente. Ello comporta la legitimación del poder en su forma más deseable.

Pero para que ello se produzca, es preciso que esos consensos traducidos en normas se ajusten a los criterios de la acción comunicativa, que no son otros que los del discurso racional. En otros términos, si concebimos la legislación como acción comunicativa (orientada al entendimiento, a la aceptación, esto es, al acoplamiento de acciones de manera cooperativa) entonces ese resultado sólo puede lograrse a través de la adecuación a las reglas del *discurso racional*.

## 4. LA LEGISLACIÓN COMO FENÓMENO INSTITUCIONAL DISCURSIVO

### 4.1. Introducción

En este apartado presentaré una reconstrucción teórica de los modernos sistemas jurídicos, desde la perspectiva institucionalista, que pasa por ser una de las más difundidas en la actualidad.

<sup>29</sup>Habermas, J. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

<sup>30</sup>Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985, p. 157.

Según esta corriente teórica, lo que hoy llamamos sistema jurídico refiere a un conjunto de instituciones sociales (parlamentos, tribunales, policía, gobiernos, etc.) que se vinculan –de una manera más o menos directa– con el ejercicio del poder social. Podríamos decir que –en términos sociales– llamamos “derecho” a una forma de ejercer el poder social (y eventualmente la violencia asociada con él) que presenta rasgos propios: es racional, eficaz y también (o por ello mismo) aspira a ser legítima. Por consiguiente, podemos decir que un sistema jurídico es un conjunto de instituciones organizadas para el ejercicio del poder y su legitimación social<sup>31</sup>.

Esto significa que al organizarse jurídicamente, el poder se aleja de las formas primitivas, que implicaban una relación directa, donde la superioridad física era la motivación principal para lograr la obediencia. Aún cuando el Estado reclama el monopolio de la violencia, esto no significa que pueda ejercerla en todo momento, y además, sólo logra ejercerla a condición de hacerlo de manera legítima.

Como resultado de estas profundas transformaciones en la teorización de los sistemas jurídicos, se ha ido afirmando la concepción de éstos como instituciones, esto es, como prácticas dependientes de reglas constitutivas. Los fenómenos jurídicos son básicamente dependientes de reglas constitutivas, que sirven para institucionalizar comportamientos relevantes, como legislar, juzgar, reglamentar, acusar, etc. Todos ellos sólo tienen sentido porque existen reglas que los prevén. Y también significa que las reglas constitutivas existen en la medida que generan comportamientos acordes con ellas; de alguna manera, existe una retroalimentación recíproca entre regla y comportamiento que sigue la regla. Mientras que la regla sirve para conformar el comportamiento, su seguimiento práctico por la gente sirve para interpretar el alcance de la regla constitutiva y otros requerimientos necesarios.

La perspectiva institucional del derecho, pretende conciliar diversos intereses que están detrás de una reconstrucción teórica del derecho:

- realidad: la teoría actual del derecho aspira a dar cuenta del derecho tal como es en la realidad,
- normativismo: una teoría del derecho no debe ignorar el carácter normativo del derecho, con lo cual se aleja de los realismos ingenuos o toscos, que disuelven la normatividad en fenómenos psicológicos o de poder social. El institucionalismo no sólo acepta la noción de norma, sino que la noción de regla es parte central de su elaboración; sólo que estas nociones son reinterpretadas o refinadas como fenómenos sociales.

---

<sup>31</sup>Esto es válido aún cuando de hecho quienes detentan el poder no satisfagan los requerimientos de legítimidad; pero se corrobora siempre que aún en esos casos, los gobernantes procuran aparecer como legítimos; también aquí, la hipocresía del gobernante vicioso rinde homenaje al gobierno virtuoso, parafraseando el célebre aforismo de François de La Rochefoucauld.



- conexión del derecho con la moral: el institucionalismo procura una respuesta adecuada al papel de la moral en las prácticas jurídicas; si bien hay distintas versiones del institucionalismo, todas ellas procuran hacerse cargo de la necesidad de explicar adecuadamente el papel de la moral en el derecho, que zafe tanto de las visiones iusnaturalistas como de las escépticas.

#### 4.2. Caracterización general de las instituciones sociales (o fenómenos institucionales)

Autores que han investigado en el campo de la epistemología de la sociedad, esto es, cómo comprender o conocer los fenómenos sociales, han avanzado la idea de que la sociedad puede verse como un objeto que no es necesariamente natural ni ideal, esto es, que no se trata ni de una entidad perteneciente al mundo objetivo (naturaleza), ni tampoco es una mera idea o entidad subjetiva. La sociedad se incluye en un tercer mundo, el de los hechos sociales.

La intuición de este mundo social como independiente de la naturaleza ya estaba presente en el neokantismo y en la hermenéutica de fines del siglo XIX. La actual concepción institucional del derecho avanza sobre esta intuición estableciendo categorías analíticas más precisas en torno a esta clase de objetos; una de las propuestas más importantes es la del filósofo norteamericano John Searle<sup>32</sup>, quien entre los objetos naturales y los ideales, introduce la categoría de los *hechos institucionales*, que a mi juicio guardan un gran parentesco con los objetos culturales mentados por los neokantianos. Según Searle, cabe distinguir entre:

- a) *hechos brutos*: perceptibles por los sentidos; quienes conciben al derecho como conductas observables, o fenómenos psicológicos lo situarían en esta categoría, y
- b) *hechos institucionales*: su verificación depende de la adecuación de ciertas prácticas humanas (elemento observable) reguladas por normas (elemento no observable, sino inteligible o comprensible).

La forma más sencilla de explicar esto, consiste en referirnos a cualquier juego, por ejemplo el ajedrez. No cabe duda que el ajedrez es un hecho: podemos decir cuándo acontece un juego, podemos disfrutar de una buena jugada, etc. Ahora bien, no es un hecho natural (bruto) como puede ser una tormenta o un río. Se trata de un fenómeno social, esto es, un conjunto de comportamientos que sólo reconocemos como 'ajedrez' porque conocemos ciertas reglas que sirven para constituir el fenómeno y además para interpretar los fenómenos que pretendan beneficiarse de esa interpretación. Esto es: si alguien quiere que sus movimientos sean interpretados como jugadas de ajedrez, no tendrá más remedio que atener-

---

<sup>32</sup>John Searle, filósofo norteamericano nacido en 1932, ha sido profesor en la Universidad de California en Berkeley.

se a las reglas del juego, porque éstas son las que tomarán en cuenta los intérpretes para decidir si lo que hay es una partidada e ajedrez o no.

Estos hechos institucionales son el resultado de una interpretación de eventos por referencia a un ordenamiento normativo como esquema de interpretación (MacCormick). Se basan en reglas institutivas (Bankowski). Su realidad depende no sólo de datos materiales y relaciones causales, sino y sobre todo, de la interpretación de esos datos a la luz de reglas y de normas (Carcattera)<sup>33</sup>.

Para los institucionalistas, una teoría de la realidad social debe comprender la *realidad institucional*. Tal teoría nos ofrece una estructura o padrón de interpretación de acuerdo con la cual bajo ciertas condiciones podemos afirmar la existencia de un especial tipo de hechos, los *hechos institucionales*.

Este tipo de realidad incluye, por ejemplo, los derechos humanos, y por consiguiente, también incluye derechos legales, deberes y poderes. (Redondo, 1999:147)

La realidad institucional tiene dos características interesantes:

a) es *ontológicamente subjetiva*, dado que su modo de existencia depende de las actitudes de los agentes y sus capacidades para la configuración del hecho institucional. ‘Ontología subjetiva’ significa sólo que este hecho podría no existir si la actitud apropiada no se da; más radicalmente: que los hechos institucionales no existirían si no existieran seres humanos. Como consecuencia para nuestro tema, podríamos decir que por más que se dicte una disposición general, si las personas concernidas por ella no la respetan, y quienes deben garantizar su cumplimiento no adoptan ninguna medida punitiva, pues entonces esa disposición legislativa no cobrará existencia como hecho institucional. Por ejemplo, si una disposición del Código Penal castiga el aborto provocado por la madre, pero nadie cree ilícito este tipo de conductas, y además, los jueces no encuentran justificado castigar a la mujer que así proceda, pues bien podemos interpretar que tal disposición no sirve para interpretar ningún comportamiento como ilícito<sup>34</sup>.

b) es *epistemológicamente objetiva*, significa que la existencia de hechos institucionales puede ser objetivamente conocida, o en otras palabras: podemos determinar los valores de verdad o falsedad de enunciados acerca de tales hechos. Por ejemplo, si alguien afirma que “*en el Uruguay está permitido el divorcio por sola voluntad de la mujer*”, se puede verificar tal acerto a partir de la comprobación de ciertos hechos: la aprobación en 1914 de una disposición legis-

<sup>33</sup>Ansuátegui Roig, Francisco, El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación), Madrid, Dykinson, 1996, p. 146.

<sup>34</sup>Esta circunstancia quedó bien patente en nuestro país cuando el presidente de la Suprema Corte de Justicia declaró públicamente, en medio de una entrevista, que sabía –al igual que la mayoría de sus conciudadanos– dónde operaban las clínicas que practican abortos, pero que no le correspondía a él denunciarlas, aún cuando el código penal tipifica expresamente tal conducta como delito.

lativa que refiere al divorcio por sola voluntad de la mujer, y la ocurrencia de prácticas seguidas por mujeres, abogados y jueces que invocan aquélla disposición para justificar sus comportamientos, demandar sus consecuencias, etc. Esas prácticas referidas a aquélla disposición permiten hablar de la existencia de una norma jurídica, como institución. Al mismo tiempo, la práctica terminará de delinear los alcances de la disposición sancionada legislativamente, en todo aqué- llo que hubiera sido necesario y no estaba previsto o resuelto por el legislador. En cambio, si alguien afirma que *“para ser presidente de la República es necesario estar casado”*<sup>35</sup> se podría corroborar su falsedad, dado que no existe ningún hecho histórico que satisfaga la regla de aprobación de una norma en tal sentido. Igualmente falso debe reputarse el enunciado, para seguir con la materia matrimonial, que afirmase que *“el marido no puede divorciarse si la mujer no le concede el divorcio”*, aún cuando una creencia popular así lo afirmaba en una época no muy lejana.

La analogía con el lenguaje es muy ilustrativa, porque permite explicar por qué nos involucramos en prácticas institucionales, más allá de que estemos de acuerdo, o que hayamos participado de su creación. Es obvio que nosotros no hemos creado ni la gramática ni la terminología de nuestro idioma, pero tenemos necesidad de usarlo para comunicarnos. Y al hacerlo, ya estamos asumiendo el compromiso de usarlo conforme se espera que lo hagamos, pues de lo contrario fracasaríamos en la intención de comunicarnos. No es esperable —aunque de hecho pueda ocurrir muchas veces— que alguien utilice un término con un significado inaudito, o se afirmen hechos falsos. O sea, que el valernos de las instituciones sociales, genera el compromiso de respetar la funcionalidad asociada a ellas.

### 4.3. Particularidades del derecho como fenómeno institucional

Decir que el derecho pertenece a la clase de los hechos institucionales no es suficiente, porque al fin de cuentas, la sociedad misma, y todos los fenómenos que le son propios (lenguaje, religión, juegos, cultura, arte, etc. etc.) son todos fenómenos institucionales. Será preciso, pues establecer algunas características propias del derecho dentro de la clase de las instituciones.

En este sentido, deben destacarse las siguientes características:

a) si bien todas las instituciones están constituidas por prácticas mediadas por el lenguaje, en el caso del derecho contemporáneo, se trata de un juego lingüístico con predominancia de lo textual, aunque lo verbal no está excluido<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup>Cosa que, dicho sea de paso, muchos creen firmemente en nuestro país, basados en la práctica constante de este hecho.

<sup>36</sup>Al decir que las instituciones son prácticas mediadas por el lenguaje, se quiere destacar que lo que se dice, y cómo se dice resulta central para comprender el sentido de esas prácticas, esto es para interpretarlas. Las instituciones no pueden comprenderse por mera observación, sino que es preciso entrear en diálogo con los participantes.

b) a diferencia de otras instituciones, el derecho tiene directamente que ver con el ejercicio del poder social. Por lo tanto, la significación de esas prácticas dependerá mucho de las autoridades reconocidas para interpretarlas. En este sentido, podríamos encontrar todavía similitudes con otras prácticas sociales basadas en el lenguaje y que se vinculan con ciertas formas de poder, como la política, la publicidad, la religión, la moral, etc.

c) pero lo absolutamente específico del derecho, es que esas prácticas discursivas están vinculadas (condicionan, motivan, ocasionan, provocan, impiden) el ejercicio de la única violencia social legítima, que es la ejercida por el Estado o con autorización de éste<sup>37</sup>.

d) finalmente, si las personas juegan el juego institucional, es porque prima facie, esto es, en principio, él es una condición necesaria para desarrollar una vida social mínimamente ordenada, confiable, cooperativa, previsible. Pero no es una razón suficiente, final; como en todo comportamiento social, convergen múltiples razones, entre las cuales cabe destacar el papel final que proviene de nuestras convicciones morales.

#### 4.4. Análisis de las instituciones jurídicas

El derecho configura un fenómeno institucional, y como toda institución, conforme señala La Torre, depende de un “*sistema de normas o reglas que sean condiciones de posibilidad (de pensamiento a priori, y de percepción a posteriori) de un ámbito de conductas humanas para el caso de que éstas sean de hecho ejecutadas. Dicho de otra manera, institución es aquel ámbito de acciones que ha sido posible mediante normas cuando las posibilidades de acciones abiertas por las normas son de hecho disfrutadas por sujetos humanos.*”<sup>38</sup>.

En una línea similar, Otta Weinberger dice que “*las instituciones son estructuras-sistemas (framework-systems) [marcos o esquemas] de acción humana. Tienen un núcleo de informaciones prácticas. En la medida en que constan en un sistema ordenado de informaciones prácticas que es efectivo en conjunción con hechos y situaciones psicológicas y sociales, son siempre objetos complejos*”<sup>39</sup>.

Neil MacCormick, uno de los principales autores dentro de esta perspectiva, afirma que la noción de institución jurídica se analiza en cuatro elementos: conceptos jurídicos, normas institutivas, normas consecuenciales, y normas terminativas:

<sup>37</sup>No debe perderse de vista que casi todos los sistemas jurídicos contemporáneos legitiman ciertas formas de violencia privada, como la legítima defensa, el derecho de retención, la huelga, y ciertas formas de resistencia pasiva a la autoridad, etc.

<sup>38</sup>La Torre, Massimo, Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma “evolución del derecho”, en *Doxa*, n° 13, 1993, p. 130.

<sup>39</sup>Weinberger, Otta, *Law, Institution and Legal Politics (Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy)*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p.21, apud: Ansuátegui Roig, op.cit. p. 161.

a) *conceptos jurídicos*: sirven para explicar los hechos institucionales (contrato, matrimonio, propiedad, proceso, etc.) estableciendo sus requisitos, consecuencias, relaciones, extinción, etc.

b) *normas institutivas*: regulan las condiciones de validez (creación) e invalidez (extinción) de las instituciones;

c) *normas consecuenciales*: regulan los efectos que deben seguirse de la existencia de ciertas instituciones,

d) *normas terminativas*: regulan el modo en que terminan o se extinguen las instituciones.

Entonces, para este teórico, las instituciones jurídicas son “*conceptos jurídicos que están regulados por conjuntos de normas institutivas, de consecuencia y terminativas, con el efecto de que se dirá precisamente que existen casos de esas instituciones durante un período de tiempo, desde el momento de la verificación de un acto o evento institutivo hasta el momento de la verificación de un acto o evento terminativo*”<sup>40</sup>.

Veamos algunos ejemplos.

Decimos que el **matrimonio** es una institución jurídica, en cuanto ciertas conductas empíricamente observables (el unirse personas para pasar a convivir bajo una denominación como familia) son interpretadas como correspondiendo a las disposiciones que conceptualizan el matrimonio (concepto), sus condiciones que indican validez (normas institutivas), los efectos que se derivan de ellas (normas consecuenciales), y el modo en que puede extinguirse (normas terminativas). En otras palabras, si no existiera un consenso acerca de las normas y acerca de los conceptos aplicables a esos hechos, no podríamos interpretar esas conductas como matrimonio.

Ahora bien, la institucionalización de conductas no significa simplemente consensuar una terminología social, sino que ésta es la base conceptual para vincular normativamente esos fenómenos con ciertas consecuencias (obligaciones, facultades, prohibiciones) expresadas normativamente. Al hacerlo así, en tanto los individuos se valen de las instituciones, asumen también las expectativas asociadas a ellas. Quienes realizan las conductas indicadoras de “matrimonio” (van ante el oficial de Registro Civil, y pronuncian las palabras requeridas) asumen toda la carga normativa asociada a esos hechos. Y lo hace porque al mismo tiempo quieren valerse (disfrutar de) las ventajas que también las instituciones reportan.

La importancia de las instituciones jurídicas, frente a las demás instituciones sociales, es que buscan asegurar la satisfacción de las expectativas normativas (de comportamiento). Cuando se institucionalizan el contrato, el matrimo-

---

<sup>40</sup>MacCormick, N. en *Il diritto come fatto istituzionale*, p. 65, apud: Ansuátegui Roig, op.cit. p. 156.

nio, los delitos, la propiedad, etc. es porque al final de la cadena de consecuencias asociadas a dichas instituciones aparece la expectativa cierta del ejercicio del poder del Estado. Ese poder se concreta en la posibilidad de reclamar ante un juez que disponga un embargo para hacer cumplir un contrato, o la expulsión de un cónyuge del hogar, la privación de libertad para el delincuente, o la desocupación de una finca contra unos intrusos, etc.

Por otra parte, las reglas que gobiernan esas prácticas institucionales intentan sancionarse (en el sentido de recibir explícita y pública aprobación) para que sean conocidas por todos de antemano. Esto es, existen instancias que buscan dotar de una autoridad especial la entrada en vigencia o el reconocimiento de las normas. Tal cosa no siempre tiene parangón en otras instituciones; por ejemplo, algunos idiomas tienen instituciones que sancionan formalmente las reglas de uso de sus términos<sup>41</sup>, pero otros carecen de tales procedimientos.

Pero, como la institución es un fenómeno producido por la interacción social mediada por actos lingüísticos e interpretaciones, en última instancia, las reglas adquirirán su más preciso alcance a la luz de su aplicación práctica.

Por consiguiente, describir el derecho de un país debe también tomar en consideración la forma como se aplican o interpretan las reglas formalmente sancionadas. Es muy significativo que en las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado, que recogen la concepción dominante en los principales técnicos americanos, se consagra este criterio, al establecer la forma en que un Estado deberá informar a otro acerca de su propio derecho:

*“Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”<sup>42</sup>.*

*“Con arreglo a las disposiciones de esta Convención, las autoridades de cada uno de los Estados Partes proporcionarán a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho”<sup>43</sup>.*

*“La cooperación internacional en la materia de que trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente como del Estado requerido.*

Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención, entre otros, los siguientes:

---

<sup>41</sup>Como es el caso de la Real Academia de la Lengua Española

<sup>42</sup>CIDIP II - Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (1979), Artículo 2

<sup>43</sup>CIDIP II - Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (1979), Artículo 2°.

- a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales;
- b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia;
- c) *Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos*<sup>44</sup>.

Quiere decir que informar, esto es, describir, el derecho de un país, implica no sólo reproducir el texto (lo que hemos denominado disposición jurídica), sino que es preciso referir además a su *vigencia, sentido y alcance*. El derecho será el resultado de las prácticas guiadas y justificadas en reglas, y no las reglas formales por un lado, ni las meras prácticas por otro.

Veamos esto en otro ejemplo. El artículo 257 de nuestro Código Civil dispone:

*“Los hijos menores de edad no pueden, sin permiso de sus padres, dejar la casa paterna o aquella en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, al efecto de hacer volver los hijos al poder y obediencia de sus padres”*

Para saber hasta qué edad los padres disponen de tal poder, es preciso saber cuándo los hijos dejan de ser menores de edad. A ese respecto, hasta el año 1995, el art. 280 ord. 2º del mismo Código disponía:

*“Se fija la mayor edad en los veintiún años cumplidos. Sin embargo, las hijas que no hayan cumplido treinta años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o madre en cuya compañía se hallen, como no sea para casarse o cuando el padre o madre han contraído ulteriores nupcias”*.

Ubiquémonos en la década de los '60s, los '70s, los '80s y avanzados los '90s: una hija con 27 años decidía irse a vivir sola o con su novio, y que sus padres exigieran *“ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, al efecto de hacer volver los hijos al poder y obediencia de sus padres”* ¿qué se imaginan que sucedería? De hecho creo que nunca ningún padre lo intentó, porque seguramente ningún abogado habría aconsejado hacerlo; pero en todo caso, es fácilmente conjeturable que si por un experimento alguien lo hubiera intentado, no hallaría juez en el país que dispusiera esa medida compulsiva de *“hacer volver los hijos al poder y obediencia de sus padres”*, sencillamente porque aunque la disposición escrita allí estaba, y no había sido formalmente derogada, existían convicciones de que era injustificado ejercer el poder del Estado para restringir la libertad de una persona bajo esas circunstancias. Seguramente un juez argumentaría que por virtud de principios constitucionales debía considerar tácitamente derogada la norma o inaplicable dicho texto, o directamente diría que la evolución de la

---

<sup>44</sup>CIDIP II - Convencion Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (1979), Artículo 3º

conciencia moral de la sociedad volvería injusta su aplicación en la actualidad. En suma, lo que importa es que la regla que servía para interpretar el alcance de la institución “patria potestad” (esto el poder de los padres sobre sus hijos) había sido modificada por un cambio en las convicciones morales de la sociedad. Y así sucede frecuentemente con numerosas disposiciones legales y administrativas.

En suma, que si las disposiciones sancionadas (leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, constituciones, etc.) no son seguidas de prácticas relevantes de los operadores (ni los abogados reclaman su cumplimiento, ni, llegado el caso, los jueces lo garantizan) entonces decimos que esos textos formalmente sancionados han dejado de servir (o nunca sirvieron) para interpretar ninguna práctica social, esto es, no hay comportamientos que puedan interpretarse conforme esas disposiciones. Y con ello, no hay más alternativa que reconocer que el derecho ha sido modificado por una vía no formal. Alguien dirá que esto estaba implícito en los principios constitucionales, o en los derechos inherentes a la persona humana, etc., etc., pero no son más que formas retóricas de disimular un hecho insoslayable: lo que hasta cierto momento era una expectativa efectiva (de poder reclamar el amparo judicial) a partir de cierto momento deja de serlo. Y esto, en términos de derechos de la gente, es lo más relevante, es lo único que importa: saber qué derechos y qué deberes tiene la gente. Y por tanto, debe interesarle a la teoría.

#### **4.5. Consecuencias teóricas de la perspectiva institucional**

El enfoque institucional implica varias novedades teóricas o rupturas con ciertos supuestos centrales de la concepción clásica, que será bueno destacar para su mejor visualización.

##### *a) Superación del “el prejuicio prescriptivista” y apertura del constructivismo*

Desde la perspectiva institucional, las normas no sólo sirven para restringir, coartar o limitar posibilidades de acción, como sostuvo la visión que dió lugar al “prejuicio prescriptivista” (La Torre, 1993:130); bajo el paradigma institucional las normas y reglas sirven también para aumentar las posibilidades y alternativas de acción. Por consiguiente, no sólo el derecho, sino también otros sistemas de reglas (etiqueta, moral positiva, religión positiva, los diversos juegos, etc.) son instituciones en cuanto efectivamente en ellos se observen sus reglas, porque nos permite reconocer –ya como posibilidad, ya como evento– conductas que de otra manera carecerían de tal significación; en una palabra: si no existiera la institución “matrimonio”, lisa y llanamente no existiría la conducta “casarse”, “divorciarse”, “cumplimiento de los deberes conyugales”, etc. Los comportamientos de convivir, aparearse, separarse, etc. no hallarían forma de identificarse frente a otros posibles comportamientos semejantes *de hecho*. Por ejemplo, la posibilidad de celebrar un fideicomiso depende de que unas normas consagren



legalmente el acuerdo que posibilita dicho fenómeno; no prescribe que se celebren fideicomisos, sino que simplemente posibilita que se hagan. A partir de la sanción de la Ley nº 17.703 sobre Fideicomiso, del 27 de octubre de 2003, su texto permitirá interpretar ciertos documentos y comportamientos como constitutivos de un fideicomiso o no, según se ajusten o no a sus previsiones. Antes de esta ley no podríamos hablar de fideicomiso porque no sabríamos qué circunstancias prácticas denotarían su existencia.

Bajo la condición de que ciertas acciones funcionen en el marco de una interacción institucional, podemos comprender que el sistema jurídico tiene la virtualidad de crear nuevos objetos sociales, a través de marcos de acción humana dotados de sentido jurídico. Es lo que Searle denomina “hechos institucionales”. Crear hechos institucionales, significa estabilizar conductas sociales, que entonces sirven para volver previsible la vida social, y de esa forma reducen su complejidad creciente. Por ejemplo, cuando el Estado sanciona la regla de tránsito que obliga a conducir por una de las manos (izquierda o derecha, da igual) está generando un hecho institucional si efectivamente es reconocida y respetada, lo cual acarreará que al cabo de un tiempo, la obligación de circular por una senda determinada, sea considerado tan objetivo como cualquier hecho natural. Nadie piensa ya en la posibilidad de sancionar la regla contraria (circular por la izquierda) o en la legitimidad del gobierno que sancionó la medida; el hecho institucional se impone frente a cualquier consideración en cuanto a su origen, del mismo modo que el lenguaje que hablamos cotidianamente. Esto simplifica enormemente la vida social, pues desde que se estabilizan conductas y expectativas recíprocas, se verán disminuida las exigencias de información y facilitada la toma de decisiones, porque todos supondrán recíprocamente la vigencia de los comportamientos institucionalizados. Si no estuviera institucionalizada la regla de la preferencia de quien aparece por la derecha en un cruce o las reglas del semáforo, todos deberíamos circular más lentamente, detenernos en las esquinas, etc. Estabilizar expectativas adquiere así un alto valor social, algo que en última instancia legitima fuertemente al sistema jurídico en su conjunto, como condición indispensable para el desarrollo de una sociedad más moderna (compleja).

Esto puede verse también en el hecho que los individuos definen sus posiciones y roles sociales, en función de su posición en esas instituciones. Alguien será juez o legislador según la posición que le sea reconocida en las instituciones, pero también quiere decir que una misma persona puede conjugar en sí diferentes papeles, sólo discernibles gracias a la existencia de reglas institucionales. Decidir si lo que Fulano dijo, lo dijo como jurista o como legislador o “a título personal”, no depende de él mismo sino del juego de interpretaciones que habiliten las reglas institucionales.

*b) se reformula la exigencia de coherencia del sistema*

La teoría institucional resuelve racionalmente uno de los más graves problemas que planteaba la tesis del derecho como sistema coherente. Bajo la perspec-

tiva institucional, ya no resulta problemático el que existan leyes o normas contradictorias o vacíos normativos: lo que importa es que para todo conflicto surgido de tales circunstancias exista un procedimiento para solucionarlo y, en los Estados de Derecho, un procedimiento jurisdiccional. Por consiguiente, el que coexistan normas contradictorias no es ya un problema teórico, sino práctico, porque lo único que garantiza el sistema es que un mismo caso no ha de recibir dos soluciones contradictorias. Claro que será conveniente que las expectativas de la gente se orienten por soluciones también coherentes, pero ya no puede alarmar a nadie, por ejemplo, que en un caso un juez conceda la rectificación de partida ante una operación de cambio de sexo, y que en otro caso, otro juez la deniegue. La intervención de la Suprema Corte para decidir en un nivel superior, es sólo una posibilidad, que depende, entre otras cosas, de una decisión de los interesados<sup>45</sup>. Aún en el caso que este asunto llegase a la Suprema Corte, en nuestro País su fallo no resultaría preceptivo en el futuro para los jueces de primera instancia, con lo cual bien podrían seguir produciéndose durante un tiempo fallos divergentes. Todavía, cabe admitir que eventualmente un cambio de integración de la Corte podría modificar su anterior criterio. Nos guste o no, así es como funcionan los tribunales (el derecho) en la realidad, aquí y en todo el mundo civilizado.

Por cierto, hay sistemas procesales que garantizan una mayor homogeneidad en sus fallos, pero cierto grado de divergencia siempre es posible, y no podrá eliminarse jamás, al menos mientras los sistemas jurídicos sigan administrándose por personas. También es posible mejorar estos aspectos mediante la aplicación de reglas de técnica legislativa, y otros sucedáneos que sugiere el conocimiento de la dimensión institucional del derecho<sup>46</sup>.

### *c) el derecho se inserta en el mundo social*

Al focalizarse el funcionamiento del derecho a través de las normas de procedimiento, entonces cobra importancia central algo que para la concepción clásica quedaba absolutamente en la penumbra: el derecho es fruto de la interacción permanente de los operadores del sistema. Aquí aparecen operadores con distinto grado de importancia e incidencia, la cual, además, varía según las circunstancias. Cuando un asunto se mantiene dentro de la lógica de los procedimientos judiciales, los operadores principales serán abogados y jueces, esto es, profesionales del derecho. Pero nada impide que un asunto inicialmente forense cobre importancia pública y por ahí termine convirtiéndose en una cuestión política, donde pesan también los operadores políticos. Desde luego, las decisiones

---

<sup>45</sup>Es obvio que litigar ante la Corte ofrece posibilidades de revisar lo decidido en instancias inferiores, pero también implica tiempo y costos, que pueden resultar muy onerosos cuando existen pocas probabilidades de éxito.

<sup>46</sup>Otra forma de fortalecer la seguridad y homogeneidad en la aplicación del derecho, proviene de una mayor planificación en la formación de los jueces, por ejemplo.

institucionales siempre corresponderán a los operadores competentes para ello, pero no puede ignorarse que existen circunstancias que alteran el modo de decidir algunas cuestiones<sup>47</sup>.

Ante esta nueva perspectiva, ya no puede conformarnos el que una norma disponga X o Y, sino que nos importará saber cómo será interpretada, qué aceptación tendrá, y por ende cómo se aplicará. Además, será importante saber con qué recursos se cuenta para su efectiva aplicación, etc.. Esto significa, ni más ni menos, que visualizar el sistema jurídico como un fenómeno institucional. Que el derecho sea visto como un fenómeno institucional significa que su realidad depende de concretas acciones humanas, y no de meras representaciones ideales. ¿Cualesquiera acciones humanas? Claro que nó; no estamos ante una lógica de los hechos, sino que debemos atender a ciertas acciones humanas que refieren a una perspectiva normativa de la realidad. Esta perspectiva normativa se basa en cierto modo de justificar las acciones en razones normativas, o si se quiere, en ciertas preferencias valorativas.

En definitiva, esto significa que para que el derecho cobre existencia real, requiere una interacción consciente y cooperativa de los principales operadores del sistema. Por ejemplo, si una autoridad (operador) produce un acto que nadie reconoce o acata o acepta, entonces no podemos ya hablar de que ese acto tenga alguna virtualidad jurídica. Esta tesis fuerte, es imprescindible para situar al derecho entre los fenómenos de la realidad, cosa que empezaba a intuirse en la obra de Kelsen cuando postulaba que sólo cabe hablar de normas jurídicas como el sentido objetivo de ciertos actos dirigidos a motivar la conducta de otros. Esto ponía de manifiesto que sin la cooperación de la interpretación de un tercero distinto del productor del acto, en especial de los jueces, no podemos hablar de norma jurídica. Más adelante, esta tesis será profundizada y explicitada por seguidores, como Alf Ross y Herbert Hart. Según éstos, resulta crucial para identificar los materiales jurídicos (sea una ley, sea una costumbre, o un contrato) que sean reconocidos como obligatorios por una autoridad independiente, que serán típicamente los jueces. Sin contar con el favor interpretativo de éstos, no hay derechos en un sentido relevante para los ciudadanos.

#### *d) el derecho se conecta con prácticas discursivas/interpretativas*

Puede afirmarse, también, que el derecho contemporáneo apela a cierta racionalidad para ejercer el poder social. Los procedimientos jurídicos, tanto los legislativos como los judiciales, son oportunidades que se ofrecen para procesar argumentaciones, esto es, articular razones para decidir sobre cualquier punto.

---

<sup>47</sup>El caso suscitado en torno a la detención preventiva por más de 2 años sin condena de unos banqueros acusados de fraudes muy graves, sería un asunto a tramitar judicialmente, sin embargo dada su indudable proyección pública, se transformó en un asunto político que agitó a los medios y a la opinión pública.

Por otra parte, un sistema jurídico moderno, garantiza que toda decisión quedará sometida a la interpretación de otros con autoridad para ello, todo lo cual configura el mejor antídoto frente al abuso de poder de quienes tienen poder. No debe existir ningún acto exento de control, y fundamentalmente, de control jurisdiccional. Este es el principio en un sistema jurídico moderno: existiendo un conflicto de intereses o interpretaciones, cualquiera de las partes puede forzar una decisión dotada de autoridad, basada sobre cualquier tipo de normas<sup>48</sup>.

Esa interacción constructiva entre operadores del sistema sólo es posible en el marco de reglas convencionales, constitutivas de prácticas aceptadas por los operadores representativos del poder público. En otras palabras, los actos jurídicos adquieren virtualidad en tanto son producidos en el marco de instituciones, esto es, conjunto de reglas convencionales que asignan valor obligatorio a ciertos actos o comportamientos. Esas reglas dan sentido a las prácticas, y las prácticas son interpretadas porque se utilizan o invocan esas reglas como criterio de identificación de las mismas. Para aludir a este fenómeno, Kelsen decía que las normas jurídicas son *esquemas de interpretación de actos bajo la suposición de una norma fundamental*, pero la explicación resultaba ciertamente alambicada y abstracta. Sus seguidores situaron el asunto en un plano más real: simplemente en todas las sociedades rige una convención acerca de quiénes y cómo pueden producir normas obligatorias para esa sociedad. Es lo que Ross denomina *“ideología jurídica de los jueces”* y Hart *“regla de reconocimiento”*. En nuestro país, el prof. Cassinelli Muñoz sustenta una tesis muy similar: el criterio para identificar la norma básica constitucional es una *“convicción colectiva”* acerca de qué texto contiene la constitución.

e) *Se reformulan las relaciones entre derecho y moral*

Finalmente, debe destacarse que por todo ello, el participar de instituciones genera inevitablemente sentimientos morales de lealtad hacia la institución misma de la cual los individuos participan, cumpliendo el papel asignado, pero también valiéndose de las posibilidades que éstas le ofrece. Es altamente probable que un juez comulgue con determinada religión que condena el divorcio, pero en el desempeño de su cargo seguramente no encontrará reparo alguno en decretar la disolución de un vínculo matrimonial o llegue a disponer otras cosas incompatibles con su moral personal. Lo mismo sucederá con un legislador que en su fuero íntimo comparta cierta ideología (por ejemplo un anarquista) pero que

---

<sup>48</sup>Por ejemplo, luego del llamado “plebiscito del agua” del 31 de octubre de 2004, se incorporó a nuestra Constitución la siguiente disposición: *“El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales”*. Esta disposición generó un amplio debate, que si leemos el texto resulta artificioso, pero si analizamos las circunstancias que llevaron a su apoyo, se comprende que faltó voluntad de aplicar una consecuencia tan drástica. Sin embargo, ninguna parte quiso acudir a los tribunales para decidir la cuestión –lo que parecía natural– optándose en cambio por dirimirla políticamente.

al aceptar participar del juego institucional se transforme en un celoso defensor de las reglas institucionales. Un ciudadano que comulgue con ideas marxistas, que en última instancia postulan la abolición de la propiedad privada, no sienta ninguna contradicción comprando bienes para sí, y denunciando ante la policía la circunstancia de que un tercero le hubiera robado un bien mueble, o invadido su propiedad inmueble. Todo esto es perfectamente natural porque las instituciones que enmarcan nuestra vida social, se imponen *naturalmente* como un marco de posibilidades infranqueable<sup>49</sup>.

Para Raz, cuando alguien decide o acepta tomar parte de una institución, esto es, participar de una práctica institucional, significa que en adelante aceptará las reglas constitutivas y sus consecuencias (reglas regulativas adoptadas por ella) como obligatorias *prima facie*. Esto significa que nos dejaremos guiar o motivar por esas reglas institucionalizadas, sin discutir las todo el tiempo desde nuestra perspectiva personal. Con ello la vida social se simplifica y estabiliza dentro de límites razonables. Sólo cuando esas reglas violan de manera muy grave nuestras convicciones nos planteamos la posibilidad de discutir las o desafiarlas.

Esto ha llevado a que se hable de que existen también principios institucionales que responden a cierta moralidad institucional, que provienen del valor de actuar y servirnos de las instituciones, lo cual demandaría cierto compromiso de lealtad o cooperación con el juego institucional, sin lo cual los comportamientos resultarían contradictorios.

Para la perspectiva institucionalista, pues, la dimensión moral de las personas siempre está presente, pero llama la atención ante el hecho evidente de que no exigimos que las instituciones y sus productos se adecuen todo el tiempo y en todos los casos a nuestras convicciones morales; esto sólo sucede en casos límite, cuando el sistema institucionalizado agrede o vulnera de manera insoportable esas convicciones.

#### **4.6. Consecuencias prácticas de la perspectiva institucional**

##### *a) planificación del cambio jurídico*

Una de las consecuencias más importantes que trae aparejada la perspectiva institucional, es que el cambio de normas ahora debe abordarse como cambio institucional.

En esta perspectiva, todo cambio de disposiciones (por ejemplo, la aprobación de un nuevo código) deberá planificarse adecuadamente, contemplando todas las condiciones que hacen a un resultado exitoso.

---

<sup>49</sup>Quien desee verdaderamente romper con la institucionalidad vigente, debería cuestionar todo el sistema de valores implícito en las mismas, alterando el sentido de todos los actos que se realizan; en una palabra, crea una nueva institucionalidad que sustente una interpretación alternativa de la interacción social.

b) *control de la producción de derecho*

La circunstancia de que ahora la legislación sea vista como un proceso de cambio institucional, y por tanto complejo, ha permitido un avance en el control de constitucionalidad de las leyes.

Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, el tribunal de la Unión Europea, o el tribunal constitucional de Colombia, han basado declaraciones de inconstitucionalidad o invalidez de ciertas disposiciones legislativas en la violación de criterios de racionalidad normativa. El Tribunal Constitucional alemán ha explicitado la doctrina según la cual el legislador tiene “*deber de ser reflexivo*”, derivada de la constitución, y que consiste en la aspiración moral a la excelencia legislativa. En base a esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha elaborado un amplio programa de técnica legislativa, que incluye la exigencia para el legislador de establecer los hechos, de balancear las distintas alternativas de regulación, de prognosis o evaluación de los impactos, de considerar la circunstancias futuras, de revisar sus decisiones a la luz de nuevas circunstancias (Wintgens, 2004:17).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha ido afirmando la idea del control de la técnica legislativa, como parte del control de constitucionalidad. Inicialmente adoptó una postura restrictiva, señalando que “*el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa*”<sup>50</sup>, o que “*ni es en modo alguno, Juez de la corrección técnica, oportunidad o utilidad de las Leyes, ni puede, en otro orden de cosas, pronunciarse sobre la interpretación de los preceptos constitucionales al margen del enjuiciamiento que deba hacer, en un proceso como éste, de las concretas disposiciones de Ley impugnadas*”<sup>51</sup>. En otra oportunidad ha reconocido que “*Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa*” ello no suponía en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica que el art. 9.3 de la Constitución garantiza, sino sólo cuando “*el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la*

---

<sup>50</sup>STC n° 226/1993, fundamento jurídico 4.º; STC n° 195/1996, fundamento jurídico 3º; STC n° 109/1987, fundamento jurídico 3.c.. Para esta cuestión en España, puede verse: Medina Guerrero, Manuel, El Control Jurisdiccional de los Defectos de técnica legislativa, en: *Qualità Normativa e Tecnica Legislativa*. Europa. Stati, Enti Territoriali, Bolonia (Italia). Bonomo Editrice, Vol. 1. 2003. pp. 125-162.

<sup>51</sup>STC n° 212/1996 de 19/12/1996, referida a la constitucionalidad de la Ley 42/1988, de 28 de Diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. En la misma el Tribunal desestimó las impugnaciones fundamentales de los recurrentes, pero acogió únicamente dos puntos relacionados con la defectuosa técnica legislativa utilizada en la redacción de las disposiciones de los artículos 5.1 y 9.1 de dicha ley. Ver al respecto: Soto Silva, Rodrigo, “*Informe sobre el Tratamiento del Embrión Humano en la Jurisprudencia Constitucional Española*”, en *Ius et Praxis*, Año 7 N° 2: 285 - 316, 2001.

*previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica*<sup>52</sup>.

En un caso, el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo realizó un enjuiciamiento de la ley en una suerte de “advertencia de la inconstitucionalidad” descalificando constitucionalmente la técnica legislativa consistente en establecer una sanción penal desproporcionada con el bien jurídico protegido, formulando así un juicio de razonabilidad y proporcionalidad de carácter sustantivo de la función legislativa, en aras de proteger los derechos fundamentales invocados por los recurrentes<sup>53</sup>.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha calificado como técnica legislativa peligrosa, la reproducción por parte de la legislación autonómica de los preceptos de la normativa básica estatal, por cuanto “*al utilizarse por órganos legislativos distintos, con ámbitos de competencia distintos, está inevitablemente llamado a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa cuando no confusión o inseguridad*”, y que incluso está abierta a potenciales inconstitucionalidades, que se producirían cuando el precepto básico reproducido pierda su vigencia o sea modificado, manteniéndose en cambio la norma autonómica que lo reproducía<sup>54</sup>.

En la misma línea se ha ido desarrollando la doctrina de la Corte Constitucional italiana<sup>55</sup>.

En América Latina, la actitud vanguardista se encuentra en Colombia, que a partir de la reforma constitucional de 1991 introdujo dos novedades que ambientaron un desarrollo notable del control de calidad de la legislación. En primer lugar, la inclusión del artículo 158 que establece directivas para la legislación<sup>56</sup>, y en segundo lugar, la creación de una Corte Constitucional, con amplios poderes de control de la constitucionalidad de las leyes. Sobre la base de dicho artículo 158, tanto la Procuraduría General como la Corte Constitucional han ido desarrollando una doctrina de la técnica o racionalidad legislativa, de enorme interés, por lo avanzado de sus criterios. La Procuraduría General ha

---

<sup>52</sup>S.T.C. 150/1990, de 4/10/1990, Caso “Recargo del 3% en I.R.P.F.”, ver en: <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/s152.htm>

<sup>53</sup>STC 136/1999. Véase sobre otros antecedentes: Jiménez Campo, Javier, *La declaración de inconstitucionalidad de la ley*, en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 144 y ss., apud. César Landa, *Justicia constitucional y political questions*, en *Rev. Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP. Volumen VII, N° 7, Año 2000, pp. 111-140.

<sup>54</sup>STC 40/1981, de 18/12/1981; STC 10/1982, de 23/3/1982 y STC 162/1996, de 17/10/1996.

<sup>55</sup>Por ejemplo en la sentencia 292/1984 declaró la inconstitucionalidad de una ley fiscal por no contener reglas claras de derogación; cfr. Modugno, Franco y Damiano Nocilla, “Crisi della legge e sistema delle fonti”, *Diritto e società*, Padua, 1989, p. 421.

<sup>56</sup>Artículo 158. Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.”

sostenido desde 1992 la tesis de que la falla de técnica legislativa es causal de inconstitucionalidad siempre que con ella se vulnere un derecho consagrado en la Constitución, en particular cuando se conculque la garantía del debido proceso<sup>57</sup>. A su vez, la Corte Constitucional ha dicho que *“El objetivo que subyace a la previsión plasmada en el artículo 158 de la Carta (...) es lograr la tecnificación del proceso legislativo, en forma tal que las distintas disposiciones que se inserten en un proyecto de ley guarden la debida relación o conexidad con el tema general de la misma o se dirijan a un mismo propósito o finalidad...”*<sup>58</sup>. Y también que *“en el Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden (...) El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio”* razón por la cual *“Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”*<sup>59</sup>. En otra oportunidad ha dicho que *“Es una conquista del mundo civilizado que normas (...) tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes (...) se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales. Por esta razón (...) el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. (...) por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental”*<sup>(60)</sup> Con base en esta doctrina, existen varios fallos de la Corte Constitucional que fundan declaratoria de inconstitucionalidad total o condicionada en errores de técnica legislativa<sup>61</sup>.

En Argentina existen también antecedentes de control de constitucionalidad basado en la defectuosa técnica legislativa<sup>62</sup> o en la omisión de exigencias técnicas en la etapa pre-legislativa por omisión de consultas necesarias<sup>63</sup>.

<sup>57</sup>Dictamen de 26 de octubre de 1992, en la causa D-179.

<sup>58</sup>Sentencia C-133 de 1993, Vladimiro Naranjo Mesa, redactor.

<sup>59</sup>Sentencia C-070 de 1996 Eduardo Cifuentes Muñoz, redactor.

<sup>60</sup>Sentencia C-420 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Treviño, redactor.

<sup>61</sup>Sentencias C-371 de 2000, C-649 de 2001 y C-251 de 2002.

<sup>62</sup>Por ejemplo, véase Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en fallo redactado por Aída Kemelmajer de Carlucci, sostuvo que *“el reconocimiento de una pésima técnica legislativa es insuficiente para justificar una omisión constitucional relativa, violatoria del principio de igualdad”*, lo que viene a significar que la técnica legislativa es relevante para evaluar la constitucionalidad de una ley; Sentencia del 18/9/2003, en autos “Correas, Edmundo J. c/Bank Boston p/Acción de amparo s/ Inc. Cas.”.

<sup>63</sup>El Juez Gallardo, del *Juzgado 2 Contencioso Administrativo y Tributario* ordenó al Secretario Parlamentario de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que proceda a la anotación constitucional preventiva, Expte Nro.13039 “Doderó Marta y otros C/Geba S/Amparo (Art. 14 Ccaba) poniendo *“en conocimiento de La Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires de la existencia de estos autos en los que se cuestiona la legalidad del procedimiento pre-legislativo”*, lo cual eventualmente podría dar lugar a inconstitucionalidad, de no salvarse las observaciones.



(1) Nivel	(2) Racionalidad	(3) Supone que la Ley debe	(4) Una Ley es irracional cuando	(5) Disciplina que se ocupan
R-1	Comunicativa	ser comprendida por los destinatarios	Fracasa como acto de comunicación: errores sintácticos, semánticos, etc.	Lingüística, lógica, informática, psicología cognitiva.
R-2	Jurídico-formal	armonizar con el sistema	Erosiona el ordenamiento jurídico, crea problemas nuevos	Derecho comparado, teoría general del derecho, lógica jurídica, técnica legislativa formal
R-3	Pragmática	motivar efectivamente ciertas conductas [eficaz]	Fracasa en la motivación de conductas	Ciencia política, sociología, psicología social, sociolingüística
R-4	Teleológica	alcanzar ciertos fines sociales perseguidos [efectiva]	No produce efectos, o éstos no eran los previstos	Sociología de la organización, análisis económico del derecho, sociología del derecho, teoría de la implementación
R-5	Ética	poder justificarse en valores compartidos acerca de quién tiene poder para ejercer el poder normativo, y por consiguiente cuándo existe obligación de obedecer	No encuentra justificación ética, ya sea por razón del edictor, ya por razón de su contenido	Filosofía del derecho, de la moral, de la política, sociología

Los ejemplos seguramente pueden multiplicarse. Lo único que no debe perderse de vista es la enorme importancia práctica de profundizar en el estudio de la técnica legislativa, importancia que lamentablemente todavía no se ha visto correspondida con tratamientos suficientemente amplios y serenos por la doctrina nacional.

## 5. RACIONALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y TÉCNICA LEGISLATIVA

### 5.1. La legislación como parte del discurso racional para la creación de normas.

A la luz de lo que hemos venido viendo, la legislación ya no puede ser vista como un simple acto lingüístico *prescriptivo* de mandar u ordenar algo esto es, no puede reducirse a un acto normativo. Tampoco parece razonable verla como un acto *realizativo*: basta pronunciar ciertas palabras “mágicas” para que ellas se transformen en derecho, sean derecho, norma obligatoria. Las experiencias – tan cotidianas hoy en día– en que tales actos pueden verse frustrados por una declaración de inconstitucionalidad o por un referendun abrogatorio; por lo tanto, sería raro reconocer que alguien tiene autoridad para mandar cuando puede ser desautorizado por los mandados.

El carácter institucional del derecho, entonces, requiere comprender la complejidad que encierra la producción del derecho.

Como un aporte a la mejor comprensión de la naturaleza de la legislación en la sociedad contemporánea, nos parece conveniente comenzar con una transcripción algo extensa de Habermas acerca de la idea de discurso racional, con la cual se conecta la legislación.

Según Habermas, el discurso racional es aquel en que *“uno trata de convencer al otro en virtud del mejor argumento, presuponemos una situación de diálogo que en varios aspectos satisface a condiciones ideales. Entre ellas figuran, como hemos dicho, el carácter público del acceso al discurso, la participación con iguales derechos, la veracidad de los participantes, la ausencia de coerción en los posicionamientos o tomas de postura, etc. Para cada una de estas determinaciones de la llamada ‘situación ideal de habla’ hay que mostrar (por vía de poner al descubierto autocontradicciones realizativas) que pertenecen a los presupuestos inevitables de la argumentación. Todo hablante sabe intuitivamente que una supuesta argumentación no puede considerarse una argumentación seria si se vulneran las correspondientes condiciones, por ejemplo, si no se permite el acceso a determinados participantes, si se excluyen determinados temas y aportaciones, si se arrancan asentimientos o rechazos mediante sugestión o amenazando con sanciones, etc. Pues bien, estos presupuestos universales de la argumentación, a causa de su fuerte contenido idealizador, no son fáciles de cumplir. Los discursos racionales tienen un carácter harto improbable y se elevan como islas sobre el mar de la práctica cotidiana. Al mismo tiempo constituyen un orden auto-*

*sustitutivo: no hay para ellos equivalentes funcionales. Hoy los discursos están especializados en determinadas funciones sociales como son la generación de saber, la terapia, la crítica de arte, la jurisprudencia, la formación de la voluntad política, etc., y necesitan de institucionalización. Las reglas de institucionalización son en la mayoría de los casos en las sociedades modernas normas jurídicas, sobre todo normas de organización y procedimiento que fijan cualificaciones para la participación y competencias, ámbitos de temas, procesos de deliberación, modalidades de decisión, obligaciones de fundamentar determinadas resoluciones, etc. Analizando el ejemplo de los reglamentos de las instancias deliberativas puede verse cómo las deliberaciones se norman con la finalidad de asegurar, bajo restricciones temporales, sociales y de contenido, la probabilidad de un cumplimiento suficiente de exigentes presupuestos comunicativos. La institucionalización de tales discursos descarga a los participantes en ellos del considerable gasto motivacional y cognitivo que exige toda búsqueda cooperativa de la verdad, cargada de presupuestos difíciles, cuando se efectúa en argumentaciones no reguladas, en argumentaciones que surgen espontáneamente. Desde el punto de vista de un legislador que institucionaliza discursos, los fenómenos de degeneración en que corre el riesgo de acabar tal práctica deliberativa de tipo espontáneo-informal constituyen, por así decir, el substrato resistente en el que aproximativamente han de convertirse en realidad las 'formas geométricas' de un proceso ideal de deliberación*<sup>64</sup>.

Concebir a la legislación como un caso de acción comunicativa tiene además otras implicancias. Por de pronto, significa que se reconoce a sus destinatarios la capacidad de comprender los fundamentos y la justificación de la misma, y por ello mismo, son capaces de demandar argumentos justificativos adicionales. En el fondo, subyace el ideal de un orden social (jurídicamente procesado) basado en el consenso de todos, alcanzado racionalmente y no por la amenaza, el temor o el engaño.

El desarrollo del pensamiento –y la praxis– político de occidente en los últimos siglos se ha orientado a este ideal. Ya hacia 1920 señalaba Kelsen que *“En el ideal de la democracia (...) convergen dos postulados de nuestra razón práctica y reclaman satisfacción dos instintos primarios de la vida social. En primer lugar, la protesta contra la coacción resultante del estado social (...) contra la heteronomía”* basada en la conciencia de la igualdad. Y en segundo lugar, *“del supuesto de nuestra igualdad –ideal– puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie”*, esto es, la aspiración a la igualdad. Pero siendo esto imposible de realizar cabalmente, *“si la Sociedad y el Estado han de existir (...) ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos a gobernarnos por nosotros mismos. (...) Es políticamente libre quien, aún estando sometido, lo está solamente a su propia*

---

<sup>64</sup>Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Trotta, 2000, p. 168; énfasis nuestros introducidos para destacar la relación entre discurso racional e institucionalización.

*voluntad y no a la ajena. Con esto queda planteada la principal diferencia entre formas del Estado y de la Sociedad.*<sup>65</sup>

Pues bien, la idea de la producción del orden normativo sobre la base del discurso racional, y no como un mero ejercicio de dominación (acción estratégica) aparece como el modelo para realizar el ideal de vivir bajo un orden autoordenado, y no de un orden impuesto. Se trata de un ideal, pero un ideal que, como todo ideal<sup>66</sup> permite entender hacia dónde evolucionan, o planificar en qué dirección desarrollar nuestras instituciones.

Cuando la ilustración afirmaba la idea de ser gobernados por leyes y no por hombres, se estaba expresando la idea de que los intereses egoístas de los gobernantes quedaran contenidos por la racionalidad de la ley, garantía de la libertad o autonomía moral.

Este ideal se frustra en cuanto todavía nuestros parlamentos exhiben prácticas en las cuales la legislación aparece como un instrumento de autolegitimación, o de engaño, o de violencia simbólica, o ha sido obtenida sin respetar los procedimientos debidos.

Cuando Habermas se plantea se plantea la cuestión crucial de la validez del derecho<sup>67</sup>, nos dice que esa validez propia del derecho, resulta del hecho de satisfacer a un mismo tiempo dos condiciones: la eficacia social o facticidad y su validez moral o legitimidad. En otras palabras, el derecho vendría a justificarse por articular la mediación entre facticidad (observancia o eficacia social de las normas para generar un orden efectivo) y su validez (legitimidad moral o discursiva, o sustentabilidad argumental) de las mismas.

¿Y cómo se produce ese fenómeno tan curioso y crucial para las sociedades altamente complejas de tipo occidental?

Para responder a ello, Habermas afirma la existencia de dos vínculos entre facticidad y validez: uno interno, y otro externo.

En su aspecto interno, la conexión entre facticidad y validez implica que unas normas son válidas cuando el derecho garantiza la observancia generalizada, pero también cuando sus destinatarios se sienten como autores racionales de las mismas, en virtud del procedimiento racional (razón comunicativa) seguido para su producción<sup>68</sup>.

En su faz externa, la conexión entre facticidad y validez se resuelve en la exigencia de que el poder político necesario para la imposición del derecho, se organice como poder legítimo, esto es, como Estado de Derecho.

---

<sup>65</sup>Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadarrama, 1977, p. 16-17.

<sup>66</sup>También la libertad, la igualdad, el Estado de Derecho, el desarrollo, etc. son ideales nunca plenamente alcanzables, pero que sirven para orientar y evaluar el desarrollo de nuestras instituciones.

<sup>67</sup>En Facticidad y validez cit.

<sup>68</sup>Esto recuerda la observación de Kelsen sobre el ideal de un orden autoimpuesto; ver supra.

El fundamento último de la legitimidad del poder político y del derecho, radica en la presuposición o aceptación de los supuestos propios de la argumentación racional, que equivalen a los de la acción comunicativa, que sólo puede basarse en el entendimiento como fuente de legitimidad de las normas.

Para la construcción discursiva y consensual de las normas jurídicas, los sujetos deben presuponerse recíprocamente como autónomos; los destinatarios de las normas, en tanto participantes de discursos racionales han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, asentimiento de todos los posibles afectados por ella<sup>69</sup>.

## 5.2. Reformulación de la racionalidad en la producción legislativa

Como vimos, la seguridad jurídica ya no puede descansar sobre unas supuestas propiedades del ordenamiento jurídico, que ya está claro que no pueden darse en la práctica. La primera reacción ante ello fue buscar una racionalidad práctica, que permita seguir confiando en las seguridades de los sistemas jurídicos. Esto se ha logrado en buena medida con el desarrollo de la teoría de la argumentación y los análisis muy detallados acerca de la naturaleza de la decisión judicial.

No obstante, como ya adelantamos, otro camino también se ha intentado: racionalizar la producción de normas. Sin duda, no para perseguir la concreción de aquéllas propiedades ideales del orden jurídico de los modernos, sino para mejorar (a veces sustancialmente) la calidad del proceso de producción normativa.

Los aportes de la teoría jurídica, la teoría social y la teoría lingüística, fundamentalmente, han permitido descubrir la racionalidad compleja que concurre en la función legislativa, y que si no se tiene el cuidado de distinguirlas cuidadosamente, se corre el riesgo de no acertar en las respuestas estratégicas para mejorar su calidad.

Según Atienza, podemos distinguir al menos cinco niveles o dimensiones de racionalidad implicados en la función legislativa, que podríamos resumir en el siguiente cuadro matriz.

El cuadro sugiere dos lecturas. En sentido **vertical**, indica *niveles de racionalidad*, lo cual muestra que existe una conexión dinámica según la cual los niveles inferiores condicionan la realización de los niveles superiores; pero en términos de trascendencia, los niveles superiores priman sobre los inferiores. En sentido **horizontal**, el cuadro muestra que cada dimensión de la racionalidad (columna 2) supone un modelo ideal (columna 3), y un contramodelo o frac-

---

<sup>69</sup>Facticidad y validez, cit., p. 169.

so (columna 4), así como los correspondientes campos disciplinarios que estudian cada uno (columna 5).

Como señala el propio Atienza, los cuatro primeros niveles son casos de la racionalidad instrumental, signada por la adecuación de medios a fines, mientras que el nivel de R-5 (ético) requiere de la justificación racional de los fines y de los medios<sup>70</sup>.

### 5.3 De la teoría del derecho a la *técnica* de la legislación

Con la nueva comprensión de los sistemas jurídicos, el interés que antes estaba centrado casi exclusivamente en la aplicación del derecho, pasó a ocuparse también de la creación del derecho<sup>71</sup>.

Por cierto que tradicionalmente en derecho constitucional se estudian las normas del proceso legislativo, pero esto dice poco sobre lo que es necesario saber para producir leyes de manera técnicamente satisfactoria, porque quedó de manifiesto que la función legislativa presenta múltiples dimensiones que corresponde analizar detenidamente.

Uno de los análisis más penetrantes de la legislación, provienen del profesor español Manuel Atienza, que valiéndose de todos los avances de la teoría analítica del lenguaje y la teoría social de Habermas, propone un modelo complejo para comprender la racionalidad implicada en la función legislativa.

Un programa completo o cabal de técnica legislativa debería abarcar todas estas dimensiones, de manera de procurar racionalizar todo los procesos que llevan a la efectiva creación de normas jurídicas en un estado democrático.

A partir de toda teoría, si es válida, podrán elaborarse técnicas destinadas a actuar sobre el campo fenoménico abarcado por aquélla, con el fin de operar resultados concretos.

Con la teoría de la legislación (y del derecho) ha sucedido algo similar. Una vez descriptos de manera más adecuada los procesos de creación de normas jurídicas (y no sólo de *disposiciones* jurídicas), los políticos advirtieron la conveniencia de utilizar ese conocimiento para fortalecer una función crucial para la sustentabilidad de la democracia, esto es, que es el modo de hacer política en nuestro tiempo.

Sólo cuando se hubo comprendido la función legislativa de manera más adecuada, fue posible elaborar un conjunto de reglas que buscan mejorar la función legislativa, o —como suelen decir los autores— mejorar la calidad de las leyes o la producción legislativa.

---

<sup>70</sup>Atienza, 1995:55; Noll, Peter, Gesetzgebundhslehre, Reinbek, Rowohlt, 1973, apud Wintgens (2004:157).

<sup>71</sup>Cfr. Wintgens, op. cit.

Para Paolo Baldini *“La tecnica legislativa si propone di migliorare la produzione di leggi in modo da facilitarne l’interpretazione da parte dell’operatore del diritto. In particolare essa comprende due aspetti: il “legal drafting”, cioè le regole formali per la redazione di testi legislativi, e l’analisi di fattibilità, che valuta gli effetti concreti delle disposizioni legislative.”*<sup>72</sup>.

Chevallier, a su vez, utiliza la expresión legística, que de la cual dice que *“est une «science» (science appliquée) de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d’élaboration, de rédaction, d’édiction et d’application des normes”*<sup>73</sup>.

La expresión más usual habla de ‘técnica’, pero también se habla por algunos autores de ‘ciencia’ de la legislación<sup>74</sup>. Esto requiere de alguna aclaración. Atienza distingue por un lado una ciencia de la legislación, y por otro una técnica de la legislación o técnica legislativa<sup>75</sup>.

Existe una multiplicidad de denominaciones que refieren al movimiento en torno a estas respuestas racionales al problema de la legislación. Legisprudence<sup>76</sup>, Ciencia de la Legislación<sup>77</sup>.

## 5.4 La técnica legislativa no es indiferente a una teoría del derecho

La escasa atención que la teoría tradicional del derecho ha prestado a la legislación (y a la producción de normas en general) responde a sus presupuestos epistemológicos y ontológicos. Como bien muestra el teórico belga Luc Wintgens, ni la concepción jusnaturalista ni la positivista asociada con ella (la exégesis) podrían haber dado pie a tal tipo de desarrollos. La jusnaturalista porque según ella, el derecho correcto es el derecho natural, y para crear el derecho positivo basta “conocer” o “intuir” ese derecho correcto. (Wintgens, 2004:158)

Por otra parte, para la teoría positivista clásica, como la escuela de la exégesis francesa, la legislación es vista como una decisión del soberano o sus representantes, y por tanto no puede visualizar limitación alguna proveniente de técnica alguna; a lo sumo la exigencia de racionalidad queda como un supuesto

---

<sup>72</sup>Baldini, Paolo; Tura, Francesco, La tecnica della legislazione nella realtà italiana, in Atti del 17th IVR World congress, Bologna, 16-21 giugno 1995, vol. V, 372 ss.

<sup>73</sup>Chevallier, J. «L’évaluation législative: un enjeu politique», en Delcamp A. et al., *Contrôle parlementaire et évaluation*, Paris, 1995, p. 15

<sup>74</sup>El sentido con el cual hoy en día se habla de “ciencia de la legislación” es diferente del que le daba J. Bentham; para él, era una disciplina prescriptiva que se ocupa de ver cómo debe ser el derecho.

<sup>75</sup>Atienza, 1995:15 y ss.

<sup>76</sup>Witgens dice que es “la rama de la teoría legal que se ocupa de la legislación desde una perspectiva teórica y práctica”; cfr. Wintgens, 2004:158)

<sup>77</sup>Martino, Antonio, En torno a la ciencia de la legislación, en: Martino, Antonio M. (comp.) *Estudios sobre Ciencia de la Legislación*, Buenos Aires, Universidad del Salvador, 2004, p. 191.

vinculado a su conexión con el jusnaturalismo o con cierta condición intelectual del legislador.

Así que sólo con la caída de estas concepciones fue posible comprender que la labor legislativa dependía de condicionamientos pragmáticos y sistémicos, por ejemplo como los expuestos en la visión institucional del derecho. Bajo este supuesto, entonces adquiere especial relevancia la investigación en torno a las condiciones de una legislación exitosa, y por ahí, el desarrollo de técnicas tendentes a su logro o fortalecimiento.

### 5.5 Antecedentes históricos

Ni la expresión “técnica legislativa” ni la preocupación por la calidad de la legislación son nuevas. La primera aparece ya a principios del siglo XX utilizada por François Geny; de la segunda encontramos antecedentes que se remontan al siglo XVIII; entre ellos cabe mencionar a Gaetano Filangeri<sup>78</sup>, y especialmente a J. Bentham que demostró una preocupación central por desarrollar una teoría coherente de la legislación, como instrumento al servicio de su ética utilitarista.

A partir de estos antecedentes, se desarrollarán dos corrientes de técnica legislativa con diversos énfasis. En Inglaterra, con una mayor tradición parlamentaria, se realizaron las primeras experiencias históricas tendientes a racionalizar la producción legislativa ya en 1869, sobre la base de un control del proceso de producción de las normas y su diseño (*legal drafting*).

En Francia, por el contrario, la gran cuestión técnica del derecho que planteó el iluminismo fue la codificación, y a ello se dedicaron los primeros y escasos trabajos de técnica jurídica que aparecieron desde la codificación napoleónica hasta las primeras décadas de nuestro siglo.

El replanteamiento actual de la técnica legislativa sobre bases más científicas tiene lugar en el medio de lengua germana, caracterizado por una fuerte apuesta a la racionalización de la vida social, como respuesta al drama de la II guerra mundial. Suele señalarse como primera obra de tratamiento exhaustivo de la moderna concepción de la técnica legislativa a *Gesetzgebungslehre* editada por el suizo Peter Noll en 1973.

### 5.6 Algunas precisiones terminológicas

Dado que es frecuente encontrar en la literatura especializada, distintas denominaciones, será conveniente repasarlas, procurando, al mismo tiempo establecer cierta correspondencia de contenidos.

---

<sup>78</sup>Filangeri, G. *Science de la législation*, 3 vols., 1788



a) *Redacción o producción*

Se ha discutido también acerca del alcance de estas reglas técnicas. Para algunos, como el Prof. Salvador Coderch, éstas deberían limitarse a cuestiones de redacción de las normas, esto es, a los problemas de composición o redacción (drafting) de las leyes. Para ellos, esta técnica refiere a los aspectos lingüísticos y estructurales de las leyes.

Para otros, como el prof. Saínz Moreno estas reglas deberían abarcar toda la problemática que derivan de la inserción de normas en el sistema jurídico, y por tanto debería ocuparse de toda la producción normativa, buscando el perfeccionamiento del ordenamiento en su conjunto<sup>79</sup>.

b) *¿Legislativa o normativa?*

Se ha discutido si debiera hablarse de técnica legislativa o más bien de técnica normativa. En esta disyuntiva está implicado –aparentemente– el mayor o menor alcance de la disciplina. Sin embargo, al respecto cabe tener presente lo siguiente:

- en sentido estricto resulta más correcta la expresión técnica normativa; sin embargo la expresión ‘técnica legislativa’ es la más usada, lo cual no ha impedido que progresivamente se le vaya adscribiendo un significado amplio, coincidente con aquélla denominación.
- ello puede aparecer justificado por el hecho de que los problemas más graves surgen de la legislación, y que ésta es, además, la función más relevante en la normativa del estado de derecho.

De hecho, las hipótesis teóricas de esta disciplina, así como muchas reglas técnicas de ella derivadas son aplicables (o podrían serlo) a otros ámbitos normativos no legislativos en sentido estricto, porque en definitiva, los problemas son comunes. ¿Qué diferencia ‘técnica’ plantea la redacción de una ley, de un Decreto Departamental, una ordenanza de la Universidad o una Acordada de la Suprema Corte de Justicia? En esencia, ninguna.

c) *Técnica legislativa y ciencia jurídica.*

Siguiendo el criterio sustentado por Salvador Coderch<sup>80</sup>, es conveniente mantener separadas técnica legislativa y dogmática jurídica o ciencia jurídica clásica, que se diferencian claramente por “el *objeto* principal sobre el que versan, la *actividad* que se lleva a cabo y los *sujetos* a quienes se destina”.

---

<sup>79</sup>Saínz Moreno, F. Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural, en (AAVV, 1994a:21). En el mismo sentido: Tudela Aranda, José, La legitimación competencial de las leyes de técnica normativa, en (AAVV, 1994a:84-85).

<sup>80</sup>Salvador Coderch, Pablo, Introducción a GRETEL, 1986, p. 10 y ss.

Como vimos anteriormente, el *modelo tradicional de ciencia jurídica*, fue construido en torno a la figura del jurista dogmático, cuya actividad se caracteriza por los siguientes elementos: a) su *objeto* es la *ley*, cuyo texto sacraliza e idealiza, considerada como un dato intangible que se ha de interpretar; b) su *actividad básica es la interpretación* del texto legal, la averiguación del pensamiento contenido en ella pero no su establecimiento, modificación o supresión; c) el *sujeto destinatario* de esa actividad es quien ha de *aplicar* el derecho existente, es decir, el juez o quienes operan en torno a la aplicación del derecho, como el abogado, o, en sentido amplio, el funcionario.

La *técnica legislativa*, en cambio, se vale de otros saberes sistematizados bajo expresiones tales como “Ciencias o doctrinas de la legislación”, “legística”, la “legimática”<sup>81</sup>, etc.,<sup>82</sup>. Comparado con el modelo de ciencia dogmática, el de técnica legislativa se caracteriza –siguiendo a Salvador Coderch– por: a) el *objeto de los análisis* ya no es ley como producto intangible sino la *legislación* como actividad o el establecimiento del derecho, legal o no legal en general. El derecho a elaborar, modificar o suprimir se estudia aquí como instrumento de regulación de relaciones sociales, cuyo uso debe evaluarse en comparación con otras alternativas jurídicas (como una mejora en la aplicación del derecho existente), con alternativas no jurídicas (como educación o información, campañas publicitarias persuasivas, etc.), previsiones de impacto social, etc.; b) su *actividad básica* no es ya la interpretación o exégesis y sistematización de los textos legales sino su elaboración en sentido propio; esto es: ingeniería social y no dogmática jurídica<sup>83</sup>; c) los *sujetos destinatarios* inmediatos de la actividad del científico o técnico de la legislación no son ya predominantemente quienes trabajan en el campo de la aplicación sino en el de la creación del derecho: políticos, legisladores, sus asesores, y en general quienes tienen atribuida alguna participación en procesos de creación normativa.

El papel del técnico legislativo en todo ese marco de actividades es propiamente el de quien vierte en un texto escrito el conjunto de decisiones materiales y jurídicas tomadas sobre la cuestión de que se trate. Es un *redactor* del texto en el sentido más fuerte de la palabra. En Inglaterra, país con una importante tradición en la materia, se habla del *Drafting of statutes* que, en la clásica descripción de G. C. Thornton “... is just one part of the process of legislation, whereby an idea or concept concerning the social framework of society becomes government policy, is transformed to legislative shape by means of the drafting process, and eventually passes through the legislative machinery to reach the statute book as law”. El *draftsman* no es el autor de la decisión pero sí del *texto* que la expresa.

<sup>81</sup>En este sentido, por ejemplo, Biagioli, Mercatali et Sartor (Dir.) *Legimatica: informatica per legiferare*, cit.

<sup>82</sup>*Gesetzgebungslehre* como se denomina en Alemania.

<sup>83</sup>Observa Salvador Coderch (p.11) que “dado el estadio protocientífico y pretecnológico de los campos del saber relacionados se trate todavía de actividades muy escoradas del lado de las diferentes ideologías y doctrinas sociales no todas ellas buen caldo de cultivo de auténticas ciencias sociales”.

### 5.7 Elementos de un programa de técnica legislativa<sup>84</sup>

Fruto de las elaboraciones teóricas que acabamos de revisar, puede verse que en la función legislativa se entrelazan e interactúan diversas dimensiones: políticas, pragmáticas, lingüísticas, jurídicas y éticas.

La técnica legislativa en su acepción más amplia, las comprende todas y procura estudiarlas sistemáticamente, y generar reglas y recomendaciones que permitan mejorar el desempeño legislativo de un país.

Estas reglas de técnica legislativa son en principio neutras, racionales, pero ello no quiere decir que *la decisión de implantar criterios de técnica legislativa* sea políticamente neutra. Tal decisión implica una apuesta a la racionalidad discursiva (argumentativa) en el ámbito parlamentario, y a superar (tendencialmente) la política como acción estratégica. En este aspecto, la técnica legislativa trata de rescatar y valorizar en el proceso legislativo el previo procedimiento argumentativo, de manera que la decisión formal aparezca mas fundada desde el punto de vista informativo, y mas legítimamente justificada desde el punto de vista moral. Todo ello refuerza, en definitiva el valor del derecho como factor legitimante del derecho contemporáneo, y de los parlamentos como expresión de la opinión pública<sup>85</sup>.

#### *Dimensión política: la construcción política de la ley*

Según se muestra en el marco teórico expuesto, la dimensión política de la legislación analiza esta acción como expresión de intereses sociales con la intención de verlos realizados, asegurados o aceptados por el conjunto de la sociedad. De otra manera, la legislación puede verse como una articulación de intereses sociales en pos de unos fines que se entienden preferibles por cierto grupo.

La dimensión política de la legislación se conecta directamente con la forma de gobierno; en particular, forma parte central de una teoría del gobierno democrático y por tanto, limitado, que será lo que nos ha de interesar ahora.

La racionalidad en esta dimensión o nivel tiene que ver con el logro de los fines políticos del grupo. Esos fines podrán ser el desarrollo económico, una mayor justicia distributiva, aumentar el empleo, elevar el nivel educativo, etc.

Bajo esta perspectiva, la legislación cumple con las exigencias de racionalidad inmanente, cuando resulta adecuada para lograr esos fines. Ello es independiente de que tales fines aparezcan directamente enunciados en la ley, o que incluso los destinatarios de la ley aparezcan como beneficiarios de derechos subjetivos en la ley<sup>86</sup>. Por ejemplo, medidas de incentivo a ciertas empresas pueden

---

<sup>84</sup>Con fines ilustrativos, se incluye en Anexo1 el Manual de Reglas para la elaboración de las normas, aprobadas por la Generalidad de Cataluña (1992).

<sup>85</sup>Ver al respecto Pierre Avril, Estructura y servicios de apoyo para el trabajo legislativo, en en AAVV "El Poder Legislativo en la Actualidad", México, FCE, 1994, p. 210.

<sup>86</sup>Atienza, 1995:36

tener por fin político mejorar el empleo, aunque no genere ningún derecho a favor de los trabajadores.

Lo que habría que examinar en este ámbito es que el impacto político de la legislación sea el deseado por quienes ejercen el gobierno, y que no resulte desviado o contradictorio con los fines del grupo legitimado para gobernar.

### *La conformación de los consensos*

La función legislativa ya no se cumple dentro del estrecho recinto parlamentario, sino que se halla inserta dentro de un complejo sistema de controles políticos que deben sopesarse debidamente y con antelación.

Es usual que en la sanción de una iniciativa deba contarse con la aprobación del Poder Ejecutivo, pues éste dispone de poderes veto u otros recursos que pueden frustrar una iniciativa. También existen en las democracias más avanzadas, formas de democracia directa, como el plebiscito, que pueden promover la derogación de una ley sancionada sin los debidos respaldos en la opinión pública. Además, la legislación también está sometida al control de los jueces, en especial, bajo la forma de tribunales constitucionales u otros que hagan sus veces.

Más aún, en los actuales procesos de integración regional, la producción legislativa está fuertemente condicionada por las exigencias de armonización legislativa, tanto preventiva como posterior.

Todo ello aconseja que en la formación de la voluntad política se sigan los procedimientos más transparentes, consultando a todos los sectores involucrados, especialmente aquéllos organizados y dotados de capacidad de propuesta y movilización.

### *Técnica del diseño previo*

Es conveniente además que en el inicio del proceso legislativo se trabaje sobre un diseño racional esquemático de la legislación proyectada, de manera que puedan apreciarse y discutirse la pertinencia con los objetivos propuestos.

En esta instancia deben quedar bien claros los objetivos que se pretenden lograr, y los recursos políticos con que se contará para ello.

Un trabajo honesto en este sentido facilitará el logro de los consensos, pero evidentemente si no se cuenta con tales apoyos ello constituirá un obstáculo para seguir adelante.

### *La negociación y la argumentación*

En el proceso de conformación de la voluntad política es preciso además encarar de manera decidida un proceso de negociación que tienda a armonizar los

intereses contrapuestos en torno a los fines propuestos. Para el caso que fuese inevitable postergar algunos intereses, prever medidas compensatorias, diferidas, etc.

Es también la instancia de la argumentación estratégica, que de todas maneras no podrá apartarse de las reglas básicas de la racionalidad que deberían condicionar todo el proceso.

### *Dimensión ética de la legislación*

Según tuvimos oportunidad de mostrar a través del pensamiento de Habermas, la producción del derecho a nivel legislativo cumple una función legitimatoria del ordenamiento jurídico en la medida que su producción se adecue a las exigencias del discurso racional.

No habremos de reiterar aquí las reglas identificadas por Alexy, pero baste señalar que la técnica legislativa suministra precisas recomendaciones y guías para proceder con cuidado en la determinación de los grupos afectados por la normativa proyectada.

Del desempeño de la función legislativa acorde con estas exigencias, debe resultar el que los ciudadanos tengan la convicción de que ellos mismos son los autores de la ley, sintiéndose involucrados en el proceso legislativo, y en la validez de la nueva normativa.

### *Dimensión comunicativa de la legislación*

El derecho constituye un sistema institucionalizado de argumentación pública, lo cual implica una experiencia básicamente comunicativa, que pone de relieve la importancia de los códigos lingüísticos en que se expresan sus operadores. La legislación —en general— se halla en el centro de dicha estructura comunicativa básica, y por tanto el adecuado manejo de los códigos lingüísticos del derecho resulta crucial.

No debe perderse de vista, además, que la moderna ciencia jurídica ha mostrado —a mi juicio de manera convincente— que la comunicación crucial para la legitimación del derecho en un sistema democrático, es la que se da entre la legislación y los tribunales. En otras palabras, el sistema de normas debe ser comprendido y legitimado ante todo por los jueces y administradores en general, pues son estos intérpretes autorizados quienes tienen el poder efectivo de hacer que una decisión legislativa se vuelva realmente derecho<sup>87</sup>. Si esto es así, pues

---

<sup>87</sup>Demostrando mas teoría que muchos teóricos de su época, nuestro Código Civil ya consagraba este principio bajo la fórmula de que “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa” (art.2) aplicable naturalmente a los particulares en general, pero no aplicable a los jueces, que expresamente “no pueden dejar de fallar (...) a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 15).

resulta racional perfeccionar todo lo posible la utilización adecuada de los códigos propios del círculo institucional al cual las normas están dirigidas<sup>88</sup>. Aquí se trata de una técnica lingüística, caracterizada por el manejo competente de un lenguaje técnico (el del derecho específico de un país) tal como lo entienden sus operadores, de manera de optimizar su comprensión, eliminar distorsiones y asegurar así una mejor aplicabilidad.

Por mucho tiempo esta dimensión ha constituido el núcleo central de la técnica legislativa, que se preocupó por la corrección en la redacción de los textos normativos.

Esta cuestión va más allá de la utilización correcta del lenguaje; refiere también a la adecuada *publicidad* de las normas y a las estrategias denominadas de *implantación* de normas.

Las técnicas de redacción están hoy ampliamente desarrolladas y han sido objeto de sanción positiva en directivas o recomendaciones adoptadas por parlamentos y ministerios con el fin de uniformizar la redacción de las leyes.

Esta tarea es no sólo crucial para mejorar la inteligibilidad de los textos normativos, sino también para permitir un mejor aprovechamiento de los recursos informáticos que dependen de cierto grado de normalización lingüística para poder operar con seguridad.

### *La dimensión pragmática de la legislación*

Otro ingrediente de la racionalidad de la función legislativa está constituido por la viabilidad pragmática. Las normas están destinadas –en su uso normal– a ser cumplidas. Por consiguiente, las posibilidades prácticas de que las normas proyectadas sean efectivamente aplicadas pueden y deben evaluarse con antelación.

Pero el derecho es, además, una obra de ingeniería social, como suelen caracterizarlo los norteamericanos. El conocimiento de las motivaciones aceptables por los operadores cruciales del sistema, permite calcular con cierta precisión –dependerá de la competencia de los técnicos– el impacto de ciertas configuraciones normativas. Ello dependerá de un complejo entramado de elementos pragmáticos que siempre es conveniente tener presente, y que naturalmente puede relevarse empíricamente y codificarse en forma de reglas técnicas.

Las condicionantes pragmáticas también incluyen los factores financieros de la legislación. Cuando se proyectan reformas judiciales, o electorales u otras, es

---

<sup>88</sup>Como sostiene Wroblewsky “El lenguaje regla no tiene peculiaridades sintácticas, pero tiene algunas características semánticas debidas a la influencia del legislador al formar significados de algunos términos que utiliza (.y ...) hay también peculiaridades pragmáticas de este lenguaje porque es usado principalmente en el discurso legal y no en la comunicación diaria” (Wroblewsky, 1985).

preciso calcular si se contará con los recursos financieros necesarios para cubrir nuevas erogaciones que hayan de producirse.

Los modernos estudios de análisis económico del derecho han suministrado herramientas sumamente útiles para analizar el impacto económico de la legislación.

### *La dimensión jurídico-institucional de la función legislativa*

Y desde luego, la función legislativa tiene una dimensión jurídico-institucional, conformada por el conjunto de normas e instituciones que hacen posible su producción.

En efecto, debe observarse que la legislación es posible en la medida que existe un sistema institucional que le da validez; por consiguiente, la legislación depende para su existencia, del respeto de los códigos normativos del sistema vigente.

Pero además, su racionalidad está dada por el hecho de que la nueva normativa no colida innecesariamente con el ordenamiento anterior. La producción legislativa debe tratar de que las nuevas leyes armonicen de la mejor manera con la normativa y los principios preexistentes.

En este sentido, la técnica legislativa tiene recomendaciones muy estrictas acerca de cuestiones como la siguiente:

- evitar el cambio innecesario de la terminología ya impuesta entre los técnicos;
- evaluar y consignar explícitamente el impacto normativo de la nueva legislación, evitando las derogación implícitas, o en cadena.
- Extremar la precisión en la determinación del comienzo de la aplicación o entrada en vigencia.

### *El monitoreo de la labor legislativa*

Cuando se ha establecido un sistema de técnica legislativa, es preciso cerrar el circuito institucionalizando algún sistema de monitoreo o seguimiento de la función legislativa.

Muchos países hoy cuentan con sistemas de evaluación permanente que a veces se denominan ‘observatorios’, cuya tarea consiste en relevar sistemáticamente información acerca de los indicadores de calidad de las leyes, a fin de producir informes periódicos al respecto.

Esta labor resulta de enorme importancia porque permite mejorar el rendimiento de los órganos encargados de llevar adelante las tareas de asesoramiento

en materia de técnica legislativa, y además suministran una información de alto valor técnico a los operadores estratégicos del sistema legal, pero también al público en general.

Estos cuerpos de monitoreo deben integrarse con expertos en técnica legislativa, y su inserción institucional debería guardar independencia con respecto a los órganos evaluados. En países donde espacio privado no permite sustentar este tipo de iniciativas, el ámbito universitario parece ser el ideal para implementar programas de este tipo.

Ello no es óbice para que las pautas de evaluación sean consensuadas con los propios interesados, y los resultados sean objeto de discusión conjunta en las ocasiones preestablecidas o cuando las circunstancias así lo aconsejen.

### 5.8 Las reglas del discurso racional, elaboradas por Alexy

Si aceptamos que la función legislativa se orienta primordialmente al entendimiento (acción comunicativa), pues entonces debemos aceptar que sólo logrará su objetivo si se ajusta a los principios del discurso racional. Al respecto dice Habermas que “La legitimidad de las normas jurídicas se mide por la racionalidad del procedimiento democrático que caracteriza a la actividad política de producción de normas”<sup>89</sup>.

Las reglas del discurso racional han sido propuestas por Habermas y elaboradas en detalle por Alexy<sup>90</sup>, de quien las tomamos:

- reglas sobre la estructura de los argumentos:
  - \* no contradicción
  - \* universalidad o uso consistente de los predicados
  - \* claridad lingüística-conceptual
  - \* verdad de las premisas empíricas utilizadas
  - \* completud deductiva del argumento
  - \* consideración de las consecuencias
  - \* ponderación
  - \* análisis de la formación de convicciones morales
- reglas referentes al proceso del discurso
  - \* todo el que pueda hablar puede tomar parte en el discurso

---

<sup>89</sup>Facticidad y validez, p. 305

<sup>90</sup>Alexy, R. Teoría de la argumentación jurídica, Madrid, CEC, 1978, p. 187 y ss.



- \* todos pueden cuestionar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación o exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades
- \* a ningún hablante puede impedírsele proteger sus derechos fijados en los dos ítems anteriores, cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza.
- Reglas sobre la carga de la argumentación
  - \* Quien pretende introducir un tratar a cierta persona o grupo de manera diferente, debe aducir razones que lo justifiquen; aquí se ubica el principio de inercia de Perelman, según el cual cuando se pretende cuestionar una norma tenida por válida en la comunidad, deben darse razones para discutirla.
  - \* Quien ataca una proposición o norma que no es objeto de discusión, debe dar una razón para ello
  - \* Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.

Como resulta fácil de ver, todas estas reglas del discurso racional sobre proposiciones o normas, tienen directa aplicación para una función legislativa concebida como parte del discurso racional.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (1950) La crisis del derecho, Buenos Aires, EJEJA, 1961.
- AAVV (1994) El Poder Legislativo en la Actualidad, México, FCE, 1994.
- Aguiló Regla, Josep (2000) Teoría general de las fuentes del derecho, Barcelona, Ariel.
- Alexy, Robert (1978) Teoría de la argumentación jurídica, Madrid, CEC, 1978.
- Ansuátegui Roig, Francisco (1996) El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación), Madrid, Dykinson, 1996.
- Atienza, Manuel (1997) Contribución a una teoría de la legislación, Madrid, Civitas, 1997.
- Beccaría, Cesare Bonesana. De los Delitos y de las penas, Interpretación de las leyes.
- Bobbio, Norberto (1985) La razón en el derecho (observaciones preliminares), en rev. DOXA, n° 2, Alicante, 1985, p. 17 y ss.
- Calsamiglia, Albert (1990). El derecho como integridad: Dworking, wocking paper n° 25, Barcelona.
- Salvador, Coderch, Pablo (1996) Introducción a GRETEL, 1986

- Couture, Eduardo J. (1953) Prólogo a Flavio López de Oñate, La certeza del Derecho, Buenos Aires, EJE, 1953;
- Filangieri, G. Science de la législation, 3 vols., 1788
- García Amado, Juan A. (1994) La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la "Teoría del Derecho" como sucedáneo, en revista Persona y Derecho, 31, 1994, pp. 109-155, también accesible on line en Internet: <http://www.geocities.com/jagamado/>
- García Amado, Juan A. (2003) Ensayos de Filosofía jurídica, Bogotá, Temis.
- Gelsi Bidart, Adolfo (1987) Derechos, deberes y garantías del hombre común, Montevideo, FCU, 1987.
- Guastini, Riccardo, Distinguiendo, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 100 y ss
- Habermas, Jürgen (1983) Conciencia moral y acción comunicativa, Barcelona, Península, 1985.
- Habermas, Jürgen (1991) Aclaraciones a la ética del discurso, Madrid, Trotta, 2000.
- Habermas, Jürgen (1994) Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998.
- Kelsen, Hans (1920) Esencia y valor de la democracia, Madrid, Guadarrama, 1977, p. 16-17.
- Martino, Antonio M (1993) Auxilio computacional a la legislación ¿Hacer leyes con las computadoras?, en Informática y Derecho, vol. 4, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- Martino, Antonio M. (compilador) (2004) Estudios sobre Ciencia de la Legislación, Buenos Aires, Universidad del Salvador.
- Medina Guerrero, Manuel (2003) El Control Jurisdiccional de los Defectos de técnica legislativa, en: *Qualità Normativa e Tecnica Legislativa. Europa. Stati, Enti Territoriali*, Bolonia (Italia). Bonomo Editrice, Vol. 1. 2003. pp. 125-162.
- Modugno, Franco; Nocilla, Damiano (1989) Crisi della legge e sistema delle fonti, en *Diritto e società*, Padua, 1989, p. 421 y ss.
- Avril, Pierre (1994) Estructura y servicios de apoyo para el trabajo legislativo, en *AAVV*, 1994:210 y ss.
- Redondo, Cristina (1999) Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis, en *Analisi e diritto*, 1999, p. 145 y ss.
- Risolía, Marco A. (1961) Grandeza y desprestigio de la ley, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.
- Rodríguez, Reyes (2000) El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional, en *Isonomía*, n°13, p. 191 y ss.

# ÉTICA DE LA COMUNICACIÓN

*Adriano Fabris\**

## 1. DIFERENTES MODELOS DE COMUNICACIÓN

Generalmente, en los manuales de semiótica y en los tratados de lingüística teórica, la comunicación en cuanto tal es definida como la transmisión de un mensaje (o de una información) desde un “emitenste” hacia un “receptor” (o “destinatario”). Evidentemente, una comunicación así entendida requiere un particular trabajo de elaboración por parte tanto del emitenste como del destinatario. El primero, si quiere ser comprendido, tiene que dar al mensaje un formato que resulte accesible a quienes les es dirigido. El segundo, queriendo comprender, se encuentra siempre inducido a reconstruir la intención del emitenste, a interpretar su mensaje.

Bajo una mirada atenta, no obstante el hecho de que estos procesos (adaptación del mensaje al destinatario por parte del emitenste; interpretación del mensaje por parte del receptor) no pueden ser activados según modalidades estándar, establecidas de una vez por todas, sin embargo el modelo de explicación de los procesos comunicativos que por lo general se propone resulta, podríamos decir, de tipo “mecánico”. Se considera, en efecto, que este modelo puede funcionar para la gestión de aquellos procesos que conciernen no solamente al hombre sino también a los distintos ámbitos en los que se puede hallar una transmisión de informaciones, y que constituyen el terreno propio de investigación de disciplinas específicas: de la sociología a la biología, de la política a la informática.

---

\* Profesor de Filosofía Moral y de Ética de la Comunicación, y Director del Máster en Comunicación Pública y Política de la Universidad de Pisa (Italia); Profesor de Ética Aplicada en la Facultad Teológica de Lugano (Suiza). Autor de numerosas publicaciones entre las cuales se destacan: *Paradossi del senso* (Morcelliana, Brescia – Italia – 2002), *Etica della comunicazione interculturale*, Eupress, Lugano – Suiza – 2004, y *Guida alle etiche della comunicazione* – como editor – Edizioni ETS, Pisa – Italia – 2004). E-mail: [fabris@fls.unipi.it](mailto:fabris@fls.unipi.it)

El viejo sueño fundacional de la cibernética parece aquí, implícitamente, conservar enteramente su fuerza de atracción.

Así, la comunicación interhumana tiende a ser conducida hacia estándares cuantificables, sacrificando todo lo que – como la inventiva y la capacidad de adaptación a un determinado contexto – difícilmente puede ser predeterminado. Y entonces, precisamente sobre la base del modelo “mecánico”, se considera que pueden ser elaboradas técnicas y métodos, que consienten alcanzar cierto resultado: en otros términos, que permiten alcanzar cierto “objetivo” (target), es decir, tener cierta eficacia. Desde esta perspectiva, que es por ejemplo aquella en la que se mueve el lenguaje publicitario, parece que es siempre posible verificar la recepción de un mensaje. Y parece, también, que es posible determinar en qué medida dicha recepción se ha realizado efectivamente, por ejemplo a través de cuestionarios, tests y otras formas de verificación del feedback.

No creo que sea el caso de insistir más sobre esta idea de comunicación, visto que sus aplicaciones ya están hasta demasiado difundidas en el mundo en el que vivimos. Es necesario, en cambio, subrayar con fuerza que éste no es el único modelo al cual podemos referirnos para pensar el fenómeno, y ni siquiera el fundamental. En efecto, en los procesos comunicativos está en juego algo radicalmente diferente, cuya verificación resulta completamente problemática: se trata en estos casos de comprender de manera adecuada qué significa poner en obra la intermediación de un mensaje o, más en general, de un texto. Esto es lo que la idea de “transmisión” (en el sentido en el que ésta ha sido expuesta anteriormente) da por descontado, entendiendo lo que acontece entre un **hombre y otro como una simple interacción medible en términos de eficacia. En cambio, lo que hace falta profundizar es la específica mediación hacia la obra en los procesos comunicativos.**

Para este objetivo dejémosnos guiar por un breve análisis etimológico del mismo término ‘comunicación’. Como se sabe, ‘comunicación’ deriva del latín ‘communicatio’: un vocablo que indica precisamente el ‘poner aparte, el ‘hacer partícipe’ a otros de lo que se posee. En esta noción aparece una metáfora particular: precisamente la de “participación”, que no por casualidad se presenta explícitamente en la lengua alemana (donde el vocablo ‘Mitteilung’ puede ser traducido, literalmente, más que como ‘comunicación’, como generalmente sucede, precisamente como ‘comparticipación’).

En latín, además de estas sugerencias, encontramos aún algo más. Y es la evidente referencia, en el vocablo ‘communicatio’, al concepto de ‘munus’, de ‘don’. En efecto, lo que es puesto aparte resulta en última instancia algo donado, para que pueda ser realmente común a todos, para que todos podamos participar de él. ‘Communico’, entonces, indica originariamente un “poner en común”, un “crear un espacio común”: lo cual, por otra parte, es confirmado ulteriormente por el vínculo evidente que subsiste, siempre desde un punto de vista epistemológico, entre el verbo communico, el sustantivo communio y el adjetivo communis.

¿Qué es lo que obtenemos de esta breve usurpación de fronteras sobre el terreno de la etimología? Una sugerión – no más que ello – que nos conduce hacia una idea diferente, respecto de la comúnmente aceptada, de lo que entendemos por ‘comunicación’. Comunicación, en este sentido, es la creación de un espacio común, compartido, en cuyo interior puede realizarse un efectivo entendimiento entre los interlocutores. Un entendimiento similar no puede ser predefinido, visto que es el fruto, imprevisto e imprevisible, de la capacidad de mediar que contradistingue a los participantes en los procesos comunicativos, y que es puesta en obra, cada vez, en los diferentes contextos de aplicación. En otros términos, la interacción, aquí, no puede ser concebida de una manera puramente mecánica, porque requiere que sea recuperado lo que los antiguos latinos llamaban ‘ingenium’: es decir, la capacidad que el hombre tiene de alcanzar la perspectiva más adecuada para realizar un entendimiento, su habilidad para ubicarse en un contexto, su vocación para mediar entre lo universal y lo particular. Todo esto requiere una creatividad que no puede ser predeterminada. Todo esto pone en obra la libertad del hombre.

Es así entonces que – teniendo en cuenta precisamente esa libertad que está como trasfondo de una comunicación realizada y de la posibilidad de abrir un espacio común de diversos modos – se delinea con ulterior claridad el hecho de que la interacción comunicativa pone en juego, constitutivamente, una serie de cuestiones de orden ético. En efecto, atinentes a la esfera de la ética son las problemáticas expresadas por las siguientes preguntas, que enunció sólo a título ejemplificativo. Estas suenan: ¿por qué debo poner en común ciertas informaciones?; ¿bajo cuáles condiciones esta comparticipación puede actuarse correctamente?; ¿por qué privilegiar ciertas modalidades de comunicación antes que otras?; ¿todo debe ser comunicado o no?; y si no todo tiene que ser puesto aparte, ¿qué debe serlo y qué no?; ¿y en base a qué criterios debo efectuar esa selección? A partir de estos problemas concretos, que ponen en juego una concepción particular del lenguaje, puede ser elaborada una ética de la comunicación, entendida como una específica rama de la ética aplicada.

## 2. ÉTICA DE LA COMUNICACIÓN

La ética de la comunicación es una disciplina que entra precisamente en el ámbito de las éticas aplicadas, al igual, por ejemplo, que la bioética, la ética ambiental, la ética de los derechos, y la ética de la economía. Sin embargo, la relación entre ética y comunicación ha sido profundizada de diferentes maneras. Esquemáticamente podemos distinguir, por ejemplo, un enfoque deontológico sobre el ámbito comunicativo, una ética de la comunicación propiamente dicha y una ética, en cambio, concebida ella misma como comunicación: es decir, obtenible a partir de las condiciones que son propias de los procesos comunicativos considerados en cuanto tales.

La preocupación deontológica, sobre todo, es la que inmediatamente se anuncia en una realidad dominada cada vez más por flujos de información. En esta

situación emerge con fuerza la necesidad de reglamentar, sobre la base de principios jurídicos y morales definidos con precisión, el comportamiento de los operadores de la comunicación y las condiciones en las cuales se pueden hallar, cada vez, los usuarios de los diferentes medios de comunicación de masa. En referencia a esto se ha impuesto recientemente una casuística particular, por demás diferente en distintos países. Esta ha sido objeto de reflexiones y debates, que han producido una específica literatura y que han llevado a la redacción de códigos precisos, llamados a definir el marco de lo lícito y de lo ilícito en el ámbito comunicativo.

En realidad los códigos son poco conocidos, y aun menos observados, entre otras cosas porque las sanciones para quienes los transgreden resultan generalmente inadecuadas o, incluso, del todo inaplicadas. Más allá del simple aspecto deontológico y de la todavía importante codificación de reglas específicas, surge una exigencia de otro orden: una instancia más propiamente ética, en grado de orientar las diferentes elecciones que los operadores de la comunicación deben cumplir, y en grado de involucrarlos en un comportamiento guiado por valores asumidos conscientemente y aplicados responsablemente.

Se delinea, entonces, la necesidad de elaborar una ética de la comunicación en sentido propio: es decir, una ética que sea capaz de establecer lo que es justo, válido y bueno en las distintas prácticas comunicativas, y capaz de indicar de qué modo perseguirlo. El discurso va de un planteo también atento a las cuestiones jurídicas y normativas, a una dimensión en la cual el interés resulta sobre todo de tipo filosófico. En efecto, en la historia del pensamiento han sido numerosas las teorías elaboradas con el fin de responder a las cuestiones específicas que se elevan en el ámbito diversamente articulado de la interacción comunicativa: desde las que hacen referencia a estructuras y características particulares inherentes a la "naturaleza" del hombre, hasta las que toman la perspectiva del pensamiento dialógico; desde las que ponen el acento en las situaciones concretas en las cuales el hombre se encuentra y actúa, hasta las que poseen como trasfondo, en definitiva, un utilitarismo diversamente declinado.

Frente a estas múltiples elaboraciones filosóficas resta el problema de cuál es la concepción más adecuada, aquella en grado de orientar verdaderamente nuestro comportamiento. Una cuestión de esta magnitud remite, según la tradición, a las temáticas explícitamente afrontadas en el ámbito de la ética general. Así, entonces, reaparece la necesidad de fundamentar la ética de la comunicación sobre una doctrina más amplia y comprensiva de los principios morales. Sin embargo, para este propósito, surge también otra exigencia, a la que quizás puede dar respuesta precisamente una teoría de la comunicación verdaderamente capaz de poner luz a las implicaciones éticas que contradistinguen al acto comunicativo: una teoría tal de no tener que remitir a un ulterior nivel de fundamentación. En efecto, hay que preguntarse cuál, entre las doctrinas morales que pueden ser elaboradas por la reflexión filosófica, es realmente capaz de garantizar la efectiva aplicación de los principios morales a los que hace referen-

cia. Surge, en definitiva, la pregunta relativa al por qué se tienen, propiamente, que seguir principios morales de cierto tipo: principios en general, por cierto, pero también principios en el ámbito específico de la interacción comunicativa. En otras palabras, se delinea la cuestión, decisiva, del involucramiento moral.

Una respuesta a tales interrogantes puede provenir, como mencionaba, justamente de una profundización de las características de fondo del lenguaje y de la comunicación, entendidos como condiciones estructurales del hombre. Si es cierto, como ha sostenido Karl-Otto Apel, que hay una normatividad moral ínsita en el mismo uso del lenguaje, en el hecho de que todos, en cuanto hablantes, formamos parte de la “comunidad ilimitada de la comunicación” y ponemos en obra los principios que están ínsitos en ella, entonces precisamente desde aquí, es decir desde la estructura misma del lenguaje, pueden ser puestas a la luz las condiciones para una ética válida universalmente, que remite a la responsabilidad propia de cada hablante y la pone constantemente en juego. Este es el modo, con el surgir de la valencia moral de la praxis comunicativa, en el que se anuncia lo que anteriormente he llamado la perspectiva de una ética como comunicación. Justamente en este terreno –es decir a partir del hecho de que en mi mismo hablar están inscriptas, por así decirlo, indicaciones particulares de comportamiento– puede encontrar solución el problema del involucramiento moral del que hace poco hacía mención.

Aquí no es posible analizar de manera detallada la tesis de Apel. Él, lo repito, sostiene que en los mismos procesos comunicativos ya están ínsitas, y performativamente actuadas, las condiciones de un determinado comportamiento moral, válido universalmente y capaz de involucrar a todos los hombres en cuanto hablantes. En cambio, aun sin retomar explícitamente los contenidos específicos de su doctrina, podemos hallar, de manera quizás menos abstracta que como lo hace Apel, algunos motivos que individualizan consecuencias éticas precisas en el comunicar, y que están inscriptas en la concepción del lenguaje que hemos desarrollado anteriormente.

Es completamente evidente, de hecho, el alcance ético de la idea de comunicación como creación de un espacio común, compartido, de cuya institución y mantenimiento son responsables los interlocutores. Y es también evidente, a partir de una concepción de la palabra como medio y órgano de una comparticipación entre los hombres, la perspectiva de relación e involucramiento que la palabra misma hace posible. Es más, si se asume el punto de vista de un hablar que es al mismo tiempo lugar de la comparticipación comunicativa entre los hombres y filtro capaz de interponerse entre los hablantes (así como también entre los hablantes y las cosas), en modo tal de mantener las distancias entre ellos, resulta en definitiva imposible que el discurso se configure únicamente como una ocasión instrumental de control y de dominio, y que sólo éste sea el sentido de la relación que el lenguaje pone en obra. Precisamente en la distancia respecto del mundo y de los hombres que la palabra abre mientras establece un vínculo con ellos, y del cual resulta garantía y salvaguardia, se encuentra inscripta

la posibilidad del respeto por el otro, la atención y el cuidado dirigidos a él. En efecto, sin este “otro”, como hemos visto, no se da discurso. Entonces, en la estructura misma del lenguaje y en la ambigüedad de los modos de su actuación, está ínsita la posibilidad de que se cumpla verdaderamente, éticamente, una comunicación como compartir. Esto es así ya que la condición del compartir es que cada uno, separadamente, pueda dar algo de sí mismo y que cada uno sea reconocido desde el principio como alguien capaz de hacerlo: como alguien que puede ser ayudado y solicitado a hacerlo.

Por cierto, lo hemos visto anteriormente, también respecto de este trasfondo, de esta específica condición capaz de hacer emerger algunos aspectos de una ética como comunicación, se presenta nuevamente el problema de los modos con los cuales realizar efectivamente lo que resulta de todas formas ínsito, como su posibilidad esencial, en la estructura misma del lenguaje. Y es aquí que la referencia a la libertad del hombre, a su capacidad de elección, se manifiesta con toda su centralidad. En efecto, lo que es implícito en el uso de la lengua es de todos modos asumido y puesto en obra. Surge, así, la necesidad de profundizar de qué manera esto puede acontecer, y bajo qué condiciones: en resumidas cuentas, se anuncian las temáticas que una ética de la comunicación propiamente entendida está llamada a afrontar.

Se trata, considerando el problema desde otra perspectiva, de establecer una mediación entre lo que tiene la pretensión de valer universalmente, en la medida en que es signo distintivo de todos los hombre en cuanto hablantes, y lo que no puede más que ser asumido cada vez sobre un plano particular, en virtud de una elección que lo puede actuar concretamente. Es aquí que las indicaciones éticas implícitas en la estructura del lenguaje pueden hacerse concretas. Sin embargo, si se piden reglas explícitas en base a las cuales cumplir la aplicación concreta, la respuesta no puede más que ser negativa y, por lo tanto, quizás, desilusionante. En efecto, no hay reglas para la aplicación de las reglas. Todo, otra vez, remite a la capacidad de cada uno. Y, más precisamente, esto significa, desde nuestro punto de vista ético: a su responsabilidad.

## BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- AA.VV., *Comunicador: ¿Quién es tu prójimo? Comunicación y valores*, Paulinas, Buenos Aires 2005.
- Agejas, José Ángel y Serrano Oceja, Francisco José (coords.), *Ética de la Comunicación y de la información*, Ariel, Barcelona 2002.
- Apel, Karl-Otto, *Transformation der Philosophie*, 2 voll., Suhrkamp. Frankfurt a.M. 1973.
- Apel, Karl-Otto, *Diskurs und Verantwortung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1988.



- 
- Bagetto, Luca, *Etica della comunicazione. Che cos'è l'ermeneutica filosofica*, Paravia, Turín 1999.
  - Baird, Robert M., Loges, William E. y Rosenbaum, Stuart E. (eds.), *The Media and Morality*, Prometheus Books, Amherst, Nueva York 1999.
  - Bettetini, Gianfranco y Fumagalli, Armando, *Quel che resta dei media. Idee per un'etica della comunicazione*, Franco Angeli, Milán 1998.
  - Campodonico, Angelo, *Etica della ragione. La filosofia dell'uomo tra nichilismo e confronto interculturale*, Jaca Book, Milán 2000.
  - Codina, Mónica (ed.), *De la ética desprotegida. Ensayos sobre deontología de la comunicación*, EUNSA, Pamplona 2001.
  - Day, L.A., *Ethics in Media Communication. Cases and Controversies*, Wadsworth, Belmont etc. 1997.
  - Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1981.
  - Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1983.
  - Habermas, Jürgen, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1984.
  - Johannesen, Richard L., *Ethics in Human Communication*, Waveland Press, Prospect Heights (Ill.) 1975.
  - Lull, James, *Media, communication, culture. A Global Approach*, Polity Press, Cambridge 2002.
  - Maturano, Antonio, *Etica dei media*, Angeli, Milán 2000.
  - Wolton, Dominique, *Penser la communication*, Flammarion, París 1998.



## PERSPECTIVAS DEL DIÁLOGO INTERRELIGIOSO (o sea: El dios compartido)

*Adriano Fabris\**

### 1. LA SITUACIÓN ACTUAL

Vivimos hoy - y ello está ante los ojos de todos - en una época caracterizada por tensiones y conflictos. Se trata de tensiones y conflictos que están en gran parte relacionados a la situación religiosa del presente. Más precisamente se trata de tensiones que nacen de la copresencia entre las religiones –en particular entre las religiones monoteístas principales– y la cultura laica dominante en Occidente desde hace un largo tiempo.

Se trata, además, de conflictos entre éstas religiones – hebraísmo, cristianismo e islamismo – que se multiplican en diversas partes del mundo, sin que al menos por ahora, se pueda vislumbrar una solución. Debemos entonces preguntarnos si la confrontación de la guerra (implícita o declarada), es un resultado inevitable, o si, en cambio, es posible encontrar una perspectiva de diálogo y de paz, partiendo del interior de estas mismas religiones, en particular del hebraísmo, del cristianismo y del islamismo.

De hecho, estas religiones que en la historia y en el presente se han confrontado, son las mismas que predicán el amor al prójimo, que prescriben el esforzado empeño por los débiles, que llegan a **contemplar el mismo sacrificio de sí, a favor de los otros hombres.**

Existe, por lo tanto, un evidente contraste entre aquello que se ha establecido y predicado en el seno del hebraísmo, cristianismo e islamismo, y lo que hemos visto y vemos cumplir en el nombre de éstas religiones.

Por lo tanto, son estos los problemas que trataré de afrontar frente a ustedes. Buscaré de hacerlo, desde un punto de vista filosófico. Más precisamente: desde el punto de vista de una filosofía de las religiones, buscando, gracias a la ayuda de esta disciplina, el delinear la posibilidad de un Dios compartido, al cual

---

\* Profesor de Filosofía moral, de Filosofía de la religión y de Ética de la comunicación a la Universidad de Pisa (Italia).

todos los hombres de buena voluntad, en las tres religiones monoteístas, puedan remitirse para realizar la paz.

## 2. EL RETORNO DE LAS RELIGIONES

Ciertamente, volver nuevamente hoy a hablar de religión, puede parecer sorprendente. Sorprendente: porque una de las características de nuestra experiencia actual, es aquella por la cual, queriendo expresarnos con las palabras del teólogo alemán Dietrich Bonhoeffer, en el mundo contemporáneo, nosotros podemos vivir bien *etsi Deus non daretur*, como si Dios no existiera.

Por otra parte, casi en las antípodas de tal situación, las religiones aparecen hoy, no como fenómenos marginales, sino por el contrario han adquirido, como sabemos bien, un rol cada vez más decisivo. De hecho, hoy, ya no se concibe, como hace algún decenio que las creencias religiosas hayan sido definitivamente superadas por la ciencia, por lo que respecta a las explicaciones que ellas puedan dar, y por las ideologías, como visiones del mundo laicas que los hombres, libremente, pueden adoptar. Hoy sabemos en cambio que las religiones han vuelto a ser *motores de la historia*: para el bien y para el mal. Asistiendo a las tragedias, que en muchos, en demasiados casos visualizamos, no es ciertamente el Dios del amor, el que se revela a través de las acciones de aquellos hombres que aún se dicen religiosos.

Es necesario entonces clarificar el rol jugado por las religiones en la fase actual. No solamente en Europa, de hecho, vivimos hoy una experiencia que raramente se había realizado en el pasado. Hoy vivimos la experiencia de una efectiva co-presencia de múltiples cultos de tipo religioso. Aquello que en el pasado estaba separado por las barreras de espacio y de tiempo que habían hecho que una religión determinada se identificara en un territorio particular ahora se encuentra, generalmente, mezclado efectiva o virtualmente, al interior de un mismo ámbito. Catolicismo y confesiones protestantes, cristianismo e islamismo, islamismo y hebraísmo, las diversas tradiciones del budismo y los comportamientos que podemos conducir al área cultural del hinduismo, manifestaciones como aquellas de la New Age: todo ello, y aun más, se presenta a nuestra atención, ofreciendo diferentes soluciones para las variadas exigencias de nuestra existencia.

## 3. ¿QUÉ COSA ES LA RELIGIÓN?

De hecho frente a este variopinto panorama de creencias, ritos, comportamientos debemos preguntarnos por aquello que se entiende, en todos estos casos, por “religión”. ¿Qué cosa es, hablando en un sentido estricto: religión? A tal pregunta, ciertamente, cada uno de nosotros puede dar inicialmente una respuesta que proviene de su experiencia, de la tradición en la cual fue educado. Pero si consideramos con una distancia mayor – con una distancia filosófica –

este problema, nos damos cuenta que dar una respuesta inmediata resulta de todos modos difícil. De hecho nosotros nos interrogamos sobre qué cosa es la religión, pero en realidad nos encontramos frente a una *multiplicidad de religiones* particulares: hebraísmo, cristianismo, islamismo, budismo, hinduismo, etc.

Un discurso sobre la religión debería entonces tener en cuenta toda esta variedad de fenómenos religiosos, debería ante todo probar adentrarse en las singulares especialidades y características por las cuales se distinguen. Y todo ello, aún, requeriría un estudio muy profundo y complejo, que podría realizarse desde varias disciplinas: la historia de las religiones, la psicología de las religiones y todas las otras ciencias de las religiones. Pero lo que estas ciencias nos ofrecen, quizá, no es aquello que buscamos.

Nosotros de hecho preguntándonos qué cosa es la religión, entendemos por el intentar de captar aquello que caracteriza la actitud religiosa en cuanto tal, mas allá de las determinaciones concretas que esta relación puede asumir; queremos definir aquello que la religión en general es, o sea, su *esencia*; buscamos establecer aquello que constituye el *concepto* mismo de religión.

Aún aquí existe un peligro. Ya que haciendo de este modo (definiendo la religión en general, en su esencia o aún en su concepto) nos arriesgamos a mal interpretar, o a dar por supuesto, o a traicionar, aquello que, en la vida del hombre religioso se experimenta de hecho *como religión*. El hombre religioso, en cambio, vive la dimensión en la cual está involucrado y la *practica*. Si por lo tanto, queremos pensar la religión como una cosa de la cual, al interior de un determinado contexto, se hace experiencia, y no, por el contrario, queremos contentarnos con un mero simulacro de religión, estamos entonces obligados a cambiar la pregunta. No debemos preguntarnos más ¿qué cosa es la religión? – una pregunta que por su formulación, requiere que venga definida una vez para siempre la esencia “de lo religioso” - , sino que debemos mejor interrogarnos, considerar la religión como un objeto de indagación, una cosa fijada y definida de una vez y para siempre, sino que en relación a ella es necesario hablar, si se quiere ser fiel a aquello que el hombre religioso vive y experimenta, de una *actitud religiosa*, o mejor de una *relación religiosa*, como una característica predominante de una modalidad específica del vivir humano.

#### 4. LA RELACIÓN RELIGIOSA

Es necesario, por lo tanto, para responder a nuestra pregunta inicial (“¿Qué cosa es la religión?”) precisar en qué consiste, específicamente, la relación religiosa; en este sentido es útil un breve *excursus*. ¿Cuál es, de hecho, el origen del término “religión”? De la palabra latina *religio* ( de donde deriva el vocablo con el cual la religión se designa en las lenguas europeas ) se nos proponen, sobre todo, dos etimologías. Una es la de Cicerón, expresada en el *De natura deorum* (II, 72).

Aquí el termino “*religio*” se relaciona con el verbo *relegere*, ello es al cumplir diligentemente, al practicar, todo aquello que sirve al culto de los dioses. Quien

hace esto, por lo tanto, es un hombre religioso. Esta etimología, en otras palabras, subraya la constante petición que caracteriza a un cierto tipo de acciones, dice por lo tanto, que la religión está relacionada a una determinada praxis cultural y ritual. Tal praxis, se enmarca, se cumple al interior de una dimensión pública. La religión, en otros términos, se presenta como una cosa atinente a la *res publica*.

Pero existe otra etimología que incide aún más fuertemente en nuestra concepción sobre la religión: una etimología que, tres siglos y medio después de Cicerón, propone Lactancio, un escritor cristiano, en las *Divinae institutiones*. En esta obra (IV, 28) el término “*religio*” se hace derivar del verbo *religare*. Ello es, la religión se presenta aquí, como aquella actitud en la cual se opera una ligamen específico: el ligamen (*religamen*) que conecta al hombre con Dios. Y tal ligamen según Lactancio, se califica como un ligamen de *pietas*, ello es, como el respeto y la obediencia que se deben al Dios de las Escrituras, el cual ha mandado a su Hijo para redimirnos. De este modo, el aspecto de la praxis pública, se coloca en un segundo plano, mientras que resultan decisivos el asumir y el mantener el ligamen individual con Dios.

Estas etimologías identifican, por lo tanto, dos aspectos presentes en el ámbito de la relación religiosa: La dimensión pública de la praxis litúrgica y ética, que subraya Cicerón, y el carácter interior de aquel vínculo que a través de la experiencia de la *pietas* une al hombre con Dios. A partir de aquí podemos repensar, en la situación particular de hoy, la experiencia que el hombre religioso está en grado de actuar. Pero esta reconstrucción nos permite, sobre todo, afirmar que el concepto de “religión”, como se comprende comúnmente, es un concepto de origen occidental, un concepto que por lo tanto, no es neutro y que contiene en sí mismo una idea bien determinada de aquello que es considerado religioso.

Por lo tanto, este concepto debe ser aplicado con extrema cautela para otras tradiciones de pensamiento, como por ejemplo las orientales o las africanas, que no tiene una concepción trascendente de lo divino. Y ello es necesario, tanto más si se quiere dialogar con ellos.

## 5. LOS FUNDAMENTALISMOS RELIGIOSOS

Hoy, sin embargo las religiones, sobre todo desde una perspectiva laica, son miradas con sospecha. Cada uno de los significados que podemos recabar del término latino *religio*, tanto del aspecto público de la religión y la privilegiada relación del hombre con su Dios, son miradas con desconfianza. La religión, de hecho, se identifica generalmente con la interpretación fundamentalista de ella. Debemos clarificar, entonces, qué significa esta palabra: fundamentalismo.

Es necesario decir, ante todo, que se debe hablar de “fundamentalismos”, en plural, porque no existe solamente el fundamentalismo islámico, sobre el cual hoy se concentra la atención de los medios masivos de comunicación social. Formas de fundamentalismo están presentes también en el cristianismo. Y,

fundamentalistas son llamados también algunos movimientos religiosos hebreos, y algunos partidos políticos activos hoy en Israel.

Para mayor claridad, es necesario distinguir entonces, dos tipos de fundamentalismos: (1) el fundamentalismo “legalista- literalista” y (2) aquel “carismático-utopista”.

El primero, podemos decir, mira al pasado. La fuente a la cual se remite, para dar un sentido a la propia vida, es un texto sagrado, concebido en sentido literal como “palabra de Dios”. Como tal, este texto no puede ser interpretado, sino solamente acogido. Lo que se presenta bajo la forma de preceptos y de modos de comportamiento, debe ser obedecido. El pasado, gravita en el presente y obliga a la sumisión. El creyente, aquí, es verdadera y literalmente un “sometido”.

La segunda tipología, en cambio, remite a una dimensión escatológica, a un final de los tiempos, en el que se salvarán solamente los verdaderos creyentes. Ella mira, por lo tanto, al futuro. Y en el presente, la garantía del comienzo de la realización de esta escatología es la aparición de una guía, que está llamada a anunciarla, y en virtud de su carisma a transformarse en el anunciante en la comunidad. Se abre, entonces, una dimensión ulterior: pero esta apertura es posible solamente, si se confía, en el presente, en una figura que sea asimilable a la de un profeta.

En realidad, estos dos tipos de fundamentalismo, no se encuentran casi nunca, en su forma pura, sino que se entrelazan entre ellos y con las tradiciones religiosas en las cuales se apoyan. Es común en estos fundamentalismos asumir, implícitamente, una actitud de indiferencia. No debe sorprender esta tesis que ahora presento: también en la base de estos fundamentalismos existe, de hecho, una actitud de indiferencia. Se trata de una indiferencia que se manifiesta no solamente en la confrontación de las variadas experiencias religiosas – todas puestas en el mismo plano en el actual “supermercado de las religiones”- sino también en referencia a aquellos que resultan extraños, “infieles”, y que por lo tanto, pueden ser, sin ningún tipo de problemas, combatidos y destruidos; una indiferencia con relación tanto a los preceptos que se imponen, como en ultimo análisis al mismo Dios que los revela. De hecho, si lo único que cuenta es solamente la obediencia, la adhesión al pie de la letra del texto sagrado, o a las palabras de la guía espiritual, el resto se transforma en algo absolutamente irrelevante: la comprensión de este texto, o de estas palabras, la posibilidad de una relación auténtica con otras culturas y otras religiones, el sentido ultimo de la revelación de Dios al hombre.

## **6. LA LÓGICA DEL FUNDAMENTALISMO**

Pero ¿cómo nacen los fundamentalismos? ¿Cuál es, su génesis? En lo esencial, una respuesta a tales cuestiones, está ya dada, en la simple observación de qué, en los diferentes contextos religiosos, también aquellos que son indudable-

mente aspectos comunes –la creencia en común de algunos libros sagrados, la referencia en común de un único Dios, la exhortación a tener comportamientos dictados por la compasión y el amor– se conciben y viven en modos diversos, y sin embargo, cada uno de estos modos, está considerado como el único, legítimo y adecuado para obtener la solución.

Ello significa que un vía particular, una específica experiencia de lo divino, es asumida en muchos contextos religiosos como válida para todos los hombres y, de este modo, excluye a todos los otros, y termina por olvidar, de hecho, su origen, en un contexto particular. Implícitamente, en fin, se está en la línea de una serie de premisas argumentativas, que es oportuno explicitar:

- [ 1] A una perspectiva religiosa particular se le reconoce una validez universal.
- [ 2] El situarse en un nivel tal de universalidad, mediante la aplicación de diferentes estrategias de confirmación, implica la puesta entre paréntesis de aquella particularidad, que era la propia, de la posición inicial.
- [ 3] En consecuencia, no se tiene ya más nada que ver con una perspectiva religiosa junto a las otras, sino, por el contrario, con la única y verdadera religión.
- [ 4] Es necesario, entonces, establecer y consolidar la identidad de esta religión, definiendo aquello que corresponde y no corresponde a la recta doctrina.
- [ 5] A partir de aquí, la relación con quién no acepta esta única religión, con su identidad bien definida, ya la recta doctrina que la distingue, resulta sujeta a la alternativa de la asimilación o de la destrucción: ello es, entre la posibilidad de convencer y la voluntad de combatir.

Viéndolo bien, he aquí, la raíz del fundamentalismo. Que se revela mas allá de las incluso válidas explicaciones de carácter histórico o sociológico que puedan ser adoptadas, como un elemento ínsito en el modo en el cual las tres religiones monoteístas principales – hebraísmo, cristianismo e islamismo – se conciben así mismas. Se trata, por lo tanto, de una posibilidad que resulta inscrita en la autocomprensión de ellas mismas.

La lógica del fundamentalismo, en otras palabras, es la que privilegia los elementos de exclusión, en lugar de aquellos de convergencia, sobre la base de la convicción que la propia religión particular, es *el único modo correcto y adecuado* de interpretar las relaciones del hombre con Dios, con el mundo, con los otros hombres.

## 7. LAS VÍAS DEL DIÁLOGO RELIGIOSO

Comprender la “lógica” del fundamentalismo es importante, si se quiere abrir la posibilidad de un diálogo entre las religiones. Pero, ¿de qué modo se puede realizar este diálogo, de un modo serio y eficaz? Ciertamente, es posible a este fin, colocarse desde un punto de vista, por así decir, “externo” a los hombres



religiosos, en conflicto o en diálogo entre ellos, y tal vez intentar una síntesis desde una perspectiva ulterior, no más religiosa.

Quizá mirando compatiblemente a aquellos que, en cambio, aún creen y se cuestionan, y según como afronten estos problemas, provocan tensiones y dificultades. Se torna útil, ciertamente, en este caso, el ejercicio de la reflexión crítica, que consiste por ejemplo, el profundizar en torno a aquello que el dogmático o el fundamentalista consideran por descartado.

Es lo que la cultura europea ha hecho, numerosas veces, desde la ilustración a nuestros días. Sin embargo, el situarse desde afuera de la dimensión religiosa, creyendo de este modo poder resolver las tensiones, no es ciertamente una solución eficaz. Esa situación, de hecho, no tiene la fuerza suficiente para convencer al hombre religioso de la parcialidad de sus posicionamientos.

Por lo tanto, la única vía, en este punto, sería aquella de imponer desde el exterior, al hombre religioso, los modos en los cuales él debe comportarse.

O sea: exportar el modelo de la ilustración occidental a otras realidades, con el riesgo de introducir nuevos conflictos.

Existe en cambio otro camino posible. Es necesario actuar, por así decir, desde el interior de cada realidad religiosa, desde su particularidad. Es necesario valorizar todos aquellos elementos, presentes en cada religión, que puedan favorecer la superación de las tensiones y construir el diálogo.

El fundamentalismo, en otras palabras, no puede ser derrotado desde el exterior, sino solamente posicionándose desde el interior de la dimensión religiosa: cuando se elige, el poner en evidencia, entre los hombres religiosos, los elementos que los unen, unos a otros, en vez de los elementos que los separan.

## 8. LO UNO Y LO MÚLTIPLE

Pero, en referencia a este propósito, se debe afrontar un problema decisivo. Si lo quisiéramos expresar en términos teóricos, tendríamos que repensar el ligamen entre la pretensión de *universalidad*, que es propia de cada religión y su incardinación en la *particularidad*, desde donde cada una adquiere sus características. Es necesario, en fin, mantener unidos la unidad del posible principio en común y la multiplicidad que se encarna en lo real y en la historia. De hecho, ya hemos visto, que el fundamentalismo nace cuando el fiel considera que su religión fue desde siempre la religión universal. Aún si históricamente ello no ha sucedido, o no ha sucedido todavía.

Hacia el interior de las tres religiones monoteístas principales en el curso de la historia, este tentativo de vincular particular y universal se ha llevado a cabo siguiendo, sobre todo, *dos recorridos*. Recordar este hecho significa señalar la posibilidad para que el hebraísmo, el cristianismo y el islamismo puedan operar en vistas al diálogo y a la paz. Los dos recorridos a los que me refiero son: la vía

del *uno más allá de lo múltiple*, y la vía del descubrimiento *del uno en lo múltiple*. Consideremos estas vías, muy esquemáticamente.

[ 1] El primero, es un itinerario experimentado numerosas veces en la historia del pensamiento religioso hebreo, cristiano e islámico. El, consiste en el situar el Dios único mas allá de los sentidos, mas allá del lenguaje y de la comprensión del hombre. Lo uno, aquí, trasciende lo múltiple. Y muchos son quienes, en vano, recurren a ello. Se trata de una concepción que, con frecuencia, conduce a evasiones místicas: a individualizar un recorrido de progresivo distanciamiento de lo múltiple, para favorecer la unión inmediata con lo divino. Esta concepción tiene una consecuencia práctica bien precisa, en cuanto se refiere a la relación entre las religiones.

De hecho en la medida en que resultan en comunión, en el tentativo de honrar y alabar al único Dios, lo uno, mas allá de lo múltiple, todas las religiones finalizan por ser ubicadas en el mismo plano. Son diversas, en cambio, solamente cuando resultan diferenciadas por palabras y rituales históricamente determinados. Pero la verdad, en esta perspectiva, trasciende las opiniones singulares. Esta es, la vía recorrida por la mística: la de la mística cristiana, la de la *qabbalah* hebrea, la del sufismo islámico.

[ 2] La segunda posibilidad está ligada en cambio, en el hombre religioso, no ya con la intención de sobrepasar la realidad del mundo, sino en cambio, a vivir en el mundo mismo, como el lugar en el cual encontrar lo divino. Es necesario, por lo tanto, actuar en el mundo, de modo de desvelar su conexión con el Creador, y actuando así, colaborar con su redención. En este cuadro, en el cual la religión significa hacer experiencia *de lo uno, que esta en lo múltiple*, la relación entre las religiones se hace posible desde la consciencia de que la unidad plena resulta, en definitiva, en algo que no existe aún, pero que debe ser realizado a través de la acción del hombre religioso. Parece, por lo tanto, que en esta perspectiva, el pertenecer a una particular confesión religiosa pase a un segundo plano: aquello que importa es reconocer a Dios en sus criaturas y amarlo, porque son criaturas de Dios. Esta es la vía de San Francisco de Asís, de los *chassidim* hebreos: de aquellas personas religiosas que aman y respetan la vida.

En tal modo, aquello que se anuncia al interior de las tres religiones monoteístas – pero estas dos vías, pueden ser encontradas también en el interior de otras tradiciones religiosas como el hinduismo y el budismo – es la posibilidad de un Dios no parcial, no ligado a una determinada tradición histórica, sino *realmente compartido*. En tal dimensión, en la de este Dios compartido, se puede hacer la misma reflexión sobre la unidad y la multiplicidad, sobre lo universal y lo particular en las religiones, deviene capaz de abrirse a aquella dimensión auténticamente política en la cual las personas de buena voluntad, cualquiera sea su credo, se encuentran para actuar. Y sobre este terreno, también todos los hombres, creyentes y no creyentes, puedan verdaderamente encontrarse para colaborar en al construcción de la paz.

## 9. PARTICULARIDAD Y UNIVERSALIDAD DE LAS RELIGIONES

Pero todo esto, aún, no es suficiente. Quizá, con ello nos arriesgamos, solamente, a la formulación de lindos discursos. Debemos profundizar interiormente esta posibilidad de diálogo. Debemos clarificar aquellos que son los términos de la cuestión. Solamente así podemos concluir de manera adecuada nuestra meditación. Preguntémonos entonces: ¿qué cosa significa el término “*universal*”? ¿Existe una idea de universal que esté en grado de legitimar el diálogo y la convivencia entre las diferentes religiones?

Existen, en realidad varios modos de entender el concepto de “universal” y la relación entre particular y universal, que se reflejan en las dos vías que hemos, apenas, presentado.

[ 1] Existe una concepción en la cual lo particular, la propia cultura, viene ya desde siempre, considerada universal, ello es, como una cosa absoluta.

Esta es la concepción de lo universal que tienen los fundamentalismos. En base a ella, la opción del otro está destinada a ser (antes o después) absorbida a la mía: de hecho, solamente yo soy el custodio de la verdadera universalidad. A esta idea, sin embargo, se puede oponer una concepción diferente: aquella por la cual las diferentes vías particulares de las religiones, no se consideran desde siempre universales, pero lo pueden llegar a ser. Cada religión, en suma, puede extenderse a los otros hombres, en la acción de la comunicación y del anuncio de sus principios, sin que, por ello, los otros hombres deban entender este anuncio, o lo deban, por fuerza, acoger.

[ 2] Existe, además, otra idea de “universal”, la idea por la cual cada religión particular es considerada parte de un todo. Un todo que ninguna de ellas, comúnmente, logra plenamente expresar. *God has many names*, como dice el título de un célebre libro de John Hick, pero ninguno de estos nombres es adecuado. Y por lo tanto, ninguna religión particular posee la verdad, sino que solamente tiene una visión parcial de ella. Es la moral de la famosa “fábula de los tres anillos” contenida en el drama *Nathan der Weise* de G.E. Lessing.

Pero la dificultad de esta posición consiste en el hecho de que pocos fieles, de las diferentes religiones, puedan admitir que la perspectiva de ellos es solamente parcial. Las reacciones de los fundamentalismos se refieren también en contra de esta concepción edulcorada de la religión. A esta idea que podemos llamar “extensiva”, de aquello que resulta particular – en la cual, lo repito, lo particular está considerado como parte integrante de un todo – se puede contraponer una “intensiva”. En esta concepción intensiva es propiamente lo particular, la experiencia histórica concreta, la vida singular del fiel, el fragmento, el lugar donde se puede encarnar lo universal, y se puede encarnar gracias al empeño y a la práctica del fiel.

Aquí, en fin, lo universal no está más allá de lo particular, sino que es una de sus interpretaciones. Y de este modo las diferentes religiones son modos en los

cuales, intensivamente, la universalidad de un mensaje de salvación destinado a todos los hombres es vivido y realizado por un hombre singular.

## 10. CONCLUSIÓN

Emergen por lo tanto, aquí, *alternativas bien precisas*: la alternativa entre una concepción en la cual lo particular es *ya, desde siempre universal* y aquella en la cual lo particular *puede transformarse* en universal, a través de la experiencia de vida y del empeño del hombre religioso; la alternativa entre una concepción *extensiva* y una *intensiva* de la relación entre particular y universal.

Respecto a ella, es necesario ser muy claro, para mostrar que *no existe en único sentido de "universal"*, que no existe un único, modo para pensar la relación entre la propia visión particular, considerándola verdadera, y la de los otros.

A partir de aquí es necesario hacer nacer y sostener, al interior de cualquier religión, aquellas concepciones que eligen una versión no exclusiva de lo universal, y que por ello, pueden promover el diálogo, en vez de los conflictos. Y sobre todo, asumiendo esta perspectiva, podemos ahora, creyentes y no creyentes, pensar en la posibilidad de un Dios compartido y, en cada caso, operar para la paz. Cada uno sobre la base de sus elecciones, cada uno sobre la base de sus ideas.

# LA FASE ASCENDENTE DEL PROCESSO DECISIONALE NELLE ORGANIZZAZIONI REGIONALI DI INTEGRAZIONE E IL RUOLO DEI PARLAMENTI NAZIONALI: L'ESPERIENZA DELL'UNIONE EUROPEA E LA PRASSI ITALIANA

*Marcello Di Filippo\**

## SOMMARIO:

1. Considerazioni introduttive sulle caratteristiche del processo decisionale delle organizzazioni regionali e, in particolare, dell'Unione europea. 2. Le soluzioni adottate a livello europeo per agevolare il controllo dei Parlamenti nazionali sui rispettivi governi nell'ambito del processo decisionale europeo. 3. segue: la riserva d'esame parlamentare. 4. Un problema correlato: la trasparenza degli organi intergovernativi. 5. La posizione dell'ordinamento italiano: le esitazioni iniziali. 6. Segue: le novità introdotte dalla legge n. 11/2005 e la prima prassi applicativa. 7. Valutazioni conclusive.

1. Lo studio delle organizzazioni internazionali evidenzia che esistono problematiche comuni e soluzioni differenziate: le prime possono ricorrere con una certa frequenza in ogni organismo costituito da Stati o in tutti quelli appartenenti a una certa categoria, mentre le soluzioni concrete variano da ente ad ente, in ragione delle peculiarità di ciascuno. Pertanto, non appare agevole trasferire da un'organizzazione all'altra determinate formule o accorgimenti, in quanto potrebbero verificarsi "crisi di rigetto", oppure prodursi risultati completamente diversi. Ogni organizzazione, per consolidarsi e produrre risultati soddisfacenti, necessita di un'ingegneria istituzionale dedicata e di formule originali, ritagliate sulle esigenze proprie e dei suoi Stati membri. Nonostante ciò, l'approfondimento di un'esperienza particolarmente significativa nel campo di una determinata cerchia di organizzazioni (quelle regionali di integrazione)

---

\* Professore associato di Diritto internazionale, Università di Pisa (difilippo@ddpsi.unipi.it). Il presente contributo è una rielaborazione di un articolo apparso sulla rivista *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 543 ss.

può fornire alcuni spunti di riflessione nell'ambito del dibattito relativo all'efficacia e al rafforzamento di enti che si ispirano, almeno in parte, proprio a quell'esperienza. Così, questo articolo si propone di focalizzare l'attenzione sull'Unione europea e di evidenziare i termini di un dibattito che potrebbe essere di qualche interesse per gli studiosi del Mercosur o di organizzazioni simili: il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'ambito dell'adozione di decisioni al livello regionale, sia con riguardo all'indirizzo politico che all'emanazione di atti vincolanti.

Spesso indicato con la sintetica espressione di deficit democratico a causa della sensazione diffusa di un'emarginazione dei Parlamenti nazionali a tutto vantaggio dei governi, questo tema impegna da molti anni gli studiosi del processo di integrazione europea. Solo per far riferimento al periodo più recente, preme notare che, a partire dalla Dichiarazione di Laeken del 2001<sup>1</sup>, il dibattito sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea ha conosciuto un rinnovato vigore sul piano dottrinale e politico. La Convenzione incaricata di redigere il testo preliminare di quello che sarebbe stato poi il Trattato costituzionale istituì un gruppo apposito<sup>2</sup>, mentre il testo definitivo di detto Trattato, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, contiene varie disposizioni e un Protocollo dedicati ai Parlamenti nazionali. Le novità ivi ipotizzate sono state rifiute, con qualche ritocco, nel nuovo Trattato di riforma, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, che segna il definitivo accantonamento del Trattato costituzionale e dovrebbe entrare in vigore entro la primavera del 2009, in tempo per le prossime elezioni del Parlamento europeo<sup>3</sup>. In questa sede, non si procederà ad una disamina delle soluzioni elaborate nell'ambito del cantiere istituzionale –peraltro già discusse in dottrina<sup>4</sup>– preferendo rivolgere l'attenzione alle disposizioni e ai meccanismi, attualmente

---

<sup>1</sup> La "Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea" (v. Allegato I alle Conclusioni del Consiglio europeo di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001) può essere considerato il momento iniziale del complesso processo, non ancora concluso, che dovrebbe dotare l'Unione europea di un nuovo assetto istituzionale entro la primavera del 2009. La Dichiarazione menziona al punto II i quesiti concernenti il ruolo dei parlamenti nazionali: "La seconda domanda, anch'essa in tema di legittimità democratica, riguarda il ruolo dei parlamenti nazionali. Debbono essere rappresentati in una nuova istituzione, a fianco del Consiglio e del Parlamento europeo? Debbono svolgere un ruolo nei settori d'intervento europei per i quali il Parlamento europeo non è competente? Debbono concentrarsi sulla ripartizione delle competenze fra Unione e Stati membri, ad esempio mediante una verifica preliminare del rispetto del principio di sussidiarietà?"

<sup>2</sup> Si tratta del Gruppo di lavoro IV sui parlamenti nazionali, il cui mandato è descritto nel doc. CONV 74/02, 30 maggio 2002.

<sup>3</sup> In estrema sintesi, il Trattato costituzionale (il cui processo di ratifica aveva subito una brusca interruzione nella primavera del 2005, in occasione della vittoria dei "no" nei referendum svoltisi in Francia e Paesi Bassi) viene abbandonato in favore di un nuovo Trattato di riforma, che inciderà, sul solco della tradizione degli ultimi trattati di revisione, sul Trattato sull'Unione europea e sul Trattato istitutivo della Comunità europea (destinato a mutare denominazione in "Trattato sul funzionamento dell'Unione"). Per quanto qui interessa, le novità preconizzate nel Trattato costituzionale vengono sostanzialmente riprese nel nuovo Trattato di revisione, con alcune integrazioni tese a rafforzare ulteriormente il ruolo dei Parlamenti nazionali nel controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, nell'applicazione della clausola passerella in tema di diritto di famiglia, nelle procedure di revisione e di adesione di nuovi Stati.

vigenti a livello europeo<sup>5</sup>, che sono finalizzati a coinvolgere i parlamenti nazionali nel circuito decisionale dell'Unione (e in particolare nella c.d. fase ascendente, cioè la fase di formazione degli atti di natura normativa e degli orientamenti politici). Tale approfondimento consentirà di svolgere un esame critico delle novità introdotte nell'ordinamento italiano con la legge n. 11/2005<sup>6</sup> –che ha integralmente sostituito la legge n. 86/1989 (c.d. legge La Pergola) e ha dedicato alcune disposizioni innovative al ruolo del Parlamento nella fase ascendente del processo decisionale europeo– e di formulare alcune valutazioni con riguardo alla più recente prassi applicativa italiana.

L'approccio qui prescelto, consistente nel verificare dapprima i meccanismi europei vigenti e successivamente la reazione dell'ordinamento italiano, muove dalla convinzione che il quadro europeo, pur non brillando per la centralità degli organi parlamentari, contenga già oggi alcuni elementi di flessibilità che, se opportunamente sfruttati, possono consentire al parlamento nazionale di trasformarsi da mero destinatario passivo di scelte maturate altrove a soggetto attivo, insieme ad altri, nel processo di elaborazione degli atti e degli orientamenti più significativi dell'Unione europea.

---

<sup>4</sup> Cfr. F. FERRARO, Il ruolo dei Parlamenti nazionali nella fase ascendente del diritto dell'Unione europea, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 183 ss.; C. Morviducci, Convenzione europea e ruolo dei parlamenti nazionali: le scelte definitive, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 1061 ss.; S. Weatherill, Using National Parliaments to Improve Scrutiny of the Limits of EU Action, in *European Law Review*, 2003, p. 909 ss.; R. Cipriani, F. Monceri, Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel quadro costituzionale europeo, in G. Colombini, F. Nugnes (a cura di), *Istituzioni, Diritti, Economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Pisa, 2004, p. 109 ss.; A. J. Cygan, The Role of National Parliaments in the EU's New Constitutional Order, in T. Tridimas, P. Nebbia (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, Oxford-Portland Oregon, 2004, vol. I, p. 153 ss.; L. S. Rossi, Il "paradosso del metodo intergovernativo". L'equilibrio istituzionale nel progetto di Trattato-Costituzione, in L. S. Rossi (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, 2004, in particolare p. 160 ss.; F. Bruno, La Costituzione europea ed i Parlamenti nazionali, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 620 ss.; U. Villani, Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione europea", in *La Comunità Internazionale*, 2005, p. 643 ss. Per un primo commento ai contenuti del Trattato di riforma firmato a Lisbona, cfr. M. C. Baruffi, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida al Diritto del Sole 24 ore - Diritto comunitario e internazionale*, n. 6/2007, p. 15 ss.; C. Morviducci, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel nuovo Trattato*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 23 ss.; G. Barrett, "The king is dead, long live the king!": the recasting by the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments, in *European Law Review*, 2008, p. 66 ss.

<sup>5</sup> Per comodità, l'aggettivo "europeo" verrà utilizzato cumulativamente con riguardo ai meccanismi decisionali contemplati nel Trattato dell'Unione europea e nel Trattato istitutivo la Comunità europea, dovendosi pertanto intenderlo riferito sia al primo pilastro che al secondo e al terzo pilastro (concernenti rispettivamente la Politica estera e di sicurezza comune e la Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale).

<sup>6</sup> Legge n. 11 del 4 febbraio 2005 ("Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari"), *GURI* n. 37, 15 febbraio 2005.

Preliminarmente, appare utile ricordare alcune caratteristiche essenziali del fenomeno dell'integrazione europea e individuare gli elementi critici dal punto di vista della democraticità dei relativi procedimenti istituzionali.

In primo luogo, l'Unione europea è dotata di significativi poteri decisionali (nel senso ampio del termine) che trovano espressione in atti che, una volta adottati, si impongono all'insieme degli Stati membri, parlamenti nazionali compresi.

Per quanto riguarda, in particolare, gli atti di natura vincolante, le disposizioni relative al processo decisionale conferiscono solitamente all'organo rappresentativo dei Governi (il Consiglio) un ruolo determinante nell'adozione, mentre il ruolo di iniziativa compete alla Commissione europea, organo non eletto dai cittadini né designato direttamente dal Parlamento europeo<sup>7</sup>, o ai singoli governi<sup>8</sup>. Quanto agli organi di natura parlamentare, si ricorderà che i Trattati istitutivi avevano relegato ad un ruolo marginale l'organo rappresentativo dei popoli (il Parlamento europeo)<sup>9</sup> e non avevano riconosciuto alcun rilievo ai parlamenti nazionali. Le numerose modifiche intervenute a seguito dell'Atto Unico europeo, del Trattato sull'Unione europea (in seguito, TUE) e dei Trattati di Amsterdam e di Nizza hanno incrementato il ruolo del Parlamento europeo (grazie soprattutto alle procedure di cooperazione<sup>10</sup>, di parere conforme<sup>11</sup> e di codecisione<sup>12</sup>) per ciò che concerne l'adozione degli atti in numerose materie

---

<sup>7</sup> Si ricorderà che, ai sensi dell'art. 214 TCE, la formazione della Commissione prevede un coinvolgimento del Parlamento europeo, che ha il potere, in un primo momento, di approvare (o disapprovare) la nomina del Presidente della Commissione designato dal Consiglio (riunito nella composizione di Capi di Stato o di Governo) e, successivamente, di approvare (o disapprovare) l'intero collegio dei commissari, alla cui designazione concorrono i governi degli Stati membri e il Presidente *in pectore*. Sebbene non debba essere sottovalutata la rilevanza dell'approvazione parlamentare, siamo ancora lontani da una relazione di fiducia parlamentare in senso stretto.

<sup>8</sup> Ciò avviene essenzialmente nelle materie comprese nel secondo e nel terzo pilastro (cfr. rispettivamente gli articoli 22, par. 1 e 34, par. 2 TUE). Si consideri poi che l'iniziativa per la revisione dei Trattati è riconosciuta, ai sensi dell'art. 48 TUE agli Stati membri, anche singolarmente, e alla Commissione.

<sup>9</sup> La procedura tipica per l'elaborazione degli atti prevedeva la proposta della Commissione, il parere non vincolante del Parlamento europeo, l'adozione da parte del Consiglio (all'unanimità o a maggioranza qualificata, secondo la materia).

<sup>10</sup> Introdotta dall'Atto unico europeo e attualmente regolata dall'art. 252 TCE, contempla un meccanismo di doppia lettura da parte del Parlamento e del Consiglio, nel cui ambito il Parlamento può influenzare le dinamiche decisionali interne al Consiglio, poiché le sue proposte di emendamento, ove accolte dalla Commissione, lasciano al Consiglio tre alternative: approvarle a maggioranza qualificata, disattenderle adottando l'atto all'unanimità, non adottare l'atto.

<sup>11</sup> Questa procedura si differenzia dalla procedura tipica (v. *retro*, nota 10) per il fatto che il parere del Parlamento è vincolante per il Consiglio: pertanto, l'organo intergovernativo ha solo due opzioni (adottare l'atto con i contenuti indicati dal Parlamento, non adottare l'atto).

<sup>12</sup> Introdotta dal TUE e attualmente regolata dall'art. 251 TCE, contempla un meccanismo di doppia lettura da parte del Parlamento e del Consiglio, nel cui ambito le volontà di Parlamento e Consiglio devono coincidere, quasi come se ci trovassimo di fronte a un organo legislativo bicamerale.



regolate dal TCE: il quadro complessivo risulta tuttavia ancora fortemente sbilanciato a favore del Consiglio, sia in significative materie del primo pilastro<sup>13</sup>, sia, in maniera più evidente e generalizzata, nell'ambito del secondo e terzo pilastro<sup>14</sup>. Si consideri, inoltre, che una categoria di atti del primo pilastro (i regolamenti) sono direttamente applicabili negli ordinamenti statali, non consentendo alcuna attività di filtro da parte dei parlamenti. Gli altri atti di portata generale (direttive comunitarie; atti del secondo e del terzo pilastro) sono comunque vincolanti per gli Stati senza bisogno di alcuna ratifica od accettazione a livello parlamentare: l'inerzia rispetto alla doverosa attività di attuazione può

---

<sup>13</sup> Un ulteriore problema, che qui può essere solo accennato, è quello della c.d. comitologia (disciplinata dalla decisione del Consiglio 1999/468/CE, del 28 giugno 1999, recante modalità di esecuzione delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, *GUCE* L 184, 17 luglio 1999, p. 23 ss.), in forza di cui la Commissione riceve la delega a dare attuazione ad atti adottati dal Consiglio o dal Consiglio congiuntamente con il Parlamento europeo, o ad adattare all'evoluzione tecnologica determinati allegati o aspetti di detti atti: tale competenza è subordinata a un controllo (sotto forma di approvazione o di parere) da parte di comitati costituiti da rappresentanti delle amministrazioni nazionali. In argomento, cfr. C. F. BERGSTRÖM, *Comitology. Delegation of Powers in the European Union and the Committee System*, Oxford, 2005, in particolare p. 249 ss.; M. SAVINO, *I comitati nell'Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005, in particolare p. 103 ss.; G. J. BRANDSMA, *Accountability Deficits in European "Comitology" Decision-making*, in *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol. 11 (2007) n° 4 (<http://eiop.or.at/eiop/texte/2007-004a.htm>, reperibile *on line*). Solo recentemente, il Parlamento europeo ha ottenuto una modifica della disciplina della comitologia (cfr. decisione del Consiglio 2006/512/CE, del 17 luglio 2006, che modifica la decisione del Consiglio 1999/468/CE recante modalità di esecuzione delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione *GUUE* L 200, 22 luglio 2006, p. 11 ss.), volta a integrare il controllo del comitato con un propria pronuncia nei casi in cui l'atto di attuazione concerne una materia sottoposta alla procedura di codecisione: in argomento, cfr. G. CAGGIANO, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 505 ss. Sul negletto tema del controllo da parte dei parlamenti nazionali delle posizioni espresse dai rappresentanti nazionali in seno a detti comitati, cfr. il 6° rapporto semestrale del Segretariato della Conferenza degli organi specializzati negli affari comunitari ed europei dei Parlamenti dell'Unione europea (d'ora in avanti, COSAC) relativo a "Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny", adottato nel novembre 2006 (reperibile *on line* sul sito [www.cosac.eu](http://www.cosac.eu)), in particolare p. 24-29.

<sup>14</sup> Per il secondo pilastro, l'art. 21 TUE circoscrive il ruolo del Parlamento europeo a una consultazione non giuridicamente vincolante, ad iniziativa della Presidenza di turno, sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali della politica estera e di sicurezza comune, e all'ottenimento di informazioni, da parte della Presidenza e della Commissione, in merito allo sviluppo della politica estera e di sicurezza dell'Unione: non è prevista una consultazione sui singoli atti in corso di adozione (strategie comuni, azioni comuni, posizioni comuni, decisioni). Per il terzo pilastro, l'art. 39 TUE prevede che il Consiglio debba richiedere un parere al Parlamento europeo prima di adottare decisioni quadro, decisioni o testi di convenzioni (restando escluse dalla consultazione le posizioni comuni): detto parere non è vincolante per il Consiglio. Si noti che le decisioni quadro vengono impiegate per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, sia con riguardo alla definizione degli elementi minimi di taluni reati e il relativo regime sanzionatorio, sia per quanto concerne la realizzazione di meccanismi avanzati di cooperazione giudiziaria, quali il mutuo riconoscimento delle decisioni (si pensi al mandato di arresto e consegna).

rivelarsi del tutto inefficace e comportare conseguenze negative per lo Stato considerato<sup>15</sup>.

Con riguardo alla determinazione dell'indirizzo politico, è il Consiglio europeo – organo espressione degli Stati membri (in sostanza, dei rispettivi governi) e, seppur in misura ridotta, della Commissione<sup>16</sup> – che definisce gli orientamenti generali dell'Unione e traccia le linee essenziali relative al suo sviluppo (incluse questioni “costituzionali” quali la revisione dei trattati istitutivi e l'adesione di nuovi Stati)<sup>17</sup>.

L'impostazione del processo decisionale europeo comporta pertanto che gli organi intergovernativi rivestano tuttora un ruolo di primario rilievo e che la posizione dei singoli Stati all'interno del Consiglio e del Consiglio europeo risulti espressa da un esponente di un organo (l'esecutivo e/o il Capo dello Stato nelle forme di governo di impostazione presidenziale) che sul piano interno non è normalmente titolare di una competenza esclusiva con riguardo alla materia oggetto dell'atto in corso di elaborazione. Difatti, sul piano interno, le competenze normative appartengono in via principale all'organo parlamentare, mentre quelle di indirizzo politico sono normalmente condivise tra Governo e Parlamento, o tra Capo dello Stato e Parlamento. Quand'anche il diritto costituzionale statale preveda una competenza normativa in capo all'esecutivo, questa risulta pur sempre condizionabile dall'attività legislativa e di indirizzo politico del Parlamento.

Si pongono pertanto due questioni. In primo luogo si può parlare di deficit democratico dell'Unione europea, nelle situazioni in cui il Parlamento europeo non giochi un ruolo decisivo, in quanto non risulta applicabile la procedura di codecisione o del parere conforme. Ciò avviene innanzitutto per la determinazione, in termini generali, dell'indirizzo politico dell'Unione<sup>18</sup>. Quanto all'adozione di atti vincolanti per gli Stati, pare opportuno precisare che un deficit democratico è ravvisabile solo quando il ruolo marginale del Parlamento europeo (in quanto limitato a fornire un semplice parere non vincolante<sup>19</sup> o addirittura ad essere informato solo sugli sviluppi di massima di una determinata politica<sup>20</sup>) concerne

---

<sup>15</sup> Le disposizioni delle direttive, in caso di mancata o difettosa attuazione, possono trovare applicazione da parte dei giudici nazionali, ove dotate di un contenuto chiaro e incondizionato, con contestuale disapplicazione delle norme nazionali difformi. Inoltre, la mancata attuazione di atti vincolanti può far sorgere una responsabilità extracontrattuale per lo Stato e determinare l'avvio di una procedura di infrazione per il primo pilastro, mentre nel secondo e nel terzo pilastro possono essere attivati meccanismi di pressione diplomatica sullo Stato considerato.

<sup>16</sup> E esso è composto dai Capi di Stato o di Governo degli Stati membri (affiancati dai rispettivi Ministri degli affari esteri) e dal Presidente della Commissione (affiancato da un altro membro della Commissione).

<sup>17</sup> Cfr. l'art. 4 TUE.

<sup>18</sup> Tale dimensione risulta spesso trascurata nelle analisi del c.d. deficit democratico.

<sup>19</sup> Alcune materie del primo pilastro, nonché le materie oggetto del terzo pilastro.

<sup>20</sup> Si pensi agli atti adottati nel secondo pilastro.

una materia rispetto a cui l'adozione di atti vincolanti sul piano interno spetterebbe ai parlamenti nazionali. La precisazione non è superflua: preme sottolineare che alcune competenze comunitarie (ma il ragionamento vale in termini più generali per le attività dell'Unione nel suo complesso) non danno origine a norme in senso stretto, risolvendosi in atti di portata non vincolante o in misure di incentivazione, mentre in certe materie si tratta di argomenti di natura tecnica, che raramente sono oggetto negli Stati membri di una regolamentazione di rango legislativo<sup>21</sup>.

In secondo luogo, si profila un problema di rappresentatività della posizione espressa dal singolo esponente governativo in seno al Consiglio o al Consiglio europeo: dal punto di vista dell'ordinamento interno, l'assetto configurato dai Trattati istitutivi rischia di alterare in profondità i tratti caratteristici delle strutture costituzionali statali –soprattutto di quelle ispirate al modello della democrazia parlamentare<sup>22</sup>– ove non vengano predisposti accorgimenti idonei ad assicurare che la suddetta posizione recepisca gli orientamenti espressi dalle assemblee parlamentari o sia comunque da queste conosciuta e condivisa. Con riguardo a questo profilo, piuttosto che l'espressione, talvolta abusata, di “deficit democratico”, sembra più appropriata quella di “deficit rappresentativo”<sup>23</sup>; inoltre, l'incidenza di questo fenomeno si atteggia variamente in funzione dell'assetto della forma di governo del singolo Stato<sup>24</sup>, in proporzione maggiore di quanto non accada per il deficit democratico propriamente detto.

Tali problematiche risultano peraltro acuite dal progressivo ampliamento da parte delle istituzioni europee delle proprie competenze (operato soprattutto grazie a basi giuridiche c.d. “orizzontali”<sup>25</sup> e alla clausola di chiusura sui c.d. poteri sussidiari<sup>26</sup>, tanto da sollevare dubbi circa l'effettiva rilevanza del principio di attribuzione all'interno dell'UE e da indurre alcune corti costituzionali

---

<sup>21</sup> Per una considerazione analoga, v. già U. Villani, *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitarie*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992, p. 599 ss., in particolare p. 602.

<sup>22</sup> Si noti che nel gruppo degli Stati membri il modello presidenziale è stato per lungo tempo rappresentato dalla sola Francia: con i cambiamenti prodottisi dopo la caduta del muro di Berlino e le adesioni degli ultimi anni, tuttavia, il numero dei paesi membri dell'Unione europea che si ispirano al presidenzialismo (o alla variante “francese” del semipresidenzialismo) è significativamente aumentato. In argomento, cfr., tra gli altri, S. Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993; L. Pegoraro, A. Rinella (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997, p. 219 ss.; G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998; P. Lavaux, *Destins du présidentielisme*, Paris, 2002.

<sup>23</sup> Come autorevolmente suggerito da L. Violante, *Raccordo legislativo fra Unione europea e Parlamenti nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, p. 725 ss., in particolare p. 726.

<sup>24</sup> È noto come le forme di governo parlamentari e presidenziali presentino numerose varianti.

<sup>25</sup> Cfr. in particolare gli articoli 47 e 95 TCE, relativi all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno.

<sup>26</sup> Cfr. art. 308 TCE.

statali<sup>27</sup> a sollevare perplessità circa la conformità alla rispettiva legge fondamentale della sottrazione “strisciante” di competenze a scapito (soprattutto) del parlamento nazionale e ad attribuire rilievo primario ad una rigorosa applicazione dei principi che regolano l’attribuzione e l’esercizio delle competenze europee e che trovano formale riconoscimento nell’art. 5 TCE<sup>28</sup>.

A fronte delle tematiche ora delineate, è tempo di approfondire lo stato dell’arte a livello europeo con riguardo ai margini di intervento dei parlamenti nazionali sui rispettivi governi, per poi passare a studiare le soluzioni elaborate nell’ordinamento e nella prassi parlamentare italiana.

*2. Come anticipato, i meccanismi di elaborazione di atti normativi e dell’indirizzo politico dell’UE privilegiano gli esecutivi nazionali. Non è un caso, pertanto, che in vari Stati membri siano state elaborate procedure apposite, le quali mirano a realizzare con varie modalità un controllo del Parlamento sulle posizioni assunte dal rappresentante statale in seno al Consiglio<sup>29</sup>. La soluzione più comune consiste nell’istituzione di organi parlamentari permanenti (solitamente, commissioni parlamentari) specializzati in affari comunitari o europei, che operano un controllo di massima sugli sviluppi del processo di integrazione e interagiscono sia col Governo che con le commissioni parlamentari*

---

<sup>27</sup> Per la Germania, cfr. sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Maastricht, 12 ottobre 1993, 2 BvR 2142 e 2 BvR 2159/92, in *BVerfGE*, 89, 174, tradotta in italiano in *Giur. cost.*, 1994, p. 677 ss. Per la Danimarca, cfr. sentenza della Corte suprema del 6 aprile 1998, *Carlsen e a. c. Primo Ministro*, riprodotta parzialmente in O. Due, *The Danish Ratification of the Maastricht Treaty Before the Danish Supreme Court*, in M. Dony (sous la direction de), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. I, Bruxelles, 1999, p. 313 ss. (v. anche K. Høeg, *The Danish Maastricht Judgment*, in *European Law Review*, 1999, p. 80 ss.).

<sup>28</sup> Si consideri che le istituzioni politiche dell’Unione europea, una volta raggiunto il consenso circa la necessità e opportunità di una determinata iniziativa, non appaiono eccessivamente zelanti nel verificare il rispetto di detti principi e che la Corte di giustizia raramente ha annullato atti sulla base della violazione dell’art. 5 TCE, in ragione della formulazione ampia delle basi giuridiche pertinenti, delle difficoltà a condurre un sindacato giurisdizionale sulle valutazioni politiche sottostanti e della sua attitudine a interpretare in chiave dinamica e funzionale il processo di integrazione e il proprio stesso ruolo di protagonista del suo sviluppo. Di qui, l’attenzione nel Trattato costituzionale e nel Trattato di riforma verso la definizione di meccanismi politici di verifica del rispetto del principio di sussidiarietà e del ricorso all’art. 308 TCE, che prevedono un sistema di *early warning* in cui sono coinvolti i parlamenti nazionali: per una disamina di tali meccanismi, v. gli Autori citati alla nota xxx.

<sup>29</sup> Si tratta di una tendenza comune a tutti gli Stati membri, che si è evidenziata sulla fine degli anni ottanta (a seguito del processo di completamento del mercato unico) e si è rafforzata in vista e a seguito del processo di ratifica del Trattato di Maastricht. Preme sottolineare che gli ordinamenti di molti degli Stati che hanno recentemente aderito all’Unione europea hanno introdotto meccanismi di coinvolgimento dei parlamenti nella fase ascendente: cfr. i richiami contenuti in K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, London, 2005, II ed., p. 527; nonché la sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 12 gennaio 2005, n. K 24/04, disponibile in polacco e in una traduzione inglese sul sito internet del Tribunale (<http://www.trybunal.gov.pl>).

*specializzate per materia: le regole e la prassi applicativa variano da Stato a Stato, in ragione delle peculiarità costituzionali, politiche e culturali*<sup>30</sup>.

La diffusa convinzione circa l'utilità di un monitoraggio parlamentare sull'attività normativa delle istituzioni europee e sul ruolo dei rispettivi governi ha inoltre indotto a sperimentare forme di cooperazione interparlamentare di diversa natura: tra questa, merita particolare menzione la Conferenza degli organi specializzati negli affari comunitari ed europei dei Parlamenti dell'Unione europea (d'ora in avanti, COSAC), riunitasi per la prima volta a Parigi nel novembre del 1989 e gradualmente affermatasi come la forma più stabile e credibile di raccordo tra i parlamenti nazionali<sup>31</sup>, tanto da ricevere un formale riconoscimento nel Trattato di Maastricht, prima, e nel Trattato di Amsterdam, poi<sup>32</sup>.

Parallelamente, l'esigenza sopra menzionata ha trovato una parziale eco in occasione delle conferenze di revisione dei Trattati istitutivi, in quanto si è fatta largo la consapevolezza che l'introduzione di taluni correttivi al processo decisionale europeo presenti delle ricadute positive sull'efficacia delle soluzioni approntabili a livello nazionale. In tale prospettiva, il Trattato di Maastricht e il Trattato di Amsterdam hanno rappresentato una svolta nel complessivo atteggiamento dell'ordinamento europeo nei confronti dei delicati rapporti tra gli esecutivi e i parlamenti.

La Dichiarazione n. 13 allegata al TUE segna la presa d'atto dell'importanza di un maggiore coinvolgimento di questi nelle attività dell'Unione, invitando i governi a vigilare affinché i parlamenti nazionali possano disporre delle proposte legislative della Commissione in tempo utile per la loro informazione o per un eventuale esame. I timidi propositi espressi in detta Dichiarazione si sono col tempo trasformati in istanze largamente condivise all'interno dell'Unione, cosicché il Trattato di Amsterdam include un Protocollo (il n. 9, allegato al TUE e ai

---

<sup>30</sup> Un'utile panoramica è svolta nel 3° rapporto semestrale del Segretariato della COSAC relativo a "Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny", adottato nel maggio 2005, pp. 10-76, e nell'8° rapporto semestrale, adottato nell'ottobre 2007, pp. 7-19 (entrambi reperibili sul sito [www.cosac.eu](http://www.cosac.eu)); v. altresì C. Storini, *La difficile parlamentarizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 257 ss. Meno recenti, ma ugualmente significativi, restano gli studi di C. Sasse, *The Control of the National Parliaments of the Nine over European Affairs*, in A. Cassese (ed.), *Parliamentary Control over Foreign Policy*, Alphen aan den Rijn, 1980, p. 137 ss.; A. Cassese (ed.), *Parliamentary Foreign Affairs Committees. The National Setting*, Padova-New York, 1982; P. Norton (ed.), *National Parliaments and the European Union*, London, 1996; J. Rideau (sous la direction de), *Les États membres de l'Union européenne. Adaptations - Mutations - Résistances*, Paris, 1997; A. J. Cygan, *The United Kingdom Parliament and European Union Legislation*, The Hague, 1998; J. L. Sauron, *Droit communautaire et décision nationale*, Paris, 1998; A. Maurer, W. Wessels (eds.), *National Parliaments on Their Ways to Europe: Losers or Latecomers?*, Baden Baden, 2001.

<sup>31</sup> In argomento, cfr. tra gli altri, C. Storini, *op. cit.*, p. 259 ss.

<sup>32</sup> Il Protocollo di Amsterdam sul ruolo dei parlamenti nazionali dedica la parte II alla COSAC, prevedendo che essa possa fornire contributi al procedimento legislativo, su propria iniziativa o dietro sollecitazione dei rappresentanti dei governi: tali contributi, tuttavia, non vincolano né le istituzioni europee né i parlamenti nazionali.

Trattati che istituiscono le Comunità europee), dedicato al “ruolo dei Parlamenti nazionali nell’Unione europea”. Nel Preambolo di tale Protocollo, le parti contraenti tengono a ricordare che “il controllo dei singoli Parlamenti nazionali sui rispettivi governi relativamente alle attività dell’Unione è una questione disciplinata dall’ordinamento costituzionale e dalla prassi costituzionale propri di ciascuno Stato membro”. È significativo notare, poi, che le disposizioni in esso contenute si rivolgono principalmente alle istituzioni europee, evitando di formulare prescrizioni rigide riguardanti il piano interno.

L’art. 1 impone alla Commissione di trasmettere tempestivamente ai parlamenti nazionali tutti i documenti di consultazione da essa redatti (Libri verdi, Libri bianchi, comunicazioni). L’art. 2 stabilisce che le proposte legislative (nel senso specificato dal regolamento interno del Consiglio, su cui *infra*) siano messe a disposizione dei governi degli Stati membri in tempo utile onde permettere loro di accertarsi che i parlamenti nazionali possano debitamente riceverle: la formulazione della disposizione, non proprio lineare, evidenzia la definizione di un obbligo per la Commissione e di un obbligo, complementare a questo ma molto sfumato, per i Governi.

L’art. 3 specifica poi che un periodo di sei settimane “intercorre” tra la data in cui la Commissione mette a disposizione del Parlamento europeo e del Consiglio una proposta legislativa o una proposta relativa ad una misura da adottare nel terzo pilastro e la data in cui questa viene iscritta all’ordine del giorno del Consiglio ai fini di una decisione, per l’adozione di un atto o per l’adozione di una posizione comune nel contesto della procedura di codecisione o di cooperazione: sono comunque fatte salve le eccezioni dettate da motivi di urgenza, le cui motivazioni devono essere riportate nell’atto o nella posizione comune. In considerazione delle funzioni che svolge, sarà la Presidenza di turno del Consiglio a garantire l’osservanza di tale termine. Malgrado la formulazione sembri sottendere la natura vincolante di tale adempimento, non appare certo quali siano le conseguenze giuridiche di una sua eventuale violazione. La circostanza stessa che il requisito temporale descritto possa essere derogato per motivi di urgenza, debitamente motivati, evidenzia come difficilmente si possa affermare che, dal punto di vista del Protocollo, siamo di fronte a una “forma sostanziale” la cui violazione potrebbe giustificare un sindacato di legittimità<sup>33</sup>, ove tale mezzo giurisdizionale sia invocabile<sup>34</sup>. Anche volendo considerare tale adempimento un elemento essenziale nell’ambito della procedura di adozione di un atto, per concepire un vizio di legittimità dovrebbe ipotizzarsi una situazione limite – fuori

---

<sup>33</sup> Si ricorderà che i vizi di legittimità degli atti comunitari (*ex art.* 230, par. 2) e degli atti del terzo pilastro (giusto l’art. 35, par. 6 TUE) sono incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, sviamento di potere.

<sup>34</sup> Attraverso un ricorso diretto alla Corte di giustizia (cfr. art. 230 TCE e art. 35, par. 6 TUE) o un rinvio pregiudiziale sulla validità (cfr. art. 234, par. 1, lett. b TCE e art. 35, par. 1 TUE).

dall'ambito della procedura di codecisione o da quella di cooperazione<sup>35</sup>— caratterizzata dalla fissazione del calendario in deroga al termine di sei settimane senza motivazione, o con motivazione palesemente incongruente, e che porti, in assenza di riserve di esame parlamentare (su cui, v. *infra*, par. 3), all'adozione definitiva dell'atto senza offrire alcuna possibilità ai parlamenti nazionali di procedere ad un esame delle proposte e di rivolgere gli opportuni atti di indirizzo al rispettivo governo.

Oltre a quanto rilevato, deve notarsi che il Protocollo omette di menzionare una serie di documenti o informazioni, il cui rilievo giuridico o politico è tutt'altro che trascurabile: l'agenda e i principali documenti preparatori delle riunioni del Consiglio europeo; i passaggi della procedura di codecisione successivi alla prima lettura da parte del Consiglio<sup>36</sup>; le iniziative adottate nell'ambito del c.d. secondo pilastro (Politica estera e di sicurezza comune) e le iniziative degli Stati membri nel contesto del terzo pilastro<sup>37</sup>.

Più in generale, può essere ravvisato un rischio di intempestività dei parlamenti nazionali, laddove la riunione del Consiglio si risolve nel mero recepimento di un compromesso o accordo politico raggiunto in precedenza nell'ambito del COREPER o di gruppi di lavoro costituiti in seno al Consiglio<sup>38</sup>. Tale rischio è aggravato dall'eventualità che il governo non sia sollecito nell'inoltrare i documenti ricevuti<sup>39</sup>: in ragione di ciò, merita particolare

---

<sup>35</sup> In tali procedure, gli adempimenti previi alla discussione in sede di Consiglio sono tali per cui è praticamente impossibile che l'organo intergovernativo si pronunciasse con una posizione comune entro sei settimane dalla presentazione della proposta, dato che gli articoli 251-252 TCE esigono che venga previamente acquisito un parere del Parlamento europeo: l'esistenza di tale passaggio parlamentare rende puramente teorica una violazione del Protocollo sui parlamenti nazionali. Per la procedura di codecisione, poi, anche una concreta violazione del termine di sei settimane non determinerebbe di per sé l'adozione dell'atto, se non nel caso eccezionale in cui il Consiglio accolga *in toto* gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo (art. 251 TCE, par. 2, 2° cpv., primo trattino) o nel caso in cui il Parlamento europeo accolga successivamente la posizione comune del Consiglio, evitando così ai rappresentanti dei governi di pronunciarsi nuovamente in sede di Consiglio e di tener presente, eventualmente, le osservazioni nel frattempo giunte dai propri parlamenti.

<sup>36</sup> Significativamente, è stato fatto notare come la procedura di codecisione, nel rafforzare il ruolo del Parlamento europeo, rischi di emarginare i parlamenti nazionali giacché il Protocollo citato non si preoccupa di assicurare la trasmissione delle modifiche proposte dal Parlamento europeo (e dalla Commissione), su cui il Consiglio deve pronunciarsi: così A. J. Cygan, *The Role*, cit., pp. 158-159.

<sup>37</sup> Per i primi cinque anni di applicazione del Trattato di Amsterdam, un'analogha carenza si poteva registrare con riguardo alle proposte di atti presentate dai singoli governi nell'ambito delle materie comprese nel Titolo IV del Trattato CE (visti, asilo, immigrazione, diritto internazionale privato e processuale).

<sup>38</sup> Volgendo l'attenzione al Trattato costituzionale, preme rilevare come esso abbia confermato le scelte fatte ad Amsterdam, introducendo qualche miglioria: è direttamente la Commissione a trasmettere i propri documenti ai parlamenti nazionali, unitamente ad ogni iniziativa proveniente da Stati membri o altre istituzioni; è stato precisato che nelle sei settimane i governi non possono formalizzare alcun accordo, nemmeno in seno a gruppi di lavoro o al COREPER, per evitare che i parlamenti nazionali si trovino di fronte a un fatto compiuto.

<sup>39</sup> Cfr. i riferimenti a tale fenomeno operati da C. Storini, *op. cit.*, pp. 267-268.

apprezzamento l'iniziativa "unilaterale" della Commissione, annunciata in una Comunicazione al Consiglio europeo del maggio 2006<sup>40</sup> e positivamente accolta dal Consiglio europeo del 15 e 16 giugno 2006<sup>41</sup>, di trasmettere direttamente ai parlamenti nazionali le proprie proposte e i propri documenti di consultazione, invitandoli a formulare commenti. La prima prassi applicativa evidenzia che tale collegamento diretto è in funzione dal 1° settembre 2006 e che la Commissione ha avviato un dialogo con i parlamenti nazionali in merito alle loro osservazioni<sup>42</sup>.

**3.** Un meccanismo complementare all'attività di informazione è rappresentato dall'istituto della "riserva di esame parlamentare", affermatosi in via di prassi in seno al Consiglio, in forza del quale un governo può chiedere il rinvio dell'adozione di un atto o di una posizione comune se sullo stesso ritiene opportuno ricevere un avallo dal proprio parlamento, con procedure e modalità definite a livello statale: tale possibilità viene sfruttata sia nel caso in cui il parlamento nazionale stia ancora esaminando la proposta originaria, sia nel caso in cui l'accordo maturato in seno al Consiglio determini novità significative rispetto alla proposta originaria su cui il parlamento nazionale si era espresso.

Preme evidenziare come tale istituto – ampiamente utilizzato da alcuni Stati membri (talora oggetto di apposita disciplina interna), più sporadicamente da altri<sup>43</sup> – non trovi formale riconoscimento nei Trattati istitutivi o nel regolamento interno del Consiglio<sup>44</sup>: ad oggi, può sostenersi che sia oggetto di intese politiche tra i componenti del Consiglio, recepite dalla Presidenza di turno che di volta in volta posticipa la votazione formale di un atto o di una posizione comune. Va da

---

<sup>40</sup> "Un'agenda dei cittadini per un'Europa dei risultati", doc. COM (2006) 211 del 10.5.2006, p. 10.

<sup>41</sup> Al punto 37 delle Conclusioni si legge che il Consiglio europeo "accoglie con favore l'impegno della Commissione a mettere direttamente a disposizione dei parlamenti nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche. La Commissione è invitata a prendere in debita considerazione le osservazioni dei parlamenti nazionali, in particolare per quanto riguarda i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali sono incoraggiati a rafforzare la cooperazione nel quadro della Conferenza delle commissioni per gli affari europei (COSAC) all'atto del monitoraggio della sussidiarietà".

<sup>42</sup> Cfr. il 6° rapporto semestrale del Segretariato della COSAC relativo a "*Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*", adottato nel novembre 2006 (reperibile sul sito [www.cosac.eu](http://www.cosac.eu)), in particolare pp. 11-18; nonché il 7° rapporto semestrale, adottato nel maggio 2007 (reperibile sul sito [www.cosac.eu](http://www.cosac.eu)), in particolare pp. 15-20.

<sup>43</sup> Cfr. A. J. Cygan, *The Role*, cit., p. 150, nota 24. V. altresì l'ampia panoramica contenuta nel 3° rapporto semestrale del Segretariato della COSAC relativo a "*Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*", adottato nel maggio 2005 (reperibile sul sito [www.cosac.eu](http://www.cosac.eu)), in particolare pp. 10-15 e l'allegato.

<sup>44</sup> Nell'ambito dei lavori della Convenzione incaricata di redigere il testo preliminare del Trattato costituzionale, la proposta di fornire una base giuridica a tale istituto non ha avuto seguito: cfr. doc. CONV 353/02, 22.10.2002, par. 20. In argomento, v. *amplius* A. J. Cygan, *The Role*, cit., pp. 159-162.



sé che la formulazione di una riserva da parte di un singolo Stato membro risulti fortemente condizionante laddove il Consiglio debba pronunciarsi all'unanimità: tuttavia, anche nei casi in cui il sistema di voto è quello della maggioranza qualificata, la dinamica dei lavori dell'istituzione evidenzia come la riserva di un solo governo trovi generalmente considerazione da parte della Presidenza di turno e degli altri governi.

Nella misura in cui il circuito parlamento-governo funzioni correttamente, la riserva di esame parlamentare può rappresentare uno strumento particolarmente utile per valorizzare il ruolo dei parlamenti nazionali, nel rispetto delle peculiarità costituzionali di ogni Stato membro e senza complicare eccessivamente il procedimento decisionale europeo<sup>45</sup>.

Dunque, negli ultimi anni sono stati adottati alcuni accorgimenti per consentire un maggiore coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Il flusso di documentazione che giunge direttamente dal livello europeo è ormai cospicuo, pur se non completo: nulla vieta tuttavia che gli ordinamenti nazionali impongano al governo di trasmettere la documentazione ricevuta (e non compresa nei "flussi ordinari") e di informare il parlamento nazionale circa ogni iniziativa o sviluppo rilevante dal punto di vista della predisposizione normativa o della formazione dell'indirizzo politico dell'Unione su temi di primario interesse. Parimenti, la metodologia di lavoro del Consiglio consente a un governo di richiedere una pausa di riflessione per coordinarsi col proprio parlamento.

Di più, gli stessi parlamenti nazionali hanno oggi la possibilità di accedere direttamente a un'ampia documentazione resa disponibile dalle istituzioni europee, senza dover attendere i propri governi: questo sviluppo è oggetto del prossimo paragrafo.

4. Risulta pacifico che, quand'anche sul piano interno fossero predisposti elaborati meccanismi di concertazione e verifica tra governo e parlamento, questi risulterebbero privi di efficacia pratica ove non fosse possibile controllare che la condotta dichiarata o richiesta corrisponda al contegno realmente tenuto dall'esponente governativo. Per questo motivo appare necessario dedicare l'attenzione al tema della trasparenza dei lavori degli organi intergovernativi (Consiglio, Consiglio europeo, COREPER, comitati e gruppi di lavoro)<sup>46</sup>, pur nella consapevolezza che essa presenta implicazioni più ampie rispetto al ruolo dei parlamenti nazionali, attenendo al rapporto tra organi dotati di pubblici poteri e ogni soggetto interessato, singoli cittadini in testa.

---

<sup>45</sup> Il rilievo della funzione di scrutinio parlamentare è sottolineata con particolare enfasi da A. J. Cygan, *The Role*, cit., pp. 156-162.

<sup>46</sup> Tale esigenza è stata opportunamente segnalata da alcuni Autori: cfr., per esempio, F. Ferraro, *op. cit.*, p. 186.

Detta esigenza –per lungo tempo negletta, in nome dell’interesse a mantenere le condizioni ideali per il raggiungimento del compromesso tra i rappresentanti governativi– ha trovato ufficiale riconoscimento nell’ambito del TUE, pur se nell’ambito di una cauta Dichiarazione (la n. 17 “sul diritto di accesso all’informazione”<sup>47</sup>). Ciò che qui interessa è che le affermazioni di principio ivi espresse hanno trovato positivo riscontro in una modifica del regolamento interno del Consiglio, operata nel 1993<sup>48</sup> e volta ad introdurre disposizioni in tema di pubblicità delle sedute e delle votazioni. La portata di tali cambiamenti appariva alquanto modesta, in quanto la regola generale della pubblicità risultava affiancata da ampie eccezioni e, inoltre, non toccava gli altri organi intergovernativi. Di lì a poco, il Trattato di Amsterdam ha affrontato la tematica della trasparenza e dell’accesso ai documenti detenuti dalle istituzioni in una prospettiva nuova e indubbiamente più soddisfacente. Per quanto riguarda il Consiglio, l’art. 207 del Trattato CE, così come modificato, prevede al par. 3 che “il Consiglio definisce i casi in cui si deve considerare che esso deliberi in qualità di legislatore onde consentire, in tali casi, un maggiore accesso ai documenti, preservando nel contempo l’efficacia del processo decisionale. *In ogni caso, quando il Consiglio delibera in qualità di legislatore, i risultati delle votazioni, le dichiarazioni di voto e le dichiarazioni a verbale sono resi pubblici*” (corsivo aggiunto)<sup>49</sup>.

Per quanto riguarda l’accesso a tali documenti e ad ogni altro documento concernente l’esercizio di tale funzione legislativa, occorre menzionare il regolamento sull’accesso del pubblico ai documenti, adottato nel 2001<sup>50</sup> (in cui è previsto che Consiglio, Commissione e Parlamento europeo rendano accessibili sotto forma elettronica o attraverso un registro pubblico tutti i documenti formati o ricevuti da altri organi<sup>51</sup>) e le disposizioni della versione vigente del Regolamento

---

<sup>47</sup> In essa la Conferenza intergovernativa raccomandava alla Commissione di presentare al Consiglio una relazione su misure intese ad accrescere l’accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni, nella convinzione che la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico di queste.

<sup>48</sup> Decisione del Consiglio 93/662/CE del 6 dicembre 1993 relativa all’adozione del suo regolamento interno, *GUCE* L 304, 10 dicembre 1993, p. 1 ss., *sub* art. 6 e art. 7, par. 5.

<sup>49</sup> Ai sensi dell’art. 7 del Regolamento interno del Consiglio (la versione attualmente vigente è stata adottata con decisione n. 2006/683/CE del 15 settembre 2006, *GUUE* L 285, 16 ottobre 2006, p. 47 ss.), questa istituzione “agisce in qualità di legislatore a norma dell’articolo 207, paragrafo 3, secondo comma, del trattato CE, quando adotta norme giuridicamente vincolanti negli o per gli Stati membri, per mezzo di regolamenti, di direttive, di decisioni quadro o di decisioni sulla base delle pertinenti disposizioni dei trattati, ad esclusione delle deliberazioni che danno luogo all’adozione di provvedimenti di carattere interno, di atti amministrativi o di bilancio, di atti riguardanti le relazioni interistituzionali o internazionali o di atti non vincolanti (quali conclusioni, raccomandazioni o risoluzioni)”.

<sup>50</sup> Regolamento CE) del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 1049/2001, del 30 maggio 2001, relativo all’accesso del pubblico dei documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, *GUCE* L 145, 31 maggio 2001, p. 43 ss.

<sup>51</sup> Cfr. l’art. 12 del regolamento (CE) n. 1049/2001, nonché le eccezioni contemplate negli artt. 4 e 9.

interno del Consiglio (e segnatamente l'Allegato II), che assicurano la pubblicazione in linea di un'ampia gamma di documenti trattati dal Consiglio e dal COREPER nell'ambito delle procedure legislative, inclusi gli ordini del giorno delle riunioni<sup>52</sup>.

Rimane il problema di rendere pubbliche le riunioni degli organi intergovernativi. Sul punto, il Consiglio europeo discute e adotta i propri orientamenti a porte chiuse, così come il COREPER, i comitati e i gruppi di lavoro. Per quanto concerne il Consiglio, la pubblicità delle riunioni è stata introdotta con una certa gradualità: l'ultima versione del regolamento interno –adottata dietro sollecitazione della COSAC<sup>53</sup>, del Mediatore europeo e del Parlamento europeo<sup>54</sup> e su impulso del Consiglio europeo del 15-16 giugno 2006<sup>55</sup>– contempla l'apertura al pubblico delle deliberazioni su atti sottoposti alla codecisione, in maniera pressoché generalizzata<sup>56</sup>, e delle prime deliberazioni su atti governati da altre procedure quando questi siano importanti<sup>57</sup>. Mancano ad oggi le riunioni intermedie che non sfociano in votazioni e le riunioni del COREPER: di più, i relativi comunicati stampa, che offrono un resoconto delle riunioni, sono alquanto succinti.

Da quanto sinora rilevato emerge che, nel complesso, il tema della trasparenza sembra ormai impostato su basi più soddisfacenti rispetto al passato e che i parlamenti nazionali hanno ampie possibilità di monitorare direttamente l'evoluzione dei lavori del Consiglio e del COREPER. Pur se taluni miglioramenti a livello europeo sono concepibili, non deve sfuggire che un elemento decisivo per l'effettivo coinvolgimento dei parlamenti nazionali –anche alla luce di quanto emerso nel paragrafo precedente– consiste nello sviluppo da parte di questi di un rapporto più intenso con i rispettivi governi, che potrebbe articolarsi, da parte dell'esecutivo, in una condivisione più stretta delle strategie negoziali e nell'aggiornamento sull'andamento delle discussioni negli organi intergovernativi, a cui affiancare, da parte del parlamento nazionale, una accresciuta "reattività"

---

<sup>52</sup> Cfr. in particolare gli articoli 10-11 dell'Allegato II.

<sup>53</sup> Cfr. il contributo della XXXIV Conferenza, trasmesso il 20 ottobre 2005 alla Presidenza del Consiglio e pubblicato in *GUUE* C 322, 17 dicembre 2005, p. 1 ss.

<sup>54</sup> Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 4 aprile 2006 sulla pubblicità delle riunioni del Consiglio in qualità di legislatore, doc. T6-0121/2006.

<sup>55</sup> Cfr. l'Allegato I delle Conclusioni, intitolato "Una politica globale sulla trasparenza".

<sup>56</sup> L'art. 8, par. 1 del Regolamento interno, cit., così recita: "a) l'eventuale presentazione, da parte della Commissione, delle sue proposte legislative e la successiva deliberazione in seno al Consiglio sono aperte al pubblico; b) la votazione su tali atti legislativi è aperta al pubblico, come pure le deliberazioni finali del Consiglio che precedono tale votazione e le relative dichiarazioni di voto; c) tutte le altre deliberazioni del Consiglio su tali atti legislativi sono aperte al pubblico, salvo diversa decisione del Consiglio o del COREPER, a seconda dei casi, riguardo ad una determinata deliberazione".

<sup>57</sup> Da una lettura combinata dall'Allegato I alle Conclusioni del Consiglio europeo del 15-16 giugno 2006 e dell'art. 8, par. 2 del Regolamento interno del Consiglio si evince che l'importanza è presunta quando la Commissione presenta oralmente la proposta, mentre in altri casi è la Presidenza che la ravvisa, salvo diversa decisione del Consiglio o del COREPER.

e specializzazione nella trattazione delle questioni europee: questa dimensione, tuttavia, sfugge alle possibilità di regolamentazione del diritto europeo e richiede di essere calata nella specifica dimensione nazionale. Questa considerazione conduce naturalmente alla seconda parte dell'indagine, focalizzata sull'evoluzione degli strumenti e delle regole adottate nell'ordinamento italiano.

*Prima di procedere, appare utile una puntualizzazione. Le peculiarità del circuito istituzionale europeo impongono di considerare che un'adeguata tutela degli interessi nazionali di uno Stato può essere utilmente condotta dal governo solo ove esso possieda un certo margine di manovra: infatti, l'esecutivo deve poter adattare le strategie negoziali all'andamento delle discussioni ed essere in grado di modulare la propria posizione su singoli dossier alla luce di intese di più ampia portata che possono parallelamente determinarsi su altre questioni, siano o no strettamente connesse con lo specifico tema su cui il parlamento abbia espresso un indirizzo. Appare pertanto inopportuno configurare l'eventuale orientamento parlamentare come un diktat che preclude al governo i necessari adattamenti: in tale prospettiva, non deve sorprendere che, tra gli Stati membri che più hanno dedicato attenzione a questo tema, solo l'ordinamento danese contempra una figura rigida di "mandato a negoziare" conferito al governo<sup>58</sup>.*

5. La disamina appena svolta dei meccanismi operanti a livello europeo evidenzia l'esistenza di un quadro di riferimento entro cui possono inserirsi misure elaborate a livello nazionale, sia nella legislazione (ordinaria o costituzionale) che nei regolamenti parlamentari: non vi è dubbio che, se ancora dei miglioramenti sono possibili, il diritto dell'UE offre agli ordinamenti nazionali un contesto entro il quale collocare quelle soluzioni tecniche che appaiono maggiormente consone con la struttura costituzionale di riferimento.

Occorre ora verificare come l'ordinamento italiano abbia fatto uso di tale margine di manovra al fine di predisporre gli strumenti necessari a creare un migliore raccordo nella fase ascendente tra il Governo, da una parte, e il Parlamento, dall'altra.

Si deve in primo luogo richiamare rapidamente la situazione precedente l'adozione della legge n. 11/2005. Vale la pena ricordare che per un lungo periodo la questione è stata rimessa esclusivamente all'autonomia regolamentare delle

---

<sup>58</sup> Tale particolarità si spiega alla luce del peculiare assetto dei rapporti tra Governo e Parlamento (sono frequenti gli esecutivi di minoranza) e della posizione alquanto critica della Danimarca verso il processo di integrazione e il suo sviluppo (si vedano i protocolli relativi a materie quali la moneta unica e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia). Altri Stati (Austria, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Svezia, Ungheria) presentano modelli di mandato a negoziare, che riconoscono tuttavia un certo margine di manovra all'esecutivo: v. le indicazioni contenute nel 3° rapporto semestrale del Segretariato della COSAC relativo a "Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny", cit., pp. 12-14.

Camere<sup>59</sup>. Solo dopo circa trent'anni di esperienza comunitaria il legislatore italiano si è risolto ad adottare misure finalizzate a creare un raccordo tra il governo e il parlamento nella fase ascendente, dai contenuti alquanto blandi: l'art. 9 legge n. 183/1987 (c.d. legge Fabbri)<sup>60</sup> obbligava il Governo a comunicare alle Camere e alle Regioni i progetti di regolamenti, raccomandazioni (da intendersi quelle emanate dalle istituzioni della CECA<sup>61</sup>) e direttive, senza peraltro che venisse specificato un termine per tale adempimento e che fosse definito il ruolo che una posizione assunta dalle competenti commissioni parlamentari o dalle assemblee potesse svolgere nei confronti del Governo (parlandosi di semplici osservazioni)<sup>62</sup>.

La legge n. 400/1988 impose al Presidente del Consiglio di fornire alle Camere una tempestiva comunicazione circa i procedimenti normativi in corso nelle Comunità europee e sulle iniziative e posizioni assunte dal Governo nelle specifiche materie (art. 5, 3° comma, lett. a): la logica era quella del resoconto, non certamente quella della ricerca di un'intesa con il Parlamento circa le posizioni da assumere a livello europeo.

La legge n. 86/1989 (c.d. legge La Pergola) cercò di affrontare il problema con maggiori pretese di sistematicità, ma deluse quanto ad efficacia degli strumenti di raccordo così introdotti. Quanto ai rapporti col Parlamento, l'art. 7 richiedeva che il Governo presentasse alle Camere una relazione semestrale sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario, in cui fossero esposti i principi e le linee caratterizzanti della politica italiana nei lavori preparatori all'emanazione degli atti normativi comunitari e, in particolare, gli indirizzi del Governo su ciascuna politica comunitaria, sui gruppi di atti normativi riguardanti la stessa materia e su singoli atti normativi che rivestono rilievo di politica generale. Nella prassi, detta relazione è stata presentata senza la dovuta regolarità e per lo più con notevole ritardo, cosicché si è ridotta spesso ad un mero consuntivo, inidoneo a fornire la base per un dibattito volto all'orientamento dell'attività governativa.

---

<sup>59</sup> Per una trattazione delle soluzioni adottate e delle problematiche irrisolte dal punto di vista dell'esigenza del recupero delle funzioni di compartecipazione e controllo parlamentare, cfr. le puntuali osservazioni di G. Gaja, *Per un controllo parlamentare dell'attività normativa delle Comunità europee*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 111 ss.; Id., *Proposta di riforma della Giunta per gli affari europei del Senato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1977, p. 398 ss.; A. M. Calamia, C. Morviducci, *Istituzione di un Ministero per gli affari comunitari?*, ivi, p. 822 ss.; C. Morviducci, *Il Parlamento italiano e le Comunità europee*, Milano, 1979, in particolare p. 137 ss.; Id., *La politica comunitaria e il ruolo svolto dalle Commissioni Affari Esteri e dalla Giunta per gli Affari delle Comunità europee*, in A. Cassese (a cura di), *Parlamento e politica estera*, Padova, 1982, p. 129 ss.; N. Ronzitti, *Elezioni a suffragio universale del Parlamento europeo e controllo democratico del processo di integrazione europea*, in Centro Nazione di Prevenzione e Difesa Sociale (a cura di), *Parlamento europeo, forze politiche e diritti dei cittadini*, Milano, 1979, p. 29 ss., in particolare p. 54 ss.

<sup>60</sup> Tale disposizione verrà abrogata dalla legge n. 128/1998, «legge comunitaria 1995-1997», su cui *infra*.

<sup>61</sup> Per tale conclusione e per una critica della genericità del dettato normativo, cfr. A. Tizzano, *Sull'attuazione della normativa comunitaria in Italia: la legge 183/87*, in *Foro italiano*, 1988, IV, p. 219 ss.

<sup>62</sup> Aspetti che hanno inciso sulla capacità delle Camere di fornire un contributo effettivo.

Maggiormente attente (per lo meno sulla carta) si sono dimostrate le assemblee parlamentari, dal momento che nello stesso periodo in cui fu approvata la legge La Pergola (nel 1988 il Senato, nel 1990 la Camera) modificarono i propri regolamenti, con l'evidente intenzione di rafforzare il ruolo del Parlamento nella fase preparatoria degli atti comunitari e nella fase della loro esecuzione nell'ordinamento interno<sup>63</sup>. Gli artt. 142 e 144 del Regolamento del Senato e gli artt. 126 bis e 127 del Regolamento della Camera, così come novellati, riconoscevano alle Commissioni permanenti e, rispettivamente, alla Giunta per gli affari delle Comunità europee e alla Commissione per le politiche comunitarie<sup>64</sup> la facoltà di approvare atti di indirizzo destinati al Governo in relazione alla discussione di progetti di atti comunitari o più in generale all'assunzione di iniziative sul piano comunitario.

A fronte di questa cornice normativa, si ebbero nel 1998 due distinti interventi legislativi, a breve distanza l'uno dall'altro, entrambi finalizzati a rafforzare il ruolo del Parlamento nella fase ascendente, senza tuttavia il necessario coordinamento<sup>65</sup>. L'ultimo passaggio rilevante che precede la legge n. 11/2005 e che può essere qui ricordato è rappresentato dalla legge comunitaria per il 2000 (legge n. 422/2000<sup>66</sup>) che abroga le due disposizioni ora ricordate e inserisce nella

<sup>63</sup> Cfr. V. LIPPOLIS, *Il Parlamento nazional-comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 1991, p. 319 ss., in particolare p. 331 ss.

<sup>64</sup> Il regolamento della Camera è stato ulteriormente modificato nel 1996, al fine di trasformare la Commissione per le politiche dell'Unione europea in una vera e propria Commissione permanente (la XIV). Nel 2003 la Giunta del Senato è stata trasformata in 14<sup>a</sup> Commissione permanente sulle Politiche dell'Unione europea (v. artt. 22-23 Regolamento).

<sup>65</sup> L'art. 14 legge n. 128 del 24 aprile 1998 (*GURI* 104, 7 maggio 1998, s.o.) disponeva, al 1° comma, che "i progetti degli atti normativi e di indirizzo di competenza degli organi dell'Unione europea o delle Comunità europee, nonché gli atti preordinati alla formulazione degli stessi, e le loro modificazioni, sono comunicati, contestualmente alla loro ricezione, alle Camere per l'assegnazione alle Commissioni parlamentari competenti (...), indicando la data presunta per la loro discussione o adozione da parte degli organi predetti". Quanto al ruolo riconosciuto alle Camere in seguito alla comunicazione dei documenti sopra menzionati, il 2° comma dell'art. 14 prevede che le Camere si vedono espressamente attribuita la facoltà di adottare atti di indirizzo nei confronti del Governo. Preme ricordare che non si tratta di una novità assoluta, atteso che i regolamenti parlamentari, come sopra evidenziato, già riconoscevano la facoltà di approvare atti di indirizzo destinati al Governo in relazione alla discussione di progetti di atti comunitari. La legge n. 209 del 16.6.1998 (*GURI* 155, 6 luglio 1998, s.o.), di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del Trattato di Amsterdam, contiene una disposizione di adattamento ordinaria (art. 3) che richiede al Governo di assicurare che siano messi a disposizione delle Camere tutti i documenti di consultazione redatti dalla Commissione, le proposte legislative da questa presentate e le proposte relative alle misure da adottare ai sensi del Titolo VI del Trattato UE. La norma aggiunge che le Camere possono formulare osservazioni e adottare ogni opportuno atto di indirizzo al Governo "nei termini previsti dalle norme comunitarie". Perplessità circa l'idoneità della successione di interventi normativi ora ricordati sono espresse da R. Adam, *Il ruolo dell'Italia nei negoziati relativi all'elaborazione delle convenzioni e degli atti comunitari di armonizzazione*, in AA.VV., *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea (Atti del Convegno di Studi di Alghero, 5-6 ottobre 2001)*, Torino, 2004, p. 47 ss., in particolare p. 60.

<sup>66</sup> Legge n. 422 del 29.12.2000, *GURI* 16 del 20.1.2001, s.o.

legge La Pergola una disciplina unitaria in merito al ruolo del Parlamento (nonché delle Regioni) nella fase ascendente<sup>67</sup>.

Si può pertanto concludere che il quadro normativo concernente l'intervento delle Camere nella c.d. fase ascendente —quale risulta dalla più recente legge comunitaria— ha registrato un'accumulazione di novità, che sono tutte riconducibili a un modello di scrutinio parlamentare preventivo, focalizzato sulla fase iniziale delle procedure di carattere legislativo e sulle deliberazioni del Consiglio. Non viene dedicata una particolare attenzione al prosieguo delle procedure, né alle attività del Consiglio europeo o dei comitati e gruppi di lavoro del Consiglio: pur se appare irrealistico auspicare un controllo costante e minuzioso del Parlamento sulle attività svolte dal Governo a livello europeo, l'esperienza di altri paesi mostra come sarebbe concepibile un'attività di condivisione da parte dell'esecutivo delle strategie negoziali e di aggiornamento sulle evoluzioni, secondo un approccio qualitativo che veda il Parlamento coinvolto su temi particolarmente rilevanti. Parimenti, non è richiesta al Governo un'attività di informazione qualificata, che accompagni la semplice trasmissione di documenti o di calendari di riunioni, né è disciplinata in alcun modo la riserva di esame parlamentare. L'intensità del controllo del Parlamento assume poi le forme dell'indirizzo politico (e non quelle più stringenti del mandato a negoziare, tipico dell'esperienza danese

---

<sup>67</sup> Così dispone l'art. 6:

“1. Alla legge 9 marzo 1989, n. 86, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo l'articolo 1 è inserito il seguente:

‘Art. 1-bis (*Trasmissione al Parlamento e alle regioni dei progetti di atti comunitari*). – 1. I progetti degli atti normativi e di indirizzo degli organi dell'Unione europea e delle Comunità europee, nonché gli atti preordinati alla formulazione degli stessi, e le loro modificazioni, sono trasmessi, contestualmente alla loro ricezione, alle Camere per l'assegnazione alle Commissioni parlamentari competenti, nonché alle regioni anche a statuto speciale e alle province autonome, dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Ministro competente per le politiche comunitarie, indicando la data presunta per la loro discussione o adozione da parte degli organi predetti.

2. Tra i progetti e gli atti di cui al comma 1 sono ricompresi anche quelli relativi alle misure previste dal Titolo VI del Trattato sull'Unione europea, ratificato ai sensi della legge 3 novembre 1992, n. 454, nonché quelli di cui al Titolo V dello stesso Trattato volti alla definizione della politica estera e di sicurezza comune.

3. Le Commissioni parlamentari competenti formulano osservazioni e adottano ogni opportuno atto di indirizzo al Governo. Le regioni e le province autonome possono inviare al Governo osservazioni.

4. Qualora le osservazioni e gli atti di indirizzo parlamentare di cui al comma 3 non siano pervenuti al Governo in tempo utile entro la data presunta indicata o comunque, se diversa, entro il giorno precedente quella di effettiva discussione, il Governo può procedere alle attività di propria competenza per la formazione dei relativi atti dell'Unione europea e delle Comunità europee;

b) all'articolo 9, comma 2-bis, le parole: ‘Le leggi’ sono sostituite dalle seguenti: ‘I provvedimenti’ e le parole: ‘di ciascuna legge’ sono sostituite dalle seguenti: ‘di ciascun provvedimento’.

2. Sono abrogati l'articolo 14 della legge 24 aprile 1998, n. 128, e l'articolo 3 della legge 16 giugno 1998, n. 209”.

e di altri Stati membri), dando vita a una prassi molto scarsa di coinvolgimento delle assemblee rappresentative, come rilevato da alcuni osservatori<sup>68</sup>.

6. In assenza di indicazioni provenienti dal livello costituzionale<sup>69</sup>, è necessario ora volgere l'attenzione alla recente legge n. 11/2005<sup>70</sup>, che ha sostituito la legge La Pergola e ha tentato di affrontare con pretesa di sistematicità il tema dei rapporti tra il Parlamento e il governo in materia di Unione europea.

La disposizione di maggiore interesse per la presente indagine è senza dubbio l'art. 3, significativamente intitolato "Partecipazione del Parlamento al processo di formazione delle decisioni comunitarie e dell'Unione europea".

Quanto alla trasmissione di documenti (che deve avvenire contestualmente alla loro ricezione), sono menzionati i progetti di atti comunitari e dell'Unione europea, nonché gli atti preordinati alla formulazione degli stessi, e le loro modificazioni, con l'indicazione della data presunta per la loro discussione o adozione<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> In passato il Parlamento non ha dedicato molta attenzione agli affari comunitari e la dottrina non ha mancato di sottolineare come si sia trattato di un problema di volontà politica, prima ancora che di strumentario giuridico: cfr. C. Morviducci, *La politica comunitaria*, cit., pp. 162-163; M. L. Mazzoni Honorati, *La "partecipazione" parlamentare al processo normativo europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, p. 27 ss.; A. Giroto, *Parlamenti e diritto comunitario: gli atti di indirizzo politico in Italia e in Francia*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 577 ss.; G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari-Roma, 2003, IV ed., p. 23.

<sup>69</sup> La legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del Titolo V (*GURI* n. 248, 24 ottobre 2001) si occupa del ruolo delle Regioni e delle Province autonome nella fase ascendente (v. l'art. 117 Cost, 5° comma, come novellato) ma tace sul coinvolgimento del Parlamento. Una limitata attenzione al tema in esame è ravvisabile nel Progetto elaborato dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali nel 1997: l'art. 115, 1° comma del Progetto si limitava a stabilire che le Camere concorrono a definire gli indirizzi di politica europea e che, a tal fine, il Governo le informa periodicamente in merito ai procedimenti di formazione delle norme e degli atti comunitari. La previsione appariva alquanto generica e inidonea a conferire al Parlamento un ruolo incisivo nella fase formativa degli atti comunitari: nello stesso senso, cfr. U. Allegretti, P. Caretti, *Riforma costituzionale, globalizzazione, "treaty-making power" e partecipazione italiana al processo di integrazione europea*, in *Diritto pubblico*, 1997, p. 649 ss., in particolare p. 672 s.; C. Curti Gialdino, *Unione europea e trattati internazionali nelle riforme costituzionali della Bicamerale*, Milano, 1998, p. 47 ss.

<sup>70</sup> Per un commento, v. E. Cannizzaro, *La riforma della «legge La Pergola» e le competenze di Stato e Regioni nei processi di formazione e di attuazione di norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 153 ss.; M. Cartabia, L. Violini, *Le norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. Commento alla legge 4 febbraio 2005, n. 11*, in *Le Regioni*, 2005, p. 475 ss.; G. Contaldi, *La disciplina della partecipazione italiana ai processi normativi comunitari alla luce della riforma della legge "La Pergola"*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 515 ss.; F. Pocar, *Con l'abrogazione della legge La Pergola maggior peso alla fase ascendente*, in *Guida al diritto del Sole 24 ore*, n. 9, 5 marzo 2005, p. 32 ss.; S. Vuoto, *La nuova disciplina della partecipazione italiana al processo di formazione e di attuazione del diritto comunitario*, in S. Panizza, R. Romboli (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa, 2006, p. 379 ss.

<sup>71</sup> Stranamente, il 2° comma include tra gli atti di cui al 1° comma "i documenti di consultazione, quali libri verdi, libri bianchi e comunicazioni, predisposti dalla Commissione delle Comunità europee": alla luce del Trattato di Amsterdam, non si comprende la reiterazione di una siffatta duplicazione, già avvenuta con la legge n. 209/1998 (cfr. *retro*, nota 66).



Tali documenti devono essere accompagnati, ai sensi del 3° comma, da un'informazione qualificata e tempestiva, che deve essere costantemente aggiornata. A prima vista, non appare chiaro in cosa debbano consistere tali informazioni accessorie: un'indicazione può essere ricavata *a contrario* dal fatto che altre parti della disposizione si occupano di alcuni obblighi di natura informativa, che pertanto dovrebbero essere esclusi dal 3° comma. Così, il 7° comma della disposizione in esame si riferisce ad una relazione tecnica che può essere eventualmente richiesta al Governo (che dia conto dello stato dei negoziati, delle eventuali osservazioni espresse da soggetti già consultati nonché dell'impatto sull'ordinamento, sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese), il 5° comma prevede che, su richiesta delle Camere, il Governo riferisca ai competenti organi parlamentari prima delle riunioni del Consiglio circa l'orientamento che intende assumere e il 6° comma prevede l'obbligo per il Governo di riferire circa l'esito delle riunioni del Consiglio entro quindici giorni dal loro svolgimento. Si può allora ritenere che l'informazione qualificata di cui al 3° comma debba riguardare il contesto in cui è maturata l'iniziativa. Adottando tale chiave di lettura, si ha tuttavia la sensazione che l'apporto della disposizione sia esiguo (senza contare che già le proposte della Commissione europea spiegano abbondantemente il contesto e la *ratio* dell'iniziativa), tanto da far pensare che non vi sia stato un perfetto coordinamento delle varie parti dell'articolo: di più, la qualità del controllo dovrebbe far sì che di norma (e non solo su richiesta del Parlamento) il Governo accompagni i documenti con una relazione sull'impatto sugli interessi nazionali e un'indicazione circa la posizione che appare ad essa conforme e su cui chiede l'avallo parlamentare<sup>72</sup>. Questa considerazione è rafforzata dalla circostanza che ora la Commissione europea invia direttamente al Parlamento le proprie proposte: è allora necessario che il Governo faccia propria un'interpretazione ampia del citato 3° comma e apporti un reale valore aggiunto, elaborando di propria iniziativa appositi promemoria.

In un'ottica di maggior trasparenza, appare condivisibile che il Governo sia chiamato dal 4° comma ad informare tempestivamente i competenti organi parlamentari sulle proposte e sulle materie che risultano inserite all'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio dei ministri dell'Unione europea: ciò consente al Parlamento di avere un quadro aggiornato della tempistica delle procedure europee. Nella stessa direzione si muove il 6° comma, nel sancire che l'esecutivo debba riferire semestralmente alle Camere illustrando i temi di maggiore

---

<sup>72</sup> In passato, tale esigenza era stata manifestata dalla XIV Commissione della Camera, che aveva approvato in data 13 febbraio 2002 una risoluzione (n. 8/00006, Conti) che impegnava il Governo ad assicurare che la trasmissione delle proposte di atti comunitari fosse corredata da relazioni tecniche che dessero conto dello stato del negoziato e delle eventuali osservazioni già espresse dagli altri soggetti consultati e che contengano altresì un'analisi dell'impatto sul diritto interno e sulla realtà socio-economica italiana: cfr. Camera dei Deputati, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 13.2.2002, 174-175.

<sup>73</sup> L'aspetto positivo della novità è segnalato pure da M. Cartabia. L. Violini, *op. cit.*, 490.

interesse decisi o in discussione in ambito comunitario: un approccio qualitativo e selettivo delle questioni appare viepiù necessario, onde evitare che le linee portanti dell'azione governativa risultino poco visibili da parte del Parlamento.

Di sicuro interesse è altresì l'attenzione rivolta all'attività del Consiglio europeo<sup>73</sup>: il 5° comma dispone che il Governo, prima dello svolgimento delle riunioni del Consiglio europeo, riferisca alle Camere, illustrando la posizione che intende assumere, mentre il 6° comma obbliga l'esecutivo a riferire entro 15 giorni sull'esito della riunione. Appare criticabile l'esclusione della possibilità di adottare atti di indirizzo sulle riunioni del Consiglio europeo, considerato che in quella sede vengono spesso prese decisioni fondamentali (tra cui quelle relative ai processi di revisione istituzionale o di ampliamento dell'Unione a nuovi Stati membri): sarebbe forse stato opportuno conferire espressamente al Parlamento una capacità di orientamento più ampia, pur se non si può sottacere che l'organizzazione dei lavori parlamentari potrebbe ovviare alla parzialità della disciplina legislativa. Un rapido riferimento alla prassi recente consente di svolgere alcune osservazioni critiche. L'attività di informazione sulle riunioni del Consiglio europeo è stata svolta con la formula delle Comunicazioni del Governo<sup>74</sup> o delle audizioni informali<sup>75</sup> alle commissioni riunite affari esteri e politiche dell'UE di entrambe le Camere: in tali occasioni, si è svolto un dibattito, conclusosi senza l'adozione di alcun atto di indirizzo. Desta qualche perplessità la circostanza che tali confronti parlamentari siano avvenuti il giorno precedente la riunione del Consiglio europeo<sup>76</sup>. Ciononostante, i lavori parlamentari hanno lasciato intravedere talune potenzialità, pur se non mancano motivi di insoddisfazione: infatti, mentre sono state sperimentatesoluzioni non previste dalla legge n. 11/2005 per elaborare orientamenti politici per l'esecutivo<sup>77</sup>, è mancata nuovamente la necessaria tempestività<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> V. Commissioni riunite III e XIV Camera dei Deputati e 3<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> Senato della Repubblica, seduta del 13 dicembre 2006, con riferimento al Consiglio europeo del 14-15 dicembre 2006; seduta del 20 giugno 2007, con riferimento al Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007.

<sup>75</sup> V. Commissioni riunite III e XIV Camera dei Deputati e 3<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> Senato della Repubblica, seduta del 7 marzo 2007, con riferimento alla definizione dei contenuti della dichiarazione relativa alle celebrazioni del cinquantennio della firma dei Trattati di Roma, da adottarsi in occasione della riunione informale dei Capi di Stato o di Governo, tenutasi a Berlino il 24 e il 25 marzo 2007: la Dichiarazione è stata firmata il 25 marzo dalla Presidenza di turno del Consiglio, dal Presidente della Commissione e dal Presidente del Parlamento europeo.

<sup>76</sup> Diverso il caso dell'audizione informale in vista del vertice di Berlino del 24-25 marzo 2007, avvenuta il 7 marzo.

<sup>77</sup> Con riguardo al menzionato vertice di Berlino del 24-25 marzo 2007, la 14<sup>a</sup> commissione permanente del Senato ha inserito alcuni orientamenti nella Risoluzione sul programma legislativo della Commissione europea per il 2007 e sul programma di 18 mesi delle Presidenze tedesca, portoghese e slovena del Consiglio UE (doc. XVIII n. 2, approvato il 7 marzo 2007): il 14 marzo 2007 l'Assemblea ha approvato la Risoluzione (cfr. resoconto sommario della seduta n. 124, XI). In vista del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, decisivo per il dibattito sul futuro dell'UE, alla Camera alcuni deputati hanno presentato l'11 giugno 2007 mozioni di indirizzo aventi ad oggetto proprio l'atteggiamento del Governo italiano nell'ambito del Consiglio europeo di giugno 2007: cfr. le mozioni n. 1-00179 (Ranieri e a.), n. 1-00178 (Migliore e a.), n. 1-00181 (Tana De Zulueta e a.). Al Senato,

Volendo sintetizzare, i flussi informativi e le possibilità di dialogo sono ormai impressionanti dal punto di vista quantitativo. A nostro avviso, quello che occorre è che siano privilegiati aspetti qualitativi: da un lato, il Governo dovrebbe accompagnare sempre i documenti trasmessi con note sintetiche che richiamano l'attenzione sugli aspetti salienti; dall'altro, il Parlamento deve organizzare un meccanismo tempestivo di *screening* iniziale dei vari *dossier*, in modo tale da concentrare l'attenzione sugli argomenti più rilevanti per gli interessi nazionali e da essere in grado di seguire il relativo processo decisionale nei suoi sviluppi<sup>79</sup>, e prestare maggiore attenzione alla tempestività delle proprie iniziative.

Il 7° comma ricalca le disposizioni previgenti, nel prevedere che sui progetti e sugli atti di cui ai commi 1 e 2 i competenti organi parlamentari possono formulare osservazioni e adottare ogni opportuno atto di indirizzo al Governo. Piuttosto, la novità sta nel fatto che il controllo politico sul Governo risulta rafforzato dall'obbligo di riferire dopo le riunioni del Consiglio e dalla possibilità per il Parlamento di accedere direttamente a documenti messi a disposizione dalle istituzioni europee<sup>80</sup>.

Molto interessante si rivela altresì l'inclusione nel nostro ordinamento di una regolamentazione, contenuta nell'art. 4, della riserva di esame parlamentare. Non mancano tuttavia le perplessità, sia sul piano del dettato normativo, che sul versante della prima prassi applicativa. La disposizione merita di essere riportata per intero:

---

l'esame in Commissione della Relazione sulla partecipazione dell'Italia all'UE per l'anno 2006 è stato sfruttato per individuare talune linee di indirizzo da suggerire all'Assemblea in vista del menzionato Consiglio europeo (cfr. la Relazione della 14<sup>a</sup> commissione permanente, doc. LXXXVII n. 2-A, comunicata alla Presidenza del Senato l'11 giugno 2007, 14-15). In un contesto differente dall'imminenza di un Consiglio europeo (la discussione della proposta della Commissione europea sul VII Programma Quadro di attività comunitaria di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione per il periodo 2007-2013 e delle relative implicazioni per la ricerca sulle cellule staminali embrionali), l'opposizione parlamentare ha impiegato strumenti regolamentari non contemplati dalla legge n. 11/2005 per provocare un dibattito e un voto in Assemblea al Senato: sulla vicenda, cfr. la puntuale ricostruzione di R. Di Cesare, *Prime applicazioni delle nuove regole sulla partecipazione del Parlamento alla formazione degli atti comunitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 799 ss.

<sup>78</sup> Si consideri che per la Camera l'approvazione delle mozioni citate è avvenuta il giorno stesso in cui cominciava la riunione del Consiglio europeo (cfr. il resoconto della seduta n. 174 del 21 giugno 2007), mentre per il Senato il calendario è stato organizzato in maniera tale che la discussione della Relazione annuale menzionata è stata fissata per il 3 marzo 2007 insieme al disegno di legge comunitaria per il 2007 (cfr. ordine del giorno della seduta n. 181), nonostante un'esplicita richiesta di anticipazione avanzata dal Sen. Zanone in data 19 giugno 2007 (cfr. resoconto stenografico della seduta n. 170, 4 e 6). Nuovamente, la "preparazione" del vertice di Berlino è stata più efficace, dato che il Senato si è pronunciato con dieci giorni di anticipo.

<sup>79</sup> Appare senza dubbio interessante la soluzione adottata recentemente dalla 14<sup>a</sup> Commissione permanente del Senato, che ha istituito un'apposita sottocommissione con l'incarico di monitorare l'attività delle Istituzioni europee e di selezionare i *dossier* legislativi più rilevanti: cfr. la Relazione della 14<sup>a</sup> Commissione permanente, doc. LXXXVII n. 2-A, cit., p. 8. Dalla documentazione disponibile sul sito internet del Senato, la prima riunione avente ad oggetto una tale attività di *screening* è stata tenuta il 4 aprile 2007.

<sup>80</sup> Cfr. *supra*, par. 4.

“1. Qualora le Camere abbiano iniziato l'esame di progetti o di atti di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 3, il Governo può procedere alle attività di propria competenza per la formazione dei relativi atti comunitari e dell'Unione europea soltanto a conclusione di tale esame, e comunque decorso il termine di cui al 3° comma, apponendo in sede di Consiglio dei ministri dell'Unione europea la riserva di esame parlamentare.

2. In casi di particolare importanza politica, economica e sociale di progetti o di atti di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 3, il Governo può apporre, in sede di Consiglio dei ministri dell'Unione europea, una riserva di esame parlamentare sul testo o su una o più parti di esso. In tale caso, il Governo invia alle Camere il testo sottoposto alla decisione affinché su di esso si esprimano i competenti organi parlamentari.

3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, il Presidente del Consiglio dei ministri ovvero il Ministro per le politiche comunitarie comunica alle Camere di avere apposto una riserva di esame parlamentare in sede di Consiglio dei ministri dell'Unione europea. Decorso il termine di venti giorni dalla predetta comunicazione, il Governo può procedere anche in mancanza della pronuncia parlamentare alle attività dirette alla formazione dei relativi atti comunitari e dell'Unione europea”.

Nella prassi del Consiglio, la riserva viene apposta dai governi in situazioni riconducibili alla fattispecie di cui al par. 2 (riserva apposta a discrezione del Governo), specialmente ove il parlamento nazionale non si sia espresso o il contenuto dell'atto appaia innovativo rispetto a quello su cui il parlamento nazionale aveva già discusso, mentre originale appare l'ipotesi del par. 1 (riserva la cui formulazione è per il Governo obbligatoria). Essa può destare altresì alcune perplessità, in quanto sembra imporre al governo di apporre la riserva per guadagnare venti giorni nell'ambito di procedure di adozione di atti che hanno scansioni temporali ben più significative<sup>81</sup>: se a ciò si aggiunge che una proposta iniziale della Commissione non può essere messa in discussione se non dopo sei settimane dalla sua presentazione, ne risulta un quadro disarmonico. Se applicassimo alla lettera la disposizione, sembrerebbe conferita al Parlamento la capacità di obbligare il Governo a pretendere la sospensione degli *iter* deliberativi degli atti dell'Unione (anche quelli urgenti per cui il Protocollo di Amsterdam ammette una deroga al termine delle sei settimane), in ogni eventuale passaggio che veda il Consiglio deliberare: il che sembra criticabile, soprattutto ove si ponga mente al fatto che il termine di venti giorni decorre da un evento determinato dal Governo (l'effettiva trasmissione al Parlamento di proposte provenienti dal piano europeo) o dal Parlamento (il concreto avvio dell'esame

---

<sup>81</sup> E. Cannizzaro, *op. cit.*, p. 154 critica la brevità dei venti giorni, al cospetto della lunghezza media dei procedimenti decisionali europei.

parlamentare), che potrebbe ben figurare come tardivo rispetto ai tempi delle procedure europee. Di tal guisa, la riserva a livello europeo verrebbe apposta sulla base di inerzie o inefficienze originate dal piano interno. Si ricava pertanto l'impressione che il nostro legislatore non abbia tenuto in adeguata considerazione la natura dei procedimenti decisionali a livello europeo: sarebbe stato preferibile un miglior coordinamento con il Protocollo n. 9 e una più accurata puntualizzazione dei casi in cui un "termine di esame parlamentare" debba (o possa) essere richiesto dal nostro governo in sede di Consiglio.

Quanto alla prassi italiana, si registrano alcune indicazioni. Per quanto è stato possibile accertare, risulta che la riserva sia stata usata dall'Italia per la prima volta nel 2004, nell'ambito della discussione di un progetto di decisione quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni di confisca, presentato nel 2002 dalla Danimarca nell'ambito del terzo pilastro<sup>82</sup>: si noti che al tempo non esisteva una disciplina interna sulla riserva e che l'iniziativa del Governo è da ritenersi dovuta alla peculiare rilevanza annessa alla materia in questione. Successivamente, il governo ha apposto la riserva durante le discussioni relative alla proposta di regolamento, presentata nel 2005 dalla Commissione europea, relativa all'istituzione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali<sup>83</sup>: in questo caso, la legge n. 11/2005 era già in vigore e il governo ha giustificato l'apposizione della riserva ai sensi del par. 1 dell'art. 4<sup>84</sup>.

In entrambi i casi, gli organi parlamentari hanno rivolto all'esecutivo indicazioni sul contegno da tenere nel prosieguo delle discussioni in seno al Consiglio<sup>85</sup> e l'atto progettato è stato adottato nelle pertinenti sedi europee<sup>86</sup>. Da un esame della versione definitiva approvata, pare possibile svolgere le seguenti considerazioni. Per la decisione quadro sulla confisca, non risultano accolte molte delle richieste contenute nell'atto di indirizzo parlamentare: ciò può spiegarsi alla luce della eccessiva puntigliosità, che rasenta l'ostruzionismo, delle richieste

---

<sup>82</sup> Cfr. Iniziativa del Regno di Danimarca in vista dell'adozione di una decisione quadro del Consiglio relativa all'esecuzione nell'Unione europea di ordini di confisca, (2002/C 184/05), *GUUE* C 184 2 agosto 2002, p. 8 ss. La riserva è stata apposta dall'Italia e da altri governi alla riunione del Consiglio giustizia e affari interni dell'8 giugno 2004.

<sup>83</sup> Cfr. doc. COM (2005) 280 del 30 giugno 2005.

<sup>84</sup> Cfr. la nota di accompagnamento alla proposta della Commissione europea, trasmessa dal Governo in data 7 dicembre 2005. Si noti peraltro la mancanza di tempestività dell'esecutivo: la proposta della Commissione reca la data del 30 giugno 2005.

<sup>85</sup> Cfr., rispettivamente, la relazione approvata dalla II Commissione della Camera in data 30 aprile 2004, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 30 luglio 2004, pp. 35-36; il documento finale approvato dalla XIV Commissione della Camera in data 25 gennaio 2006, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 25 gennaio 2006, pp. 126-128.

<sup>86</sup> Cfr., rispettivamente, la decisione quadro n. 2006/783/GAI del Consiglio del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, *GUUE* L 328, 24 novembre 2006, p. 59 ss.; il regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio del 15 febbraio 2007, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *GUUE* L 53, 22 febbraio 2007, p. 1 ss.

parlamentari e dalla circostanza che nel frattempo è terminata la legislatura in cui era stato espresso tale indirizzo, rendendo pertanto libero il nuovo Governo di cercare un accordo con i rappresentanti degli altri Stati membri. Con riguardo all'Agenda per i diritti fondamentali, le richieste parlamentari presentavano un carattere alquanto generale e sembravano già largamente recepite nella proposta originaria della Commissione europea: il testo definitivo non fa altro che ribadire e precisare ulteriormente tali soluzioni. Alla luce della prima prassi applicativa, pare possibile affermare che l'istituto della riserva d'esame parlamentare sia ormai divenuta uno strumento ordinario di gestione della fase ascendente: è auspicabile che venga impiegata in maniera accorta, seguendo una logica di valorizzazione del ruolo delle assemblee parlamentari e di condivisione tra queste e l'esecutivo di orientamenti in merito a *dossier* particolarmente rilevanti per gli interessi nazionali.

Non si può sottacere peraltro che la riserva è stata oggetto di una disciplina speciale nell'ambito della legge di attuazione della decisione quadro relativa al mandato di arresto e alle procedure di consegna<sup>87</sup>. L'art. 3 legge n. 69/2005<sup>88</sup> si segnala per delineare una regolamentazione preventiva dell'atteggiamento che dovrà tenere il governo in carica in occasione di eventuali modifiche dell'art. 2, par. 2 della decisione quadro<sup>89</sup>: infatti, dovrà essere apposta la riserva parlamentare e il progetto di modifica dovrà essere sottoposto alle Camere unitamente ad una relazione che illustra lo stato dei negoziati e l'impatto delle disposizioni progettate sull'ordinamento italiano. La pronuncia non favorevole di una sola delle Camere è vincolante e non consente l'adesione in sede di Consiglio alle modifiche proposte. Preme sottolineare che queste previsioni sono successive alla legge n. 11/2005 e danno per scontate nozioni in essa disciplinate, introducendo alcune varianti ma non pretendendo di sostituirne interamente la disciplina relativa. Dunque, preme segnalare che non si tratta in questo caso di

---

<sup>87</sup> Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13.6.2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, *GUUE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.

<sup>88</sup> Legge n. 69 del 22.4.2005, *GURI* n. 98, 29 aprile 2005.

<sup>89</sup> Ai sensi di tale disposizione, danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i seguenti reati, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni: partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, riciclaggio di proventi di reato, falsificazione di monete, criminalità informatica, criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette, favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, omicidio volontario, lesioni personali gravi, traffico illecito di organi e tessuti umani, rapimento, sequestro e presa di ostaggi, razzismo e xenofobia, furti organizzati o con l'uso di armi, traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, truffa, racket ed estorsioni, contraffazione e pirateria in materia di prodotti, falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi, falsificazione di mezzi di pagamento, traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita, traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, stupro, incendio volontario, reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, dirottamento di aereo o nave, sabotaggio.

una semplice attività di orientamento politico, bensì di un vero e proprio mandato negoziale concepito in chiave rigidamente vincolante ove assuma le forme di una volontà negativa di una delle Camere. Un aspetto essenziale concerne la durata della pausa imposta dalla riserva operata dal nostro Governo: appare incongruo ritenere che il legislatore abbia inteso conferire alle Camere la capacità di rinviare *sine die* una presa di posizione del nostro esecutivo in sede di Consiglio, obbligandolo a un ostruzionismo sterile e persistente. Riteniamo che, in assenza di esplicite statuizioni, sia qui applicabile la legge n. 11/2005, laddove contempla un termine di venti giorni per l'espressione di un orientamento parlamentare, decorsi i quali il Governo torna libero di assumere la posizione negoziale che ritiene preferibile. Permane tuttavia l'impressione che regole *ad hoc*, concernenti una specifica materia, mal si concilino con la disciplina generale e appaiano dettate da considerazioni contingenti, più che esigenze di carattere ordinamentale<sup>90</sup>.

A guisa di valutazione di sintesi, non si può non evidenziare che, a prescindere da rilievi di merito in ordine alla bontà delle soluzioni tecniche adottate dal nostro legislatore, l'efficacia pratica delle innovazioni, sia europee che nazionali, concernenti la fase ascendente dipenderà da vari fattori: la reale volontà e capacità del Parlamento di fornire contributi al Governo a fronte della mole di documenti e informazioni che riceverà (attivazione di meccanismi agili di *screening* iniziale; adeguata organizzazione del calendario dei lavori); la disponibilità di quest'ultimo a fornire informazioni qualificate e a prendere nella dovuta considerazione gli orientamenti espressi dalle Camere; la determinazione del Parlamento nel verificare la rispondenza della condotta dell'Esecutivo agli atti di indirizzo elaborati, con le possibili ripercussioni sul rapporto fiduciario interno. Solo la prassi applicativa potrà fornire indicazioni in merito all'incidenza delle disposizioni richiamate sui rapporti tra Governo e Parlamento; parimenti, solo in presenza di una prassi che attesti un reale interesse delle Camere verso le vicende europee potranno maturare le condizioni per la definizione di soluzioni più evolute, sia a trattati invariati che, auspicabilmente, in sede di revisione.

7. Al termine di questa indagine, si può rilevare come la situazione attuale non sia del tutto carente e che, pur se sono possibili miglioramenti sia a livello europeo che interno, appare illusorio ritenere che il parlamento statale possa recuperare integralmente la sua centralità e pretendere una piena e quotidiana "rendicontazione" da parte dell'esecutivo. Un primo argomento milita a favore di questa affermazione: essendo l'Unione composta da Stati che non hanno rinunciato alla propria sovranità, il confronto tra questi soggetti esige ancora oggi un margine di manovra a livello intergovernativo, secondo il metodo

---

<sup>90</sup> Oltre a sollevare perplessità di ordine costituzionale in merito all'attribuzione per via legislativa a una deliberazione monocamerale di un carattere giuridicamente rilevante sul piano esterno: sul punto, v. le osservazioni di D. Girotto, *Sulla «riserva parlamentare» nella legge di attuazione del mandato di arresto europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 119 ss.

diplomatico<sup>91</sup>. Si potrebbe tuttavia criticare tale asserzione, aderendo a una visione che auspichi una trasformazione dell'Unione in un soggetto a vocazione più marcatamente federale: in tale ottica, l'argomento ora evocato perderebbe inevitabilmente forza. Al contempo, tuttavia, dovrebbe mettersi in conto che tale prospettiva dovrebbe recare con sé un rafforzamento deciso del Parlamento europeo e un più diretto rapporto tra i cittadini e le istituzioni europee<sup>92</sup>, in una direzione comprensibilmente diversa da quella di un maggiore protagonismo dei parlamenti nazionali.

Proprio in considerazione di ciò, riteniamo che la riflessione circa la definizione del ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea – sia nell'ambito di una valutazione del Trattato di Lisbona che della prospettiva di più ampie riforme da attuarsi nel medio e lungo periodo nel contesto di nuovi “cantieri istituzionali” – debba tener conto di due ulteriori aspetti.

I meccanismi decisionali a livello europeo sono alquanto complessi (e inevitabilmente continueranno ad esserlo) e presentano indubbi aspetti di criticità, tra cui spicca il problema di individuare gli effettivi responsabili delle scelte e di attivare il correlato circuito della responsabilità politica<sup>93</sup>: pare tuttavia legittimo dubitare che un maggior coinvolgimento dei parlamenti nazionali nei procedimenti istituzionali possa ovviare a tale inconveniente, apportando solo complicazioni che renderebbero ancora più macchinoso il circuito decisionale e ardua la ricerca dei reali decisori<sup>94</sup>.

Di più, è stato correttamente osservato che i parlamenti nazionali possono operare efficacemente solo ove il loro ruolo non sia concepito in concorrenza con il Parlamento europeo, bensì in un'ottica complementare<sup>95</sup>: sviluppando tale linea argomentativa, ci pare opportuno ricordare che i parlamenti nazionali operano in via principale per garantire rappresentatività alla posizione espressa dal rispettivo governo (sia sul merito delle proposte, che sulla questione del rispetto

<sup>91</sup> Si ponga mente alle vicende che hanno caratterizzato l'elaborazione del Trattato costituzionale e l'individuazione di una via di uscita alla crisi provocata dai referendum francese e olandese: un compromesso è stato raggiunto, sotto la guida della presidenza di turno tedesca, nel Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, grazie ad un uso paziente del metodo diplomatico.

<sup>92</sup> Volendo dar libero corso alla fantasia, si possono immaginare consultazioni referendarie (per confermare o abrogare atti, o per approvare la riforma dei trattati o l'adesione di nuovi Stati), o l'elezione diretta di organi europei (quali un ipotetico Presidente), o l'introduzione di un rapporto fiduciario in senso tecnico tra Parlamento europeo e Commissione o tra il primo e il Consiglio.

<sup>93</sup> Per un'osservazione analoga, cfr. K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *op. cit.*, p. 653.

<sup>94</sup> Per un chiaro richiamo ad un maggiore attivismo dei parlamenti nazionali e ad una piena utilizzazione dei margini di intervento sui rispettivi governi, senza appesantire i procedimenti decisionali europei, cfr. P. Norton, *National Parliaments and the European Union: Where to from here?*, in P. Craig - C. Harlow (eds.), *Lawmaking in the European Union*, The Hague, 1998, p. 209 ss.; S. Weatherill, *op. cit.*, p. 910; G. Napolitano, *Legittimazione democratica dell'Unione e ruolo del Parlamento europeo*, in M. L. Tufano (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Unione*, Napoli, 2004, p. 189 ss. Dubbi sulla condivisibilità di un'opzione basata su un sistematico intervento dei parlamenti nazionali erano già stati espressi in dottrina da N. Ronzitti, *op. cit.*, p. 73 s.

<sup>95</sup> L. Violante, *op. cit.*, p. 728; L.S. Rossi, *op. cit.*, p. 164; F. Ferraro, *op. cit.*, p. 186.



dei limiti delle competenze del legislatore europeo), mentre il loro intervento può essere inquadrato come quello di garanzia della democraticità dei processi decisionali solamente in un'ottica sussidiaria, di supplenza, per quelle materie ove il Parlamento europeo non giochi un ruolo di primo piano. Ove proseguisse, in sede di riforma, la progressiva generalizzazione della procedura di codecisione o di meccanismi analoghi (quali il parere conforme), a nostro avviso il ruolo dei parlamenti nazionali dovrebbe tornare ad essere quello, principale, di conferire alla posizione dei rispettivi governi una più solida base rappresentativa: non deve sfuggire, infatti, che la logica in cui si muovono fisiologicamente i parlamenti nazionali non è quella di esprimere l'interesse comune degli elettori europei, bensì quello di farsi portavoce degli interessi nazionali<sup>96</sup>.

L'esperienza europea evidenzia così che il rafforzamento della capacità decisionale di un'organizzazione regionale di integrazione impone uno sforzo di adattamento dei parlamenti nazionali al nuovo contesto: essi devono innanzitutto instaurare un nuovo rapporto con il rispettivo governo, finalizzato a rendere più rappresentativa la posizione espressa al livello regionale nella fase ascendente del processo decisionale. Tale obiettivo riveste importanza non solo nei casi in cui al livello regionale siano adottati atti immediatamente vincolanti per gli Stati membri, ma pure nelle situazioni in cui tali atti necessitano di ratifica od accettazione a livello nazionale: infatti, appare sterile confinare il ruolo dei parlamenti nazionali a un'alternativa tra una passiva accettazione o uno strisciante ostruzionismo rispetto a quanto deciso a livello intergovernativo. Se il progetto di integrazione regionale viene concepito come un obiettivo condiviso, è quanto mai auspicabile che i parlamenti nazionali pretendano di offrire un contributo già nella fase di elaborazione degli atti e degli orientamenti politici: la stessa azione dei governi ne beneficerebbe in termini di legittimazione democratica e continuità.

In secondo luogo, le assemblee nazionali dovrebbero sviluppare una relazione di cooperazione con l'assemblea parlamentare regionale e non concepire questa come un pericoloso concorrente: difatti, il parlamento regionale merita di essere rafforzato in quanto esso solamente può garantire una democraticità complessiva al sistema regionale, mentre quelli statali potrebbero solo supplire parzialmente a questo ruolo.

In definitiva, nessuna organizzazione regionale può funzionare efficacemente senza un sistema decisionale evoluto, ove esistano istituzioni realmente regionali: questo non significa emarginare i parlamenti nazionali. Più semplicemente, implica una trasformazione del loro ruolo e l'esigenza di condurre un "gioco di squadra" sia con i rispettivi governi che con il parlamento regionale.

---

<sup>96</sup> Sul punto, v. ancora K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *op. cit.*, 655.



## **E-GOVERNMENT E E-DEMOCRACY DUE ESIGENZE ORMAI INELUTTABILI**

**L'impellente necessità di approntare sistemi  
di voto elettronico costituiscono veicoli  
per riaffermare i principi di uno stato democratico**

*Vincenzo Tedesco\**

L'elettronica e, in particolare, le reti telematiche, sono uno strumento di diffusione delle informazioni, di sperimentazione di forme di vendita di beni e servizi (commercio elettronico e servizi bancari e finanziari online, consulenze a distanza etc.) ma anche di diffusione di democrazia.

Per quanto riguarda la democrazia, il riferimento è alla c.d. e-democracy, la democrazia elettronica come altro aspetto dell'e-government. Quando si parla di democrazia elettronica e del nuovo spazio di comunicazione offerto dalla rete telematica, si fa riferimento soprattutto a quegli aspetti che tendono ad identificare democrazia computerizzata e democrazia diretta: l'accesso alle informazioni politicamente rilevanti (archivi ipertestuali online), l'offerta di luoghi di discussione pluralista (conferenze elettroniche, newsgroup), la possibilità per tutti di intervenire in modo più o meno vincolante nei processi decisionali (voto elettronico, sondaggi permanenti).

Le c.d. tecnologie informatiche e della comunicazione sono chiamate tecnologie diffuse: si estendono dappertutto, sono in grado di modificare il modo in cui si fa il business e stanno cambiando la vita di tutti i giorni. Cambia la visione stessa del tempo, la velocità con cui la vita scorre, il modo di comunicare.

Lo sviluppo delle nuove tecnologie informatiche produce riflessi profondi in tutti i campi delle scienze.

---

Chief of the International Relations and Research Area of the Università di Pisa. Responsabile dell' Ufficio Reclutamento, formazione e tempo determinato. Personale in Staff al Direttore Amministrativo. E-mail: V.Tedesco@adm.unipi.it

Tutto cambia: la scuola, l'Università, la Pubblica Amministrazione, la Società nel suo insieme viene investita da una vera e propria rivoluzione (digital revolution). E' evidente però che una riflessione sulla democrazia elettronica non può assolutamente prescindere dalla dimensione politica dei processi decisionali: la negoziazione, la ricomposizione dei conflitti, la rappresentanza.

In questa prospettiva l'evoluzione del sistema di voto elettronico dimostra come le Università, in particolare l'Università di Pisa hanno rappresentato e rappresentano la fucina per l'applicazione della citata edemocracy. Giova ricordare a questo proposito il successo dell'ultima tornata delle elezioni della massima carica accademica, il Rettore, che hanno visto esprimere la propria preferenza ben 1841 elettori (l'85,5%) degli aventi diritto al voto, un enorme successo che ancora una volta dimostra l'efficacia, l'efficienza, lastraordinaria affidabilità di questo meccanismo. Se poi aggiungiamo che lo scrutinio si è concluso in circa 20 minuti, ci rendiamo conto della incredibile realtà del sistema dell'e-vote.

Non è la prima e, sicuramente, non sarà l'ultima volta che noi giuristi siamo impegnati ad affrontare novità tecnologiche. Da un po' di tempo le più importanti possibilità offerte dalla scienza hanno riguardato il campo dell'informatica.

E l'uomo ha saputo cogliere queste opportunità modificando, non si quanto coscientemente, il proprio modo di vivere, di pensare, di organizzare. Naturalmente, la cosa non poteva lasciare indifferente il mondo del diritto. Una storia veramente paradigmatica, in questo senso, è quella offerta dalla nozione di "documento", fondamentale in ogni processo (un processo senza documenti non è neanche immaginabile).

D'altronde, non potrebbe essere altrimenti: proprio il documento è l'elemento che più si prestava ad essere radicalmente trasformato dalle innovazioni tecnologiche.

Perché se è vero che la funzione principale del documento è quella di informare qualcuno su qualcosa (un fatto, una immagine, una decisione, una proposta, una richiesta ecc.), e se è vero che tale informazione può essere tramandata attraverso almeno tre sensi percettivi (vista, udito, parlato), ebbene, come poteva una scienza come l'informatica (già il nome dice qualcosa), basata sulla trasmissione di informazioni non intervenire a modificare in radice la formazione del documento e la rappresentazione in esso contenuta?

Da ultimo è interessante ricordare il nuovo sistema di firma digitale delineato dal Dlgs.n.10/02: alla "firma elettronica", si contrappone/affianca la diversa "firma elettronica avanzata" ove la prima consiste "nell'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di autenticazione informatica" mentre la firma elettronica avanzata è "la firma elettronica ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario e la sua univoca identificazione, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo

esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati”;

Il voto elettronico viene da più parti indicato come il rimedio a molti dei mali che affliggono le democrazie. E' ovvio che l'introduzioni di sistemi automatizzati di voto potrebbe portare consistenti vantaggi e contribuire a ridurre le disfunzioni delle macchina elettorale.

In primis l'elemento che balza agli occhi è sicuramente quello della riduzione dei lunghissimi tempi dello spoglio come si evidenzia negli esempi descritti, poi senza dubbio i costi della macchina elettorale sarebbero ulteriormente ridotti. Una prima riduzione dei costi è infatti stimata in circa 50 milioni di euro per ogni elezione.

Ulteriore risparmio potrà forse realizzarsi nel momento in cui la carta di identità elettronica potrà costituire l'elemento identificativo elettronico per l'elettore.

In definitiva tanti sono i benefici da raggiungere:

- Una prima diminuzione dei costi (solo considerando i costi di carta e stampa), è stimata in circa 50 milioni di Euro per ogni elezione;
- Virtualizzazione dei seggi (de-localizzazione, ubiquità del voto);
- Certificato elettorale virtuale;
- Varie simulazioni in più tipologie di votazioni;
- Introduzione di nuovi processi di e-democracy;
- Utilizzo di sistemi in evoluzione (Carta d'Identità)
- Sicurezza e Privacy garantite ai massimi livelli mentre altrettanti sono gli aspetti innovativi:
- Modello di scambio informativo per tutte le Amministrazioni coinvolte;
- Una completa revisione del processo elettorale in grado però di rispettare gli attuali ruoli degli attori di ogni procedimento elettorale;
- Una cabina elettorale preferibilmente remota non legata fisicamente al seggio;
- Facilitazione della modifica delle leggi correnti in materia elettorale;
- Una rete di comunicazione virtuale e privata ad alta sicurezza (no Internet);
- Una eventuale impronta digitale e Smart Card abbinata;
- Un sistema adattabile per diversi tipi di consultazione;
- Un incremento del livello di fiducia generale tra tutti i cittadini;

Il primo passo “significativo verso l'informatizzazione delle operazioni di voto” sarà quindi con l'introduzione della carta di identità elettronica in funzione di

carta elettorale che si affidano molte speranze per l'operatività del voto on line. Quindi è anche grazie alle esperienze di consultazione on line che in Italia il dibattito sul voto elettronico comincia ad accendersi. A trarre le fila delle istanze discusse è il Garante per la Privacy, che sul tema si esprime evocando quello stesso clima di forte interesse, mitigato, in qualche modo, da prudenza.

Si profetizza: "Il voto elettronico è destinato sicuramente a rendere più agevole l'attività del cittadino. Quando si potrà votare da casa propria, usando la Rete, sarà più facile il ricorso allo strumento della consultazione elettorale. Caleranno le spese, ma si porrà un problema di sicurezza: evidentemente si tratta di evitare che voti due volte la stessa persona o che nella trasmissione dei dati -dalla cabina elettorale al centro dove sono raccolti- ci siano interferenze. Una volta assicurata la sicurezza, il voto elettronico dovrebbe consentire una crescita di partecipazione politica a condizione, però, che questo non faccia nascere nuove disuguaglianze tra coloro che sanno utilizzare i nuovi mezzi e coloro che non lo sanno fare". Tutto ciò comporterà, o rectius, comporterebbe ripercussioni anche sul rapporto dei cittadini con la politica. Basti pensare ai cosiddetti "referendum politici istantanei". Crescerà davvero il livello di democrazia? Prosegue l'intervista: "Da molto tempo si dice che diventeranno possibili i [...] referendum politici elettronici istantanei, grazie ai quali i cittadini muniti di una carta elettorale elettronica, accedendo ad uno sportello elettorale tipo bancomat, potrebbero essere chiamati a dire la loro sulle questioni più diverse. In apparenza questa è un'acrescita del potere dei cittadini. In realtà, però, nei processi democratici il problema non è solo la risposta, ma anche la domanda: il cittadino deve poter partecipare a tutto il processo di decisione, non essere chiamato a pronunciarsi su quello che altri già hanno deciso, soltanto per dire un sì o un no. La democrazia cresce quando i cittadini hanno la possibilità di intervenire in tutte le fasi del processo di decisione". Un altro piano su cui si riverbereranno le conseguenze del ricorso alle nuove tecnologie è quello delle campagne elettorali: "Le campagne elettorali saranno sempre più condizionate dal ricorso alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Ma non sono ancora integralmente cambiate [...]. A mio parere queste tecnologie finiranno con il condizionare e cambiare il rapporto dei candidati con l'elettorato".

Parole senza dubbio condivisibili, anche ovvie ma che forse devono essere ricordate proprio anche per evidenziare che si presuppone l'utilizzo della rete cioè di Internet mentre i sistemi attualmente in fase di sperimentazione o che vengono utilizzati in alcune elezioni elettroniche, prevedono l'utilizzo invece di reti chiuse all'esterno allo scopo di garantire i diritti costituzionali della segretezza, inviolabilità del voto.

## EL DIGESTO JURÍDICO UN CAMINO HACIA LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN JURÍDICA

*Ramón G. Brenna\**

### EL ORDENAMIENTO DE LAS LEYES Y EL DIGESTO JURÍDICO<sup>1</sup>

El tema del ordenamiento legislativo y el de la preparación del Digesto Jurídico como su expresión unificada, ha vuelto al centro de la escena en los últimos tiempos en nuestro país, a partir de la sanción de la ley N ° 24967, del Digesto Jurídico Argentino, que ordena su confección.

Orden y desorden son los extremos entre los cuales oscila la legislación de cualquier país. Bien decía, hace casi un siglo y medio atrás, Urquiza, *“que ni la paz puede ser duradera ni la libertad práctica sin buenas leyes, tanto en el orden civil, como en el político”*.<sup>2</sup>

Es cierto que es impensable un orden legislativo absoluto. También es cierto que es impensable un desorden legislativo absoluto.

El hablar de orden legislativo implica pensar en conceptos tales como la sistematización, la unidad, la coherencia, la simpleza y la claridad de las leyes.

Frente a ello, y más ajustado a nuestra realidad lamentablemente, encontramos un contexto en el que el desorden se expresa fuertemente, con sus compo-

---

\* Abogado. Director de los Equipos Técnicos del Proyecto Digesto Jurídico Argentino – Universidad Nacional de Buenos Aires. Coordinador académico y profesor de la maestría en Ciencias de la Legislación de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina, y de la Universidad de Pisa, Italia. E-mail: rbrenna@fder.uba.ar

<sup>1</sup> Ver Ramón G. Brenna, “El ordenamiento de las leyes”, en Revista La Ley, Año LXV, N ° 36. Buenos Aires, República Argentina.

<sup>2</sup> Decreto emanado del Director Provisorio de la Confederación Argentina, el 24 de Agosto de 1852

<sup>3</sup> No trataré aquí este fenómeno que nació con las administraciones demócratas en E.E.U.U., que han intentado una disminución generalizada de las leyes que conforman el Statute Law, en materia de de asistencia social o programas de esta naturaleza. Se trataría de una medida de clarificación del cuerpo legislativo por la sola eliminación de regulaciones. Para un análisis más completo ver Antonio A. Martino, ob. cit. Supra.

mentos de fragmentación, incoherencia, superposición, inflación, contaminación, oscuridad y desconocimiento de las leyes.

Las sociedades modernas necesitan de, y a veces reclaman con mayor o menor énfasis, según las circunstancias de su contexto y evolución, un cierto orden legislativo o al menos un desorden aceptable.

Ni los Estados Unidos han escapado a esta regla, ya que el “statute law” federal ha crecido hasta crear contaminaciones.

Dos discursos se cruzan con el objetivo cierto de achicar la brecha: el de la política legislativa, que debe decidir encarar la simplificación y el ordenamiento de las normas y el de la ciencia y la técnica legislativa, que trata de explicar el cómo hacerlo y de aportar la metodología necesaria para ello.

Se presupone que la simplificación y el ordenamiento legislativo deben venir acompañados de procesos más o menos profundos de desregulación,<sup>3</sup> de deslegisficación, de purificación del derecho, de codificación.

Las Reglas o Recomendaciones de Técnica legislativa, a veces contenidas en manuales, a veces constituidas en Directivas, como las elaboradas en varios países, se ocupan del mejoramiento del acto legislativo futuro propiamente dicho, pero no se refieren o no hacen objeto de su discurso, el fijar los criterios para intervenir sobre el conjunto de la legislación ya sancionada y vigente, del cómo ordenarla y del cómo depurarla. De esto último nos ocuparemos principalmente aquí.<sup>4</sup>

## **EL DIGESTO JURÍDICO COMO CAMINO HACIA LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN JURÍDICA**

He titulado esta intervención el Digesto Jurídico, un camino hacia la democratización de la información jurídica, con la intención de dar respuesta a un sinnúmero de preguntas que se repiten, toda vez que se plantea la idea de elaborar un Digesto.

¿Es necesario hacerlo? ¿Se justifica? ¿Es posible hacerlo? ¿Es una tarea útil? ¿Vale la pena realizar una tarea tan difícil, un proyecto que siempre implica dos o más años de duro trabajo? ¿El fin justificará el costo? ¿El estado de los sistemas normativos aconseja hacerlo? ¿Quien debe hacerlo?

<sup>4</sup> Es interesante al respecto la observación que formula Antonio A. Martino, cuando afirma que “...es óptima cosa que los organismos políticos competentes (Parlamento, Congreso, Poder Ejecutivo, poder local etc.) hayan empezado a preocuparse de los requisitos de las leyes futuras; sin embargo, por perfectas que ellas sean, su introducción en un conjunto de normas en vigor, totalmente contaminado, producirá, a su vez, consecuencias normativas contradictorias, redundantes, lagunosas”. En *Auxilio computacional a la Legislación ¿Hacer leyes con computadoras?* Colección Informática y Derecho Vol. IV, Buenos Aires, Depalma, 1993.



Espero poder explicarlo, porque es absolutamente necesario hacerlo y dar las razones éticas que lo justifican y, que lo transforman en una obligación ineludible para los Estados democráticos.

## LOS SISTEMAS NORMATIVOS FRENTE A LA INFLACIÓN LEGISLATIVA Y A LA CONTAMINACIÓN LEGISLATIVA

Los sistemas normativos modernos<sup>5</sup> suelen ser percibidos por las sociedades a las que regulan, como un tirano no deseado o, a su vez, como un gigante confuso, lento y falto de efectividad. Esto es debido a una falta de 1) equilibrio entre el conjunto de sus reglas, 2) su capacidad de anticipar las demandas sociales, 3) el grado de impacto de aquel en la actividad de la comunidad y 4) las condiciones prevalecientes en el medio social al tiempo de su vigencia.

Las tensiones producidas por el desequilibrio de estas relaciones dan por resultado sistemas normativos más complejos, cualitativa y cuantitativamente hablando, y originan la disminución de su capacidad de anticipación, generalmente acompañados de una desobediencia social pasiva creciente, que termina por impedir, o por lo menos limitar, el desarrollo social.<sup>6</sup>

Es una comprobación cierta que la legislación se ha ido tornando cada vez más compleja, que las normas se multiplican y que su sucesión temporal hace que resulte cada vez más difícil su conocimiento por quienes deben cumplirlas y por aquellos que deben hacerlas cumplir, y, que consecuentemente crece la dificultad para la determinación de aquellas que rigen en un lugar y tiempo determinados.

Sin lugar a dudas, uno de los principales problemas que afectan a los sistemas jurídicos es la proliferación de la legislación y la pérdida de certeza originada por la inseguridad acerca de cual es el derecho en vigor.

En este contexto, la aspiración a la claridad o a la simplicidad de las leyes expresada en las Instituciones de Justiniano —*nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet... simplicitas legum amica*— parece no aplicarse a una sociedad desarrollada.

Bien había observado, a comienzos del siglo diecinueve, el pensador Destutt de Tracy en el “**Commentaire sur l’Esprit des lois** (1819), que “*a medida que las relaciones sociales se tornan más numerosas y más delicadas, las leyes que las regulan devienen necesariamente más complicadas*”.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Para la definición de este concepto, como el de sistemas jurídicos que utilizaré en el desarrollo me remito a la obra central de nuestra doctrina, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y sociales”, 2da. Reimpresión, E. Astrea, Buenos Aires, 1993, Capítulo IV.

<sup>6</sup> En Argentina ya se ha transformado en un icono la obre de Carlos Nino, Un país al margen de la Ley, en el cual trata de la anomia de nuestra sociedad. Una sociedad que exige una Ley como solución a cualquier problema sin reparar si es un a Ley la respuesta mas adecuada par a resolver esa demanda social, y que luego se solaza en no cumplir las reglas.

<sup>7</sup> Ver: F. López de Oñate, “*La certeza del diritto*”, Giuffrè, Milano, 1968 (reimpresión), P. 69.

Con estas palabras, Destutt de Tracy no hacía más que resumir un concepto generalizado en la cultura jurídica de la época, y que representaba una reacción ante los deseos e ideas de algunos de los constituyentes franceses acerca de la codificación.

En esta línea Portalis, uno de los más autorizados miembros de la comisión a la cual se encargó la redacción del Código Civil, dice en un pasaje de su celebrado “Discours préliminaire sur le projet de Code Civil”: *“Les lois des douze Tables sont sans cesse proposées par modele: mais peut-on comparer les institutions d’un peuple naissant avec celles d’un peuple parvenu au plus haut degre de richesse e de civilisation?... Les diverses situations de la vie humaine, demandent des regles differents. La sollicitude du legislateur et obligee de se proportionner a la multiplicite et a l’importance des objets sur lesquels il faut statuer ... Nous n’avons done pas cru devoir simplifier les lois...”*<sup>8</sup>

Portalis introduce así el criterio de proporcionalidad entre la complejidad creciente de las nuevas normas y la complejidad creciente de la realidad que esas normas pretenden reglar.

Ocurre que hoy soportamos una marea incesante e inexorable de nuevas normas. Juristas, jueces, sociólogos, políticos, todos concuerdan en reconocer como principales factores de esta “hipertrofia legislativa” —en la terminología de Carnelutti— al crecimiento cada vez mayor de los cometidos del Estado, especialmente situado en la posguerra y que no cesa aún.

En todos los países, el número de textos normativos crece sin pausa, y se verifica el proceso. El Registro Oficial de leyes, y decretos italianos, por ejemplo, se compone, de 1861 en adelante, de más de 800 volúmenes. Nadie está en posición de decir qué textos del registro están en vigencia y cuáles han perdido validez.

En los cuarenta años de República (1 de enero de 1948 – 31 de diciembre de 1987) las leyes, que sólo constituyen una parte de la producción normativa, han sido 12.199 en el orden estatal y 21.882 en el regional (estatutos especiales y ordinarios).<sup>9</sup>

En la Argentina, la situación legislativa es cuantitativamente menor, pero igualmente significativa.<sup>10</sup>

Valga decir, por ejemplo, que en 1955, la Comisión de Legislación General y Asuntos Técnicos, de la Cámara de Senadores de la Nación, terminó un trabajo que abarcó desde 1853 a 1953, que arrojó la significativa cantidad de novecien-

---

<sup>8</sup> Portalis, “Discours préliminaire”, en A Fenet, Recueil complet des travaux preparatoires du Code Civil, Paris, 1836.

<sup>9</sup> Estos datos son mencionados por Rodolfo Pagano, como extraídos de los archivos electrónicos del Servicio de Documentación Automática de la Cámara de Diputados de Roma.

<sup>10</sup> Al momento de redactar estas líneas se han sancionado más de 26.000 leyes.. A ello hay que sumar los reglamentos y la legislación delegada.

tas setenta y nueve leyes nacionales vigentes, sobre una legislación que alcanzaba, en ese entonces, la cantidad de quince mil; y estamos hablando sólo de leyes. Mas adelante daremos cuenta de los resultados obtenidos a partir de la elaboración del Digesto Jurídico Argentino.

Ante tales dimensiones, el criterio de proporcionalidad, del cual hablaba Portalis, entre las leyes y la complejidad social que estas regulan, no parece ser suficiente para explicar el fenómeno. Y tomando prestado el término desde el mundo de la economía, los juristas hablan, cada vez con más frecuencia, a partir de mediados del siglo pasado, de “inflación legislativa”.

### LA INFLACIÓN LEGISLATIVA

La expresión se usa para señalar un *aumento excesivo en la producción de normas*, que “engorda” los sistemas normativos modernos. Este concepto lleva insito una visión cuantitativa del problema. Pero esta visión cuantitativa no refleja el problema en su sustancia, en su profundidad ni en toda su dimensión.

Rodolfo Pagano se pregunta: ¿cómo se establece el umbral que una vez transpuesto convierte a la proliferación en inflación? ¿Como establecer que un sistema normativo que estaba hasta ayer en equilibrio, es hoy un sistema normativo inflado? ¿Cual es el parámetro a usar para determinarlo? ¿Cómo medir la inflación misma?

Muchos de los criterios aportados por distintos juristas que en el siglo pasado se han ocupado de este tema, permiten más bien corroborar lo conocido: la proliferación legislativa; más no permiten, no son adecuados para definir con claridad, los parámetros de la inflación.

Así, índices basados en el cálculo del número de las leyes, o de la cantidad de artículos de las leyes, resultan ineficaces cuando no errados.

J. Carbonnier opina que son las falsas necesidades legislativas las que ejercen una acción inflacionaria de la legislación.<sup>11</sup>

Rodolfo Pagano da un nuevo curso al tema y afirma que la inflación legislativa no esta dada por la comparación de elementos iguales – normas – en épocas diversas, como se pretendía al crear fórmulas para medir, sino por la relación establecida entre elementos distintos: 1) las normas por un lado y 2) un “QUID” difícil de determinar, que podríamos llamar “demanda o necesidad social” por el otro.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> J. Carbonnier, “L’inflation des lois “ Revue des Sciences Morales et Politiques, 1982, n°4. Compartimos esta aseveración. Muchas veces no es necesaria la sanción de la ley y sin embargo se la utiliza como vehículo sobreactuando la solución.

<sup>12</sup> R. Pagano, “La Técnica Legislativa y los Sistemas de Informática Jurídica”, en Informática y Derecho, Aportes de Doctrina Internacional- Buenos Aires, Depalma, Volumen II.

De esta manera si las Leyes son el vehículo de las políticas que satisfacen esas demandas o necesidades sociales, uno puede establecer la siguiente relación:

- 1) Los aumentos reales en las demandas o necesidades sociales que son satisfechos por normas, no generarían inflación.
- 2) Los aumentos falsos en las demandas o necesidades sociales que son satisfechas por normas, generan inflación.
- 3) Los aumentos falsos en las demandas o necesidades sociales pueden generar así inflación legislativa cuando: 3.1) la demanda o necesidad existe y es real pero puede ser satisfecha por otro vehículo de la política que no fuera una ley y sin embargo se satisface o se pretende satisfacer con una ley y 3.2) la demanda o la necesidad no existe en la realidad y el político la genera y la plantea como tal y luego la satisface con una ley.

Lo cierto es, que como bien dice Pagano, si bien no puede medírsela con exactitud, a la inflación legislativa se la “siente”; y esta sensación generalizada en el campo del derecho y también en el seno de las sociedades modernas, más que por la cantidad misma, viene dada por los *efectos cualitativos negativos* que importa sobre la legislación:

- fragmentación de la normativa,
- antinomias,
- ambigüedades,
- redundancias,
- estratificaciones,
- abrogaciones innominadas,
- todas ellas generadoras de desorden y caos normativo.

Se produce así otro fenómeno adicional que es la modificación en la concepción y la función de la ley.

La ley, no es ya esa regla que acompaña nuestras vidas y que podía ser comparada con los árboles, que están allí antes que nosotros y seguirán estando allí después de que nosotros dejemos de existir.

La ley se convierte en otro bien de consumo, por tanto en usable y desechable con rapidez. Leyes sancionadas por “l’espace d’un matin”, como con garbo se las ha denominado.

La sucesión de normas de corta duración, que son rápidamente reemplazadas por otras, que enhebran gestiones de coyuntura, están a la orden del día.

El jurista italiano, F. Vassalli, a mediados del siglo pasado, ha acuñado los siguientes conceptos, que expresan con claridad este cambio en la concepción de

la ley: *“Las leyes de las cuales se trata no son sólo leyes que, asistidas por vetusta tradición, se confunden con nuestro modo de ser como personas cívicas, que viven hoy en nuestro espíritu y que constituyen nociones fundamentales y traslativas, como matrimonio, familia, débito y crédito, propiedad, usufructo, testamento, hipoteca, pena, proceso, juez, prueba. Son leyes promulgadas cada día, leyes minúsculas, leyes variables, leyes que cabalgan la una sobre la otra, leyes que a veces –consentidamente o no– tocan los muros maestros de los cuales son palabras integrantes, son leyes que sobre todo apuntan a actuar la esfera del poder público, que cada vez avanza más en nuestros días, a reglamentar nuestra vida en cada determinación concreta: cuidar salud, asegurar la vejez... Esta es la legislación de hoy, ya que hoy todo o casi todo es materia de administración pública”*.<sup>13</sup>

### **CRISIS DEL CONOCIMIENTO DEL DERECHO CRISIS DE LA CERTEZA DEL DERECHO**

En el siglo veinte, al iniciarse la década de los setenta, el profesor de Derecho civil y laboral de la Universidad Wolfgang Goethe de Frankfurt, Spiros Simitis publicó un interesante volumen que puede ser tomado como una llamada de atención sobre los graves problemas que suscitan la información y la documentación en el plano jurídico, así como sobre sus posibles remedios. Estaba yendo al corazón del problema que intento mostrar.

La obra tendía a poner de relieve las dificultades que para el jurista que desempeña su labor en el marco del Estado social de Derecho, caracterizado por la inflación legislativa, corolario de la intervención de los poderes públicos en la casi totalidad de las esferas de la vida social y económica, entraña el conocimiento real de la legislación.

Esta situación de dificultad en el acceso y la comprensión de las leyes, se traduce en un menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información, ergo de conocimiento cierto y acabado por la población, y amenaza con resquebrajar el principio de la certeza del Derecho.<sup>14</sup>

El libro de Simitis tomaba como principal punto de referencia para su diagnóstico sobre la crisis de la información jurídica, sus repercusiones en el ámbito legislativo y jurisprudencial.

El flujo incesante de normas y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento son imprescindibles para un adecuado funcionamiento del sistema jurídico, hace casi imposible su discernimiento, interpretación y aplica-

<sup>13</sup> F. Vassalli, *Missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, en *Studi giuridici*, Milan, 1960 vol.III.-

<sup>14</sup> S. Simitis 1970, pp. 28 ss.; cfr. también: S. Simitis, 1987, pp. 53 ss.; A. Pérez Luño, E 1991d, pp. 43 ss. y 1993b, pp. 80 ss.

ción por los operadores jurídicos. La crisis de la información jurídica precipita así en un cono de sombras al ordenamiento jurídico.

La transparencia del sistema normativo, que es un presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabilidad: el Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible incluso para los propios especialistas.

Todo ello puede resumirse en el concepto de crisis del derecho o más precisamente en **crisis de la certeza del derecho**, dado que este exceso de producción normativa, con sus efectos negativos, sumada a la velocidad del cambio social que actuamos y al que asistimos al propio tiempo, nos pone en dificultad de comprender y conocer la regla vigente.

Esta crisis del derecho o crisis de la ley, puede manifestarse más propiamente como crisis de la certeza del derecho. Crisis de la vigencia, por que ya no sabemos que normas están efectivamente vigentes y cuales no; crisis del significado, pues los diferentes efectos cualitativos negativos que enumerábamos mas arriba interfieren la comprensión de lo que las normas estatuyen o regulan; y crisis de la pertinencia, pues es cada vez mas difícil juzgar si las normas o leyes son exactamente las adecuadas para resolver las demandas o necesidades sociales.

Estas crisis finalmente se expresan con toda su fuerza, componiendo la **crisis del conocimiento de la ley**. Se ponen en pugna aquí, el concepto de “notoriedad” frente al de “conocibilidad”. También la dicotomía entre el “conocimiento formal” y el “conocimiento efectivo” de la ley. O de la “presunción de conocimiento” frente al “conocimiento efectivo”.

Si bien el Derecho se basa en la ficción de suponerse conocido por el mero hecho de la inserción de sus normas en un medio de difusión oficial –**Boletín oficial, Gaceta oficial**, o cualquier medio similar que cumpla con tales fines– con la complejidad de la vida moderna de nuestras sociedades, más o menos avanzadas, estamos asistiendo a la transformación de esa ficción en un monstruo que carcome y devora los cimientos básicos de los sistemas democráticos. La ficción es cada vez más ficción.<sup>15</sup>

Recurriré a esta altura al aporte de dos pensadores que, desde distintos lugares, concurren a plantearnos espacios para reflexionar profundamente sobre nuestra realidad.

J.J. Rousseau decía que: “*El Estado en que haya mas leyes que las que pueda recordar la memoria de cualquier ciudadano es un Estado mal organizado y el hombre que no sabe de memoria las leyes de su país es un mal ciudadano*”.

---

<sup>15</sup> Todos sabemos que en Argentina, por ejemplo, la tirada del Boletín Oficial es menor que el de cualquier Revista de actualidad.

Rousseau establece la relación entre conocibilidad individual de la ley y el ideal de una democracia efectiva.

También nos recuerda que un derecho conocido por unos pocos es en verdad un derecho oligárquico.

Y desde otra mirada, Hegel nos dice que: *“No bastan leyes democráticas si las leyes se hallan tan alto que no pueden ser leídas”*.

La mala redacción de las leyes se presenta así, tanto como fuente cuanto como efecto de la crisis que se describe. Leyes mal redactadas envilecen el orden jurídico al que se incorporan y la dificultad luego de comprender y conocer ese orden envilecido, produce más leyes mal redactadas.

Todos estos análisis elaborados en torno a la inflación legislativa los comparo totalmente<sup>16</sup> sin perjuicio de lo cual entiendo insuficiente esta visión cuantitativa del problema y creo que sus aspectos cualitativos son mejor aprehendidos y resueltos por el enfoque elaborado por Antonio A. Martino.

En efecto, la introducción de normas al sistema jurídico, sin la utilización de criterios orgánicos para una correcta eliminación de aquellas que perdieron vigencia por la sanción de nuevas normas, genera un fenómeno que ha sido designado como *“contaminación legislativa”*.<sup>17</sup>

## LA CONTAMINACIÓN LEGISLATIVA

Es ese término, acuñado por el Prof. Antonio Anselmo Martino hace más de dos décadas, tomado en préstamo de la ecología, el que permite describir el crecimiento sin control de un elemento (leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, etc.), sin posibilidad de eliminar los desechos (abrogaciones).

La contaminación legislativa es entonces, la ruptura del equilibrio del sistema de leyes debido al crecimiento descontrolado de normas y a la dificultad de eliminar los residuos a través de la abrogación.

Es un problema cuantitativo en parte, tal como lo venimos presentando, pero es mucho más que eso, es fundamentalmente un problema cualitativo.

Martino,<sup>18</sup> lo ejemplifica muy bien cuando señala que un orden jurídico puede estar constituido por pocas normas y aún así estar contaminado.

Recuerda el caso de los sistemas de las Regiones Italianas, y cita el caso de la Región Apuglia, que con apenas algo más de mil normas –una Comisión ha de-

---

<sup>16</sup> En nota Pagano cita varias obras sobre la inflación legislativa, entre las que destaco la de R. Savatier, *“L’inflation législative et l’indigestion du corps social”* Recueil Dalloz, Sirey, 1977.

<sup>17</sup> Antonio A. Martino, *“La contaminación legislativa,”* Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, Barcelona, 1977, p.47-63

<sup>18</sup> Antonio A. Martino, *“El Digesto Argentino: Una oportunidad para no perder,”* La Ley, Actualidad, 25 de Agosto de 1998, pags. 1 /2.

terminado que del Consejo Regional han emanado 1037 leyes— posee un orden contaminado.

El estudio de este universo normativo reducido arrojó el siguiente resultado: De las 1037 leyes emanadas, 95 estaban expresamente abrogadas, 190 no se aplicaban porque no eran leyes en el sentido de generales o abstractas, sino *ad personam* o *ad actum* o su función se había agotado en el tiempo.

Quedaban así 750 formalmente vigentes. De estas leyes, nos comenta Martino, 126 eran fácilmente abrogables, sobre 91 había que utilizar criterios interpretativos y elegir alguno de los resultados posibles, y 41 disposiciones contenidas en 20 leyes resultaban parcialmente abrogables, luego de fijar la posición interpretativa única.

Como puede apreciarse la “cantidad”, producto de la inflación legislativa, conduce a la “selva legislativa”, y multiplica el problema, es un problema en si misma, pero es, a pesar de todo, una pequeña parte del problema; el corpus enmarañado y contaminado, cualquiera sea su tamaño, produce los resultados temidos de ignorancia del orden jurídico vigente.

La ambigüedad sintáctica y semántica, las antinomias y las redundancias, se suman al uso abusivo de las remisiones —esas leyes que elaboran una cadena interminable de remisiones que dejan perplejo al más avisado lector— modifícase el art. 1° de la ley X en el sentido dado por el art. 4 de la ley Z, con la modificación introducida por el apartado 8 del inciso 10 del art. 22 de la ley M.

Las abrogaciones innominadas, las derogaciones tácitas, las normas intrusas, las disposiciones manifiesto, agregadas a la fragmentación normativa y la estratificación de las normas en cambio de un nuevo texto unificador, suman indeterminación al sistema normativo.

La imposibilidad de conocerlo, a su vez impulsa a una nueva legislación imperfecta que, además de sumarse cuantitativamente a la “selva legislativa”, produce más contaminación cualitativa. El fenómeno se auto alimenta y se retroalimenta, en un círculo no virtuoso.

En la situación de contaminación legislativa, la indeterminación aumenta sensiblemente y por lo tanto, ante el envilecimiento, se torna necesaria una mayor intervención por parte de los juristas y de los operadores del derecho.

En estos casos, la transferencia del poder político de legislar, a los juristas y a los intérpretes que deben aplicar la ley, es inevitable.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Ver Brenna, Ramón G. y Zeitler, Enrique E., “Derogación y Técnica Legislativa”, Revista de la Asociación de Empleados Municipales, N° 25, enero-abril 1978, págs. 75/81.



La contaminación, además de implicar esta transferencia irregular de poder al operador, comporta también una menor participación de parte de los usuarios: si ya resulta difícil para un especialista conocer cual es el derecho vigente, cuanto más difícil se torna para el *ciudadano*.

La complejidad legislativa descrita dificulta al ciudadano el entendimiento claro y simple de las normas vigentes que lo rigen y que debe observar; a la Administración, la correcta gestión de los asuntos públicos; a los Congresos o al Parlamentos, el coherente desarrollo de la actividad legislativa, razón central de su existencia; a la Justicia, la tarea de impartir la misma en forma rápida, cierta y tempestiva.

Estas, y otras consecuencias no queridas, son las que el legislador, a través del ordenamiento legislativo, debe tender a solucionar, para evitar la consecuen- te erosión del sistema democrático.

## EL MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS

Frente a la situación de inflación y contaminación legislativa existente –fenómeno que se verifica en nuestros países así como en el resto del mundo– hay dos medidas posibles de acción positiva:

- 1) Proceder al **ordenamiento legislativo**, para reducir el grado de incertidumbre acerca de cual es la legislación vigente, incertidumbre que conduce fatalmente al desconocimiento del derecho y;
- 2) Proceder a la aplicación de los principios y la metodología de la **Ciencia y la Técnica Legislativa**, para perfeccionar la calidad formal de las nuevas normas que se incorporarán en el futuro al ordenamiento jurídico vigente, ya ordenado y depurado.

El Legislador debe dirigir su accionar sobre la legislación ya sancionada y también sobre la generación de la legislación futura.

En el primer caso, revisando y manteniendo la legislación ya sancionada, para lo cual cuenta con herramientas y metodologías tales como los Digestos, los Códigos y los Textos únicos.

En el segundo caso, cuidando el modo de legislar y siguiendo reglas que pueden estar expresadas en Manuales de Técnica Legislativa.

El **Digesto Jurídico** es la respuesta apta para el primero de los problemas descriptos, al reunir, ordenar y permitir un mejor conocimiento del universo normativo que nos rige.

El **Manual de Técnica Legislativa** es la herramienta que permite operar sobre el segundo de ellos, y obtener leyes más claras, mejor redactadas, accesibles y cognoscibles por todos.

## DIGESTO JURÍDICO Y CONTAMINACIÓN

Uno de los modos de combatir esta realidad de contaminación legislativa que aqueja a los sistemas normativos modernos, y de actuar sobre los sistemas jurídicos vigentes ya contaminados, es a través de la revisión permanente y del consecuente ordenamiento de la legislación, a efectos de determinar cual es la normativa efectivamente vigente y cual es aquella que ha perdido vigencia para su posterior eliminación del sistema jurídico a través de un acto de abrogación expresa.

La solución se presenta así como un trabajo de revisión, recopilación, ordenamiento y análisis, que permita:

- 1) agrupar y ordenar lo vigente, removiendo los desechos;
- 2) detallar las colisiones, y señalar la validez y complejidades del corpus;
- 3) realizar el confornte de lo vigente con los conceptos elaborados por la buena doctrina;
- 4) hacer lo propio con la costumbre,
- 5) la tradición jurídica y
- 6) los criterios construidos por la Jurisprudencia.

## LA CONSOLIDACIÓN<sup>20</sup>

La metodología más adecuada para afrontar la intervención y el ordenamiento de los textos legislativos es, sin dudas, la consolidación.

La consolidación consiste en integrar en el acto de base todos los actos modificadores, habiéndose previamente procedido a un análisis crítico del texto, tanto desde el punto de vista de la coherencia interna del acto como desde el punto de vista inter lingüístico. De este modo, se obtiene un documento que se lee más fácilmente. La integración se refiere únicamente a la parte dispositiva y a los anexos a aquella integrados.

Podemos individualizar tres categorías de operaciones de consolidación de textos: la sistemática, el lenguaje (aspectos morfológicos, sintácticos y semánticos) y las relaciones entre las normas.

1) En lo que hace a la “**sistematicidad**”, la actividad de consolidación podrá consistir en:

Introducir eventuales nuevas particiones de nivel superior al artículo (sección, capítulo, títulos, partes) según sea la multiplicidad de textos a coordinar y la complejidad y amplitud de la materia tratada.

---

<sup>20</sup> Para ampliar sobre la Consolidación, ver Ramón G. Brenna, “El ordenamiento de las leyes”, obra citada supra.

- Dar, si ello fuere necesario, nueva localización y numeración a los artículos o incisos.
  - Reformar los eventuales reenvíos con relación a la sistemática del texto unificado.
  - Excluir del texto ordenado las normas intrusas eventualmente presentes en las leyes objeto de la consolidación y ubicarlas en los textos a los que modifican en forma textual o no textual.
  - Refundir disposiciones repetitivas o redundantes por tener igual valor normativo.
- 2) En cuanto al **“lenguaje”** la actividad puede consistir en:
- Corregir errores materiales de impresión e incorporar fe de erratas
  - Normalizar la grafía
  - Explicitar, donde corresponda, el significado de las siglas empleadas en las leyes.
  - Normalizar la forma de redactar las citas.
  - Puesta al día de las denominaciones de los órganos e instituciones que han mutado en el tiempo.
  - Eliminar las ambigüedades provenientes de un uso no apropiado de conjunciones o disyunciones.
  - Asegurar la homogeneidad terminológica del texto.
- 3) En cuanto hace a las **“relaciones entre las normas”** consistirá en:
- Puesta al día del texto de las disposiciones de conformidad con las abrogaciones expresas o modificaciones textuales sobrevivientes.
  - La eliminación, a partir de las interpretaciones jurisprudenciales, de disposiciones anteriores incompatibles o que han agotado su objeto.
  - Eliminación de los textos de los artículos, incisos, o frases, palabras declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Tribunal que haga sus veces.
  - Reformulación de enunciados normativos para adecuarlos a las sentencias llamadas interpretativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
  - Reformación de los enunciados normativos para adecuarlos a las disposiciones de las llamadas leyes aclaratorias o interpretativas posteriores.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> CNCiv., sala G, Abril 26 -985 “Consortio de Propietarios de Centro Comercial barrio Piedrabuena c. Municipalidad de la Capital”, La Ley, 1985-C - 477 - DJ, 985 -48- 550.

Esta monumental tarea de reformatión general de la legislación, que presupone la técnica de la consolidación normativa, consistente en reunir en un cuerpo legal la legislación de carácter general y permanente vigente, sobre todas las materias del derecho, sistematizada y ordenada, lleva implícita la utilización de instrumentos de investigación provenientes de varias disciplinas: **la ciencia jurídica, la ciencia de la legislación, la lingüística, la epistemología, la lógica, la informática y las nuevas tecnologías de la información.**

El Digesto Jurídico se constituye así en punto final de esta magna tarea de intervención sobre el sistema jurídico contaminado, pero al mismo tiempo en punto de partida y base fundamental, para el permanente perfeccionamiento futuro de los sistemas jurídicos así tratados.

### **EL DIGESTO JURÍDICO ARGENTINO**

Como consecuencia de la sanción de la ley N° 24967, del Digesto Jurídico Argentino, que ordena su confección, se ha desarrollado el llamado Proyecto Digesto Jurídico Argentino, desde Agosto de 1999 a Septiembre de 2005.

La Ley N° 24.967 determina como el objetivo de esta ley, el fijar los principios y el procedimiento para contar con un régimen de consolidación de las leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación, a través de la elaboración y aprobación del Digesto Jurídico Argentino. Esto significa que ha elegido esta metodología, la de la consolidación, para alcanzar tal fin.

Esta definición de la Ley, más allá de ciertas imprecisiones en que incurre en su artículo 6°, al enumerar las técnicas a aplicar para la realización de la tarea, hace que todo lo aquí expuesto sobre la Consolidación, le sea aplicable.

El Proyecto ha estado a cargo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien ganara una licitación internacional llamada con ese objeto.

Se han revisado todas las leyes, los decretos leyes, los decretos de necesidad y urgencia y los decretos reglamentarios, sancionados y emitidos desde la institucionalización Nacional en 1853, hasta el presente. Para dar una idea del volumen, diré que se revisaron y leyeron más de 100.000 normas.

Se recorrió esa legislación, leyéndola de sus fuentes oficiales, el Registro Nacional y el Boletín Oficial, y se la analizó legislativa y documentalmente, con el objeto de establecer la historia legislativa de nuestro país, y de dar cuenta de todas las modificaciones, derogaciones o abrogaciones expresas sufridas por ella, determinando todas las relaciones y vinculaciones existentes, y se la clasificó, según las materias principales fijadas oportunamente por la Ley del Digesto Jurídico.

Toda esa información, resultante de estos estudios, se volcó en un sistema informático especialmente elaborado para recibirla.

El equipo técnico contó con 60 especialistas en legislación, documentación jurídica e informática.

Los equipos de profesores, más de 100 titulares distribuidos en los 26 grandes temas del Derecho, trabajaron el material resultante y, a partir de aquella rica información, realizaron un nuevo estudio epistemológico estableciendo incoherencias, contradicciones, superposiciones y otros defectos, individualizando, además, aquellas que perdieron su efectividad por haber cumplido o agotado su objeto o aquellas que deben ser eliminadas en forma expresa del sistema jurídico vigente, por hallarse reemplazadas implícitamente por otras, sancionadas con posterioridad.

Así resultó que se pudo determinar el grupo de leyes en vigencia, el que constituirá el cuerpo del Digesto, identificar el grupo de aquellas que han sido abrogadas expresamente, otro grupo con aquellas que han caducado por haber cumplido el objeto para el cual habían sido sancionadas, y finalmente el de aquellas reemplazadas tácitamente y que deben ser eliminadas en forma expresa, para sacarlas definitivamente del sistema jurídico y pasarlas a integrar el orden jurídico histórico.

De las primeras, es decir de las vigentes, se ha redactado su texto actualizado, cuando ello ha sido necesario, y del resto, se ha dado la justificación jurídica para adoptar cada temperamento y se las preparó y listó para que integren los distintos capítulos de la ya mencionada ley de Consolidación, que dará punto final a estos esfuerzos.

Se pudo comprobar que, apenas el 15 por ciento de las leyes objetivamente en vigor, rige efectivamente en la Argentina. En otras palabras: de un universo de 26.000 leyes sancionadas, sólo 4000 resultaron efectivamente vigentes.

La limpieza de leyes demandó seis años de trabajo a nuestro equipo de la Facultad de Derecho.<sup>22</sup>

Muchas normas tuvieron un derrotero complicado, y si no, basta nombrar algunos ejemplos, como el de la ley N° 23.077 sobre protección del orden constitucional y la vida democrática: si bien hoy está en vigor, previamente se la abrogó (derogó totalmente) y luego se la resucitó en cuatro oportunidades.

Un caso similar ocurrió con una ley referida a partidos políticos, la N° 16.652. Se la derogó dos veces, luego se la reimplantó por un decreto y por una ley en 1974 y al final se la abrogó pocos años después.

La Facultad de Derecho entregó, en el año 2005, al Estado nacional, el resultado de los estudios para su revisión por la Comisión de Juristas designados por el Ministerio de Justicia de la Nación para esa tarea. Este debía remitir su dicta-

---

<sup>22</sup> El que escribe ha sido Director de los Equipos Técnicos que elaboraron el Digesto Jurídico Argentino y también de los Equipos Técnicos que elaboraron el Digesto de la Provincia del Chubut.

men al Congreso de la Nación para la intervención de la Comisión Bicameral que lo recibiría y prepararía la Ley de Consolidación.

Este proceso se encuentra demorado y el dictamen del Ministerio de Justicia no se ha producido aún.

## LOS PROCESOS DE ORDENAMIENTO LEGISLATIVOS EN LAS PROVINCIAS

La sanción de la Ley Nacional del Digesto Jurídico Argentino y el desarrollo del Proyecto por parte de la Facultad, instaló en la sociedad argentina la idea de la necesidad de dar respuesta a los problemas de los diferentes sistemas normativos que conviven a diferentes niveles.

Así, muchas Provincias argentinas emulando lo que ocurría en la Nación, comenzaron procesos de ordenamiento de sus sistemas normativos provinciales.

De ellos, merecen destacarse los más exitosos, que son los de las Provincias del Chubut y de Río Negro, en el sur del país.

### Chubut

Para combatir la **inflación** y la **contaminación** legislativa, la Legislatura del Chubut tomó, con consenso unánime, la firme decisión política de afrontar el desafío de desarrollar un proyecto que le permitiera alcanzar el ordenamiento de su legislación con el objetivo de cumplir con el postulado de hacer la Ley conocida para todos los ciudadanos.

En el año 2006, se encomendó la tarea a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a través de una Ley Provincial y la posterior firma de un Convenio de Asistencia Técnica entre la Provincia y la Facultad.

La Provincia del Chubut, con criterio acertado, y sosteniendo la decisión política de favorecer la seguridad jurídica en el ámbito del Chubut, decisión que se adoptó como una verdadera política de Estado de la Provincia, reunió el apoyo de todos los bloques políticos con representación en ella, y se encaminó a cumplir con esos objetivos, a partir de la sanción de la **Ley Provincial N° 5199**, cuyo finalidad es el Ordenamiento y publicidad de las Leyes provinciales vigentes y su reglamentación y que determina los principios y procedimientos para establecer un régimen de consolidación de la legislación provincial, elaborando un Digesto Jurídico provincial.

Dicha Ley ha sido complementada por la N° 5262, que aprueba el Convenio de Asistencia Técnica con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a quien encarga dicho cometido. Este convenio, oportunamente firmado por el Presidente de la Legislatura Provincial, con funcionarios de la UBA, ha culminado con éxito

Puede afirmarse que el proyecto de Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut es realmente un modelo válido para las Legislaturas Provinciales.

Se procedió a la revisión de la legislación sancionada desde la organización provincial ocurrida en 1957, hasta el presente. Más de **6.000 normas fueron** leídas y analizadas de su fuente, el Boletín Oficial Provincial.

La tarea encargada a la **Universidad Nacional**, estuvo a cargo de un Equipo técnico de **30 especialistas** en legislación, documentación jurídica e informática, que desarrollaron la primera etapa del Proyecto.

Posteriormente, **60 profesores** titulares de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, conformaron 25 equipos según los grandes temas del Derecho, fijados por la Ley del Digesto Provincial.

Los equipos trabajaron de modo mancomunado con la Dirección del Digesto provincial de la Legislatura.

Es de destacar también, la colaboración invalorable de distintos organismos del Ejecutivo Provincial, como por ejemplo, la Asesoría General de Gobierno, el Registro Oficial, y distintos Ministerios, la del Superior Tribunal de Justicia Provincial, que ha suministrado los Fallos en que ese Cuerpo se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de distintas normas, y la de todas las dependencias de la Legislatura, entre ellas, su Secretaría Legislativa, su Secretaría de Enlace, de la Comisión Permanente de Asuntos Constitucionales, de la Coordinación del Digesto Jurídico y de todos los bloques políticos representados en ella, que comprendieron cabalmente, que se trataba de un proyecto de **todos** los chubutenses.

Las Leyes provinciales han sido tratadas y analizadas legislativamente, para establecer su historia normativa y conocer sus relaciones recíprocas.

Han sido tratadas documentalmente y clasificadas según los grandes temas que fija la Ley del Digesto Provincial, e incorporadas a una Base de Datos que es hoy patrimonio de la Provincia.

Se han establecido cerca de veinticinco mil relaciones activas y pasivas – abrogaciones, derogaciones, sustituciones, modificaciones entre las Leyes que ya se encuentran tratadas, analizadas e incorporadas en la Base de Datos, lo que revela la magnitud y trascendencia de esta iniciativa emprendida por la Provincia del Chubut.

Un aspecto a destacar es el que de las 5589 Leyes tratadas, quedan efectivamente vigentes sólo unas 1500, lo que implica una reducción del universo legislativo del orden del 70 al 75%.

Esta legislación se presenta ordenada y actualizada, clasificada por los temas principales y renumerada según las prescripciones de la Ley N° 5199.

Finalmente, mediante la sanción de la Ley Provincial N° 5688, se aprobó el Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut, que consolida las leyes y normas promulgadas hasta el 31 de Diciembre de 2006, de carácter general y permanente y sus respectivos textos, ordenados temáticamente, sistematizados, actualizados, fusionados y corregidos.

## Río Negro

La Provincia de Río Negro, con buen criterio y con la fuerte decisión política de los tres poderes del Gobierno Provincial, en favorecer la seguridad jurídica en el ámbito Provincial, decidió encarar las tareas que lo condujeran al logro de esos objetivos, a partir de la sanción de la Ley Provincial N° 3784, cuya finalidad es instituir, con carácter público y obligatorio, el “**Digesto Jurídico de la Provincia de Río Negro**” para el ordenamiento, la sistematización, la actualización continua, la fidelidad y la publicidad del derecho positivo vigente provincial, con la participación de los tres poderes del Estado y restantes órganos de la Constitución.

El proyecto de Digesto Jurídico de la Provincia de Río Negro ha significado una gran tarea, afrontada con una estructura propia. Se conformó un Grupo de trabajo a tal efecto, el que recibió capacitación y la metodología brindada como asistencia técnica por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El Grupo de trabajo, un equipo técnico de especialistas en legislación, documentación jurídica e informática, revisó la legislación sancionada desde la organización provincial hasta la fecha.

La Comisión Interpoderes que se conformó para la administración del Proyecto, que tiene miembros de los tres poderes y es presidida por el representante de la Legislatura Provincial, determinó como universo normativo objeto del relevamiento, a la totalidad de las leyes provinciales, las normas de igual jerarquía (decretos leyes, decretos de necesidad y urgencia y normas nacionales incorporadas por adhesión o por supletoriedad) y a los decretos del Poder Ejecutivo, tanto los autónomos como los reglamentarios.

Se incluyeron también las acordadas del Superior Tribunal de Justicia que reglamentan leyes por delegación de la facultad reglamentaria.

Se analizaron unas 85 mil normas. Se incorporaron a la base de trabajo digital la totalidad de las leyes y los decretos de alcance general, que totalizaron 17.065 normas.

La fuente de información, eje del trabajo, fue el Boletín Oficial de la Provincia, sin descuidar otras fuentes de información subsidiaria, principalmente la oficina de registro que lleva el Poder Ejecutivo Provincial, los expedientes de trámite legislativo, publicaciones del mismo Boletín Oficial y de Editoriales específicas.



Las Leyes provinciales han sido tratadas y analizadas legislativamente para establecer su historia normativa y conocer sus relaciones recíprocas.

Han sido tratadas documentalmente y clasificadas según los grandes temas que fija la Ley del Digesto Provincial, e incorporadas a una Base de Datos que es patrimonio de la Provincia.

Se han establecido cerca de sesenta mil relaciones activas y pasivas –abrogaciones, derogaciones, sustituciones, modificaciones– entre las Leyes que ya se encuentran tratadas, analizadas e incorporadas en la Base de Datos, lo que revela la magnitud y trascendencia de esta iniciativa emprendida por la Provincia de Río Negro.

El proyecto es el resultado de una tarea realizada por el equipo técnico que depuró y armonizó los textos normativos de la Provincia, detectando, analizando y evaluando las diferentes patologías del cuerpo normativo, como derogaciones implícitas, derogaciones por desuso, carencias legislativas, colisiones e interdependencias normativas, contradicciones, redundancias, inconsistencias, regulaciones confusas, fallas en la estructura lógica entre otras.

Esta actividad permitió identificar la falta de vigencia de muchas normas, por estar abrogadas implícitamente por normas posteriores; Se desecharon aquellas leyes cuyo objeto ya fuera cumplido (la instalación de un monumento, por ejemplo), o agotado.

Se eliminaron aquellas cuyo plazo, explícito en su texto, estuviera vencido.

La tarea llevó consigo la eliminación de artículos, incisos y párrafos existentes dentro de las normas vigentes, cuando se determinaba que los mismos habían cumplido el objeto o agotado su plazo.

Se detectaron las leyes individuales (por ejemplo, condecoraciones a una persona u otorgamiento de pensiones), y se conformó una base de datos complementaria con esa legislación.

Posteriormente, el análisis epistemológico de las leyes resultantes, fue encargado a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Más de 30 profesores, divididos en 20 equipos según los grandes temas del Derecho, realizaron un trabajo mancomunado con la Dirección del Digesto provincial de la Legislatura y otras oficinas del Ejecutivo.

Se identificaron las derogaciones implícitas de normas y se propuso su abrogación expresa.

Se redactaron los textos ordenados de las leyes cuyo texto había sido modificado.

Se eliminaron las leyes abrogadas expresamente.

De las 4220 Leyes tratadas quedaron vigentes 878, lo que implica una reducción del universo legislativo del orden del 80%.

Esta legislación se presenta ordenada y actualizada, clasificada por los temas principales y reenumerada según las prescripciones de la Ley 3784.

Finalmente, culminando este proceso exitoso, mediante la Ley N° 4270, se consolidan al día 29 de noviembre de 2007, en el Digesto Jurídico de la Provincia de Río Negro, las leyes y normas de igual jerarquía y sus respectivos textos ordenados temáticamente, sistematizados, actualizados, fusionados y corregidos.<sup>23</sup>

## REFLEXIONES FINALES

Hegel decía que *“Suspender las leyes en alto –como hizo el tirano Dionisio– o esconderlas en los meandros de doctos libros o colecciones de decisiones discordantes, y además, en un lenguaje extraño para que el conocimiento del derecho sea asequible sólo a aquellos que están adoctrinados en él, es un único y el mismo error”*.

Y agregaba que *“Los gobernantes que dieron a sus pueblos, aunque fuese una recolección informe, como Justiniano, pero mejor aún, un derecho nacional como código ordenado y determinado, son los más grandes benefactores del pueblo y han sido recompensados por esto con reconocimiento Ellos han ejercitado un gran acto de justicia”*.

Por ello, compartiendo esas reflexiones, espero haber demostrado que el Digesto Jurídico es uno de los pilares donde se apoya la democratización de la información jurídica y al mismo tiempo la absoluta necesidad de que los Estados afronten, a través de sus Poderes, la trascendente tarea de mantener sus sistemas normativos en equilibrio y libres de contaminación legislativa.

La información jurídica tiene, adicionalmente, una **función finalista** que es la de ir conformando la conciencia social de los pueblos, que deben asumir como propios, identificándose con sus premisas y postulados, los ordenamientos jurídicos reguladores de sus relaciones interpersonales y sociales.

Para ello es imprescindible que esos ordenamientos jurídicos sean suficiente y efectivamente “conocidos” por todos.

Es difícil sostener la existencia de un Estado de Derecho, en sociedades en las cuales sus ciudadanos y habitantes no poseen un verdadero conocimiento de las normas jurídicas que regulan sus vidas y derechos.

Como derecho fundamental que es y como pilar insoslayable de los sistemas democráticos, el conocimiento efectivo del Derecho es, a la vez, un **derecho** de la persona y un **deber** de los Estados Nacionales.

Estos últimos, tienen la obligación primaria de asegurar a todos los habitantes el acceso y el conocimiento de la información jurídica.

---

<sup>23</sup> Ver en el Apéndice el texto de la Ley de Consolidación, pág. 405 y ss.

Si no lo hacen con acciones concretas, estarán socavando el propio sistema que conducen.



# NOTE MINIME SUL DIRITTO AMMINISTRATIVO DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

*Alberto Massera, Marta Simimoncini, Francesca Spagnuolo\**

## SOMMARIO:

1. Introduzione. 2. I principi generali. 3. Il sistema amministrativo comune ed i procedimenti compositi. 4. I modelli organizzativi di interconnessione amministrativa. 5. L'europeizzazione della tutela giurisdizionale nazionale. 6. Note conclusive sul diritto amministrativo comune.

## 1. INTRODUZIONE

Sin dal suo primo apparire sulla scena internazionale, l'ordinamento comunitario si è presentato come un ordinamento con caratteristiche nuove, diverse da quelle tradizionalmente conosciute dalla comunità degli Stati e che hanno imposto la ricerca di una qualificazione diversa della sua stessa essenza (da qui l'impiego dell'aggettivo "sovranazionale"). Perché è stato ben presto chiarito dal suo giudice che anche i singoli, persone fisiche e persone giuridiche, e non solo gli Stati, sono soggetti dell'ordinamento costituito con il Trattato di Roma del 1957 (sentenza *Van Gend en Loos*); perché poi, in una fase più matura, è stato affermato il principio della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario: vale a dire il principio in forza del quale è riconosciuto ai singoli il diritto, che viene di nuovo a fondarsi direttamente sul diritto comunitario, al risarcimento a carico dello Stato membro per i danni provocati dal mancato

---

\* Il presente contributo nasce dal confronto e dalla collaborazione tra gli Autori; in particolare, ad A. Massera si deve la stesura dei paragrafi 1 e 2; a F. Spagnuolo dei paragrafi 3, 4 e 6; a M. Simimoncini del paragrafo 5. Una particolare menzione va comunque riservata al fattivo impegno di F. Spagnuolo, senza il quale il contributo stesso non avrebbe assunto la definitiva forma che è qui presentata. A. Massera: Professore Ordinario presso il Dipartimento di Istituzioni, Impresa e Mercato "A. Cerrai". Membro della Facoltà di Scienze Politiche di Università di Pisa. Settore scientifico disciplinare Diritto Amministrativo IUS/10. E-mail:massera@spjur.unipi.it M.Simoncini:Dottorando in Diritto dei Servizi Pubblici Nazionali e Locali presso: Dipartimento di Istituzioni, Impresa e Mercato "A. Cerrai".E-mail: marta.simoncini@sp.unipi.it.

o errato recepimento di una direttiva, quindi per il cattivo esercizio del potere normativo, di cui gli Stati pure sono gelosi custodi (sentenza *Francovich*)<sup>1</sup>.

Nondimeno, nella fase iniziale di vita dell'ordinamento sovranazionale molti, nella dottrina giuridica dei vari Paesi, avevano ritenuto che la materia amministrativa – e il suo diritto – fossero estranei, o comunque solo marginalmente toccati, dall'avviato processo di integrazione europea; ciò nonostante che ancora il giudice comunitario avesse per tempo avvertito che l'azione delle istituzioni comunitarie fosse assoggettata alle “norme generali del diritto amministrativo”<sup>2</sup>. Oggi, per contro, nell'ultimo dei Trattati che sono dedicati al “diritto amministrativo europeo”, si esprime la consapevolezza per cui “dans la mesure où l'action de la Communauté et de l'Union repose à titre principal sur des politiques publiques, on peut affirmer que c'est de mécanismes de droit administratif que dépend encore pour longtemps, au premier chef la réalisation effective de leurs objectifs”<sup>3</sup>.

## 2. I principi generali

Le autorità nazionali nel dare applicazione al diritto comunitario sono tenute, in primo luogo, al rispetto dei principi generali del diritto comunitario<sup>4</sup>. Tali principi, che il giudice comunitario ha (ri)elaborato, riprendendoli dalle tradizioni giuridiche comuni agli ordinamenti degli Stati membri, non solo fungono da collante del sistema comunitario – assicurando le compatibilità ordinamentali tra il livello sovranazionale e quelli nazionali – ma consentono anche, ed anzi facilitano, la circolazione, il trapianto e l'ibridazione di modelli ed istituti giuridici.

Il campo di applicazione dei principi generali del diritto comunitario non si limita tuttavia alle ipotesi in cui le amministrazioni nazionali agiscono in funzione comunitaria. Al contrario, ampio spazio è riservato alla formale positivizzazione dei suddetti principi anche nell'ambito delle nuove discipline nazionali sull'azione amministrativa (particolarmente significativa è sotto quest'aspetto la nuova legge italiana, 11 febbraio 2005, n.11, il cui articolo 1 introduce un esplicito richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> V., rispettivamente, Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 5.2.1963, in causa 26/62 e sent. 19.11.1991, in cause riunite C-6 e 9/90 (tutte le sentenze della Corte e del Tribunale di primo grado possono essere lette via Internet all'indirizzo [www.curia.europa.eu/it](http://www.curia.europa.eu/it)). Successivamente la Corte di Giustizia ha esteso il principio alla responsabilità per fatto dell'amministrazione (sent. 23.5.1996, in causa C-5/94, *Lomas*) e per fatto del giudice (sent. 30.9.2003, in causa 224/01, *Köbler*).

<sup>2</sup> CGCE, 15.7.1960, in cause riunite 43, 45 e 48/59, *Lachmüller*.

<sup>3</sup> J-B. Auby-J. Duheil de la Rochère, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, 20.

<sup>4</sup> CGCE, sent. 27.9.1979, in causa 230/78, *Eridania*.

<sup>5</sup> Legge 11 febbraio 2005, n. 15, Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa, in *Gazz. Uff.*, n. 42 del 21 febbraio 2005. Per un commento cfr. P. Forte, *Principles of administrative action after the recent reforms*, in M. P. Chiti, (ed. by), *General principles of Administrative Law*, Bologna, 2006, 81 e ss.; L. Ferrara, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*,

In estrema sintesi, i principi generali dell'ordinamento comunitario possono distinguersi in principi generali "fondamentali" e "principi generali di diritto amministrativo": mentre i primi agiscono sostanzialmente sul versante dei rapporti tra Comunità e Stati, i secondi riguardano, invece, le relazioni dirette Comunità-cittadini o Stato-cittadini ovvero anche relazioni a carattere triangolare che coinvolgono essenzialmente gli apparati amministrativi, sia comunitari che nazionali, ed i giudici titolari della competenza a sindacare il loro operato. Peraltro, seppure non è raro che lo stesso principio sia chiamato a giocare più ruoli e funzioni, in linea di massima, i principi fondamentali trovano collocazione nelle disposizioni dei Trattati, mentre quelli generali di diritto amministrativo possono rinvenirsi anche nelle norme di diritto derivato.

Tra i principi generali "fondamentali" del diritto comunitario una posizione di assoluto rilievo occupa quello di "leale cooperazione", in virtù del quale "gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità"<sup>6</sup>, col conseguente obbligo, in capo agli Stati membri, di adozione delle misure di organizzazione amministrativa necessarie a consentire l'applicazione della normativa comunitaria<sup>7</sup>.

Alla valorizzazione dell'organizzazione corrispondente ai diversi livelli territoriali dell'amministrazione concorre, invece, il principio di sussidiarietà, il cui rispetto, come noto, impone all'Unione di intervenire, nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, "soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale, né a livello regionale e locale, ma possono a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione essere conseguiti meglio a livello dell'Unione"<sup>8</sup>. Con riferimento specifico ai rapporti tra diritto amministrativo comunitario e nazionale la sussidiarietà opera, peraltro, come "limite all'attuazione amministrativa comunitaria diretta del diritto amministrativo comunitario e come incentivo alla cooperazione e alla coamministrazione"<sup>9</sup>. In più, in quanto principio tipico di relazione, esso è designato a svolgere la sua funzione di collegamento tra i principi di leale cooperazione e di "autonomia istituzionale", ogni qualvolta si renda necessario definire le attribuzioni di potere all'interno di

---

in G.C. di San Luca, (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 40-73; A. Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 4/2005, 707 e ss.; E. Picozza, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Il Cons. St.*, 2005, 1419 e ss.

<sup>6</sup> Art. 10 TCE.

<sup>7</sup> CGCE, sent. 17.2.1970, in causa 31/69, *Commissione c. Rep. Italiana*.

<sup>8</sup> Art. 5 TCE.

<sup>9</sup> S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 377.

un ordinamento composito nel quale siano state abbandonate le formule organizzatorie ispirate ai principi di gerarchia e accentramento<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda, invece, l'azione amministrativa rilevante per l'ordinamento comunitario, sia quella direttamente posta in essere dalla Commissione europea e dagli altri organismi comunitari, che quella "indiretta", realizzata dalle amministrazioni nazionali, questa deve soggiacere ai canoni fondamentali ed agli standard operativi definiti dalla Corte di Giustizia, ivi inclusi i principi generali del diritto. La violazione di questi ultimi, i quali fanno parte a tutti gli effetti dell'ordine giuridico comunitario, costituisce, infatti, "violazione del Trattato o di una regola di diritto relativa alla sua applicazione" e può essere, dunque, sanzionata dal giudice europeo (mediante il ricorso di annullamento, ex art. 230)<sup>11</sup>.

Più specificamente, con riferimento ai rapporti tra amministrazione e cittadino, è possibile rilevare come l'ordinamento comunitario si sia indirizzato verso una formulazione in linea di principio avanzata delle garanzie individuali, quasi a creare le condizioni per una sorta di "diritto alla parità" del cittadino verso la pubblica amministrazione. Tale diritto può intendersi, per un verso, come assenza di privilegi ingiustificati e, per altro verso, come uguale opportunità di avvalersi del complesso di poteri e di facoltà che sono ascrivibili alle rispettive sfere di autonomia e ai rispettivi ruoli.

In via di estrema semplificazione, i principi generali sull'attività amministrativa possono distinguersi in principi che attengono alla decisione dell'amministrazione e principi che attengono al processo di formazione della decisione stessa, sebbene le interferenze tra i due piani siano numerose e continue.

Tra i primi va innanzitutto posto il principio di legalità, il cui rispetto, seppure stemperato nella prospettiva del confronto con l'altro fondamentale principio della certezza del diritto, è pur sempre caratteristica fondamentale del Trattato e necessario fondamento degli interventi di "*puissance publique*" nella sfera dell'attività privata di ogni persona, fisica o giuridica<sup>12</sup>. Peraltro, se l'assolutezza del principio di legalità è limitata dal bilanciamento con il principio di certezza del diritto, d'altro canto, quest'ultimo sembra riallinearsi al primo, quando impone la necessità che le modifiche agli atti che incidono sulle situazioni giuridiche e di fatto dei soggetti assicurino il rispetto delle regole di competenza e procedura<sup>13</sup>. Tale principio, che nella sua componente più elementare "esige che ogni atto dell'amministrazione che produca effetti giuridici sia chiaro, preciso e portato a conoscenza dell'interessato in modo tale che questi possenga la certezza

<sup>10</sup> In base al principio di autonomia istituzionale, l'ordinamento comunitario non interferisce con l'organizzazione istituzionale interna degli Stati ed, in particolare modo, con la potestà di questi ultimi di definire l'assetto delle amministrazioni pubbliche operanti nel proprio ambito: v. CGCE, sent. 12.6.1990, in causa 8/88, *Germania c. Commissione*.

<sup>11</sup> CGCE, sent. 3.5.1978, in causa 112/77, *Töpfer*.

<sup>12</sup> CGCE, sent. 16.2.1979, in causa 101/78, *Granaria* e sent. 21.9.1989, in cause riunite 46/87-227/88, *Hoechst*.

<sup>13</sup> CGCE, sent. 15.2.1996, in causa C-63/93, *Deutsche Bahn*.



del momento a decorrere dal quale l'atto stesso esiste ed è produttivo di effetti giuridici<sup>14</sup>, non manca di essere utilizzato dal giudice comunitario come elemento regolatore delle relazioni triangolari tra ordinamento comunitario, diritto statale e situazioni soggettive del privato, quanto al tipo di strumento che il secondo è chiamato a mettere in atto per tradurre il precetto posto del primo in diritti ed obblighi validi per il terzo<sup>15</sup>. Peraltro, la modalità di utilizzazione che fa la Corte di Giustizia di tale principio, spesso per mero richiamo asseverativo, sembra portare ad una valutazione della pregnanza del principio stesso più sul piano funzionale che su quello concettuale. Per certi versi, il principio di certezza del diritto rappresenta la sintesi e insieme la fonte da cui sono derivati altri principi assai rilevanti per l'opera interpretativa della Corte, per cui è frequente che nell'argomentazione del giudice si venga a formare un'endiadi, nella quale la certezza del diritto opera con valenza rafforzativa ed integrativa dei principi derivati di volta in volta applicati o di altri principi la cui portata normativa la Corte intende affermare o (ri)affermare<sup>16</sup>. Tra questi anche il principio della tutela dell'affidamento ragionevole, il quale, in quanto attinente alla "sostanza" della decisione, si riferisce sia all'azione della Comunità che all'azione degli Stati in esecuzione del diritto comunitario e viene in evidenza con riguardo ad un ampio spettro materiale di applicazione. In particolare, esso vale ad introdurre un limite, anche di ordine temporale, alla latitudine del potere discrezionale dell'autorità, in specie quando si tratti di esercitare il potere di annullamento di un atto amministrativo illegittimo ovvero il potere di revoca di un atto individuale legittimo, comunque attributivi di situazioni soggettive favorevoli<sup>17</sup>. Il giudice comunitario ha peraltro individuato una sorta di ulteriori controlimiti alla forza di applicazione del principio in questione. Questi, se per un verso valgono a mettere in relazione il principio stesso con altri principi<sup>18</sup>, d'altra parte servono a garantire la conservazione di un margine ineludibile di apprezzamento in capo alle istituzioni comunitarie circa la scelta dei mezzi necessari per la regolazione effettiva ed adeguata del mercato in relazione ai mutamenti della situazione economica e, in genere, per la realizzazione delle politiche comunitarie<sup>19</sup>.

Una delle più importanti "scoperte" della Corte di Giustizia in materia di principi generali del diritto comunitario è, inoltre, il principio di proporzionalità, il quale si risolve essenzialmente nell'affermazione dei criteri in base ai quali l'autorità comunitaria non può imporre obblighi e restrizioni alla libertà dell'am-

<sup>14</sup> Tribunale di I grado, sent. 7.2.1991, in cause riunite T-18- T-24/89, *Tageras*.

<sup>15</sup> CGCE, sent. 20.6.2002, in causa C-313/99, *Mulligan e a.*

<sup>16</sup> CGCE, sent. 14.12.1995, in causa C-312/93, *Peterbroeck*; sent. 25.7.1991, C-208/90, *Emmott*; sent. 4.12.1974, in causa 41/74, *Van Duyn*; sent. 5.3.1996, in cause riun. C-46 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*.

<sup>17</sup> CGCE, sent. 12.7.1957, in causa 7/56, *Algera*; sent. 13.7.1965, in causa 111/63, *Lemmerz-Verke*; sent. 19.5.1983, in causa 289/81, *Mavridis*; sent. 1.4.1993, in cause riun. C-31/91 e C-44/91, *Lageder e a.*; sent. 8.2.2000, in causa C-17/98, *Emesa Sugar*; Trib. primo grado, sent. 19.5.1994, in causa T-2/93, *Compagnie National Air France*, sent. 16.10.1996, in causa T-336/94, *Efisol*.

<sup>18</sup> Trib. primo grado, sent. 24.4.1996, in cause riun. T-551/93, *Industrias Pesqueras campos e a.*

ministrato in misura superiore a quella strettamente necessaria, nel pubblico interesse, per il raggiungimento dello scopo che l'autorità stessa è tenuta a realizzare (*Verhältnismässigkeit in engeren Sinne*), una volta accertato che il provvedimento diviso è idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire (*Geeignetheit*) e necessario, ovvero che nessun altro strumento ugualmente efficace ma meno negativamente incidente sulle situazioni dell'amministrato è disponibile allo scopo da parte dell'autorità (*Erforderlichkeit*). Tale principio che determina, appunto, un canone di ragionevole adeguamento dei mezzi rispetto ai fini, esercita una duplice funzione anche sui rapporti tra Comunità e Stati, da un lato, agendo come limite all'attribuzione di competenze all'amministrazione sovranazionale e, dall'altro lato, fungendo da parametro per l'esercizio delle competenze nazionali in materie sottoposte alle regole del diritto comunitario<sup>20</sup>.

La proporzionalità disvela, peraltro, il suo intrinseco e fortissimo carattere relazionale nel collegamento con altri principi generali del diritto amministrativo, tra cui il principio di non discriminazione, nelle sue varie sfumature e applicazioni<sup>21</sup>. Questo, che a volte si presenta come parità di trattamento, mentre altre volte si pone come applicazione del fondamentale principio di eguaglianza, ha trovato ampia e frequente recezione anche nel diritto derivato (esemplare è il caso della normativa europea sugli appalti pubblici)<sup>22</sup>.

Nell'ambito dei principi generali del diritto comunitario attinenti al processo di formazione della decisione dell'amministrazione, una posizione di assoluta preminenza occupano, infine, il principio del contraddittorio<sup>23</sup>, il quale è elevato a canone generale dell'azione amministrativa, applicabile tanto all'azione dell'amministrazione comunitaria che possa avere esiti pregiudizievoli per l'amministrato quanto a quella diretta nei confronti degli Stati membri<sup>24</sup>, nonché il principio di motivazione, come modalità che consente "agli interessati di conoscere la giustificazione della misura adottata al fine di difendere i loro diritti e alla Corte stessa di esercitare il suo controllo"<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> CGCE, sent. 16.5.1979, in causa 84/78, *Tomadini*; sent. 15.7.1982, in causa 245/81, *Edeka*; sent. 29.2.1996, in cause riun. C-296 e 307/93, *Francia e Irlanda c. Commissione*; sent. 15.7.2004, in cause riun. C-37-38/02, *Di Leonardo e Dilexport*.

<sup>20</sup> Pr una trattazione più dettagliata si rinvia a A. Massera, *I principi generali*, in M.P. Chiti-G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, Milano, 2007, 332 e ss. e giurisprudenza ivi riportata.

<sup>21</sup> *Ib.*, 337 e ss.

<sup>22</sup> Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e postali, in GUCE L 134 del 30 aprile 2004, 1 e Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi, *Ib.*, 114.

<sup>23</sup> CGCE, sent. 4.7.1963, in causa 32/62, *Alvis*; sent. 23.10.1974, in causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association*.

<sup>24</sup> CGCE, sent. 10.7.1986, in causa 234/84, *Commissione c. Belgio* e sent. 4.2.1992, in causa C-294/90, *British Aerospace e a.*; sent. 5.6.2003, in causa 145/01, *Commissione c. Italia*.

<sup>25</sup> CGCE, sent. 7.2.1990, in causa 213/87, *Comune di Amsterdam*.

Ulteriori principi generali del diritto comunitario si ricavano da un'analisi dei profili attinenti al piano processuale del rapporto amministrazione-cittadino ed in special modo il principio dell'azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive, dell'attribuzione del potere cautelare e della (relativa e possibile) cedevolezza del termine, dei quali si dirà più avanti con riferimento all'europeizzazione della tutela giurisdizionale nazionale<sup>26</sup>.

Concludendo sul tema dei principi generali nell'ordinamento comunitario pare, dunque, quanto mai appropriata l'immagine di una "*Community based on administrative law*"<sup>27</sup> suggerita da Jurgen Schwarze in una delle prime trattazioni sistematiche della materia.

### 3. Il sistema amministrativo comune ed i procedimenti compositi

Mentre alle origini del processo di integrazione europea l'attenzione dedicata ai rapporti amministrativi è stata del tutto marginale – anche a causa della presenza nel Trattato di Roma di poche e generiche norme in materia – in tempi più recenti, lo studio dei rapporti intersoggettivi tra pubblici poteri nell'ordinamento giuridico comunitario, in special modo nella prospettiva delle relazioni tra amministrazioni, ha acquistato particolare vigore<sup>28</sup>. Un tale cambiamento è stato in parte favorito dall'ampliamento e dalle trasformazioni delle funzioni affidate all'amministrazione comunitaria, che originariamente concepita come un apparato snello e senza compiti di esecuzione diretta (secondo la nota definizione di Jean Monnet, di un'amministrazione "che non fa, ma fa fare")<sup>29</sup>, è ora divenuta una struttura complessa che intrattiene rapporti diretti con i privati e possiede una sfera di azione per certi versi assimilabile a quella delle amministrazioni nazionali<sup>30</sup>.

L'attribuzione all'amministrazione comunitaria di funzioni sempre maggiori e lo sviluppo dell'apparato amministrativo preposto al loro svolgimento ha, infatti, contribuito all'espansione dell'amministrazione propria della Comunità e alla nascita di organismi di raccordo e di composizione tra questa e le amministrazioni degli Stati membri<sup>31</sup>.

Più di recente il coordinamento tra l'amministrazione comunitaria e quelle nazionali ha dato vita a forme di composizione verticali ed orizzontali, di orga-

<sup>26</sup> Cfr. *infra*, § 5.

<sup>27</sup> J. Schwarze, *European Administrative Law*, London, 1992, 4.

<sup>28</sup> Le ragioni di questo cambiamento sono ben illustrate da G. della Cananea, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Tomo II, Milano, 2003, 1797 e ss.

<sup>29</sup> J. Monnet, *Mémoires*, Paris, 1976, 547.

<sup>30</sup> In argomento v. B. G. Mattarella, *Il Rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2006, 922- 923.

<sup>31</sup> Cfr. M. P. Chiti, in M.P. Chiti- G. Greco, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, cit.*, 415 e ss.

nizzazioni e di attività, comunemente denominate “sistemi comuni”, la cui funzione è quella di dare coerenza ad interessi divergenti ma interconnessi, assicurando il dialogo e il confronto tra gli esecutivi nazionali e l’amministrazione comunitaria. Tali sistemi –che sarebbero il “riflesso della natura collettiva o consociativa del governo europeo”<sup>32</sup>– evidenziano i mutamenti intervenuti nell’organizzazione amministrativa dell’Unione europea, trasformatasi da monista a policentrica.

Alla Commissione europea, principale punto di riferimento delle amministrazioni nazionali, si sono, infatti, aggiunti organismi di ausilio esterno (e.g. i comitati)<sup>33</sup>, uffici entificati (e.g. agenzie europee)<sup>34</sup>, reti di organismi (e.g. la rete europea di informazione e di osservazione in materia ambientale) ed autorità indipendenti (e.g. il Garante europeo per la protezione dei dati personali), tutte strutture in vario modo e misura interagenti con le amministrazioni nazionali.

Ne risulta, dunque, un sistema complesso, nel quale –come in tutte le organizzazioni multi-livello<sup>35</sup>– l’assenza di un centro e di una periferia e l’interdipendenza reciproca tra i vari soggetti rende necessaria l’elaborazione di modelli e forme di composizione che consentano la collaborazione ed il dialogo tra amministrazioni<sup>36</sup>.

Per favorire il confronto tra tutti i soggetti del sistema amministrativo comune, a partire dalla metà degli anni Ottanta, sono stati, quindi, elaborati nuovi moduli relazionali basati sul coordinamento e l’integrazione organizzativa. Inoltre, poiché nell’Unione europea, come negli ordinamenti nazionali, l’attività amministrativa si svolge essenzialmente mediante procedimenti amministrativi, si è fatto sempre più spesso ricorso anche a “procedimenti compositi”, la cui valenza organizzativa è stata di recente esaltata anche da un’attenta dottrina<sup>37</sup>.

Per mezzo dei procedimenti compositi l’amministrazione comunitaria coopera, infatti, con le amministrazioni nazionali in vista del conseguimento di un medesimo fine, servendosi di quest’ultime per l’esercizio di una funzione sovranazionale (e.g. la tutela della concorrenza) o collaborando con le autorità nazionali per l’esercizio di una funzione congiunta (e.g. per la protezione delle indicazioni geografiche o l’assegnazione del marchio ecologico).

<sup>32</sup> Sul punto v. S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. Bignami-S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Quaderni della Riv. Trim. Dir. Pub., n. 1, 2004, specie 49 e ss.

<sup>33</sup> Per una disamina v. M. Savino, *I comitati dell’Unione europea. La collegialità negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005.

<sup>34</sup> Cfr. E. Chiti, *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Milano, 2002.

<sup>35</sup> Per un inquadramento teorico del modello di multi-level governance v. F.W. Scharpf, *Verso una teoria della multi-level governance in Europa*, in Riv. it. di pol. pubbl., 2002, 26; mentre, con riferimento specifico all’amministrazione comunitaria, si v. M. Egeberg (ed. by), *Multilevel Union Administration. The Transformation of Executive Politics in Europe*, Basingstoke, 2006, 26.

<sup>36</sup> In tema v. E. Chiti- C. Franchini, *L’integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

Le regole applicabili ai procedimenti compositi, in assenza di una disciplina sovranazionale, sono quelle stabilite a livello nazionale, purché queste garantiscano la tutela effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario ed una tutela non meno favorevole di quella assicurata per casi analoghi sul piano nazionale. Tale formula di coordinamento, elaborata dal giudice comunitario in un certo numero di sentenze, consente il rispetto dei principi di efficacia ed equivalenza e favorisce l'uniformità della tutela delle posizioni soggettive dei singoli negli ordinamenti nazionali ed in quello comunitario<sup>38</sup>. Quando, invece, una disciplina sovranazionale esiste, come nel caso dei diritti di difesa<sup>39</sup>, la giurisprudenza comunitaria depone a favore dell'adattamento dei diritti amministrativi nazionali ai principi stabiliti in sede sovranazionale.

I procedimenti compositi, come i sistemi comuni, riflettono lo stato di avanzamento del processo di interconnessione amministrativa europea e segnalano l'esistenza di un complesso sistema di relazioni, volto, da un lato, alla cura di interessi comuni e dall'altro, alla garanzia del controllo ed del coordinamento orizzontale e verticale tra tutte le amministrazioni coinvolte nell'esercizio del potere amministrativo.

#### 4. I MODELLI ORGANIZZATIVI DI INTERCONNESSIONE AMMINISTRATIVA

Al fine di garantire all'amministrazione comunitaria ed a quella degli Stati membri un'azione di reciproco ausilio si è proceduto all'elaborazione di modelli organizzativi in grado di realizzare ipotesi di sovranità condivisa. Tra questi si segnalano, in particolare, la coamministrazione, l'integrazione decentrata e le reti di organismi. Solo più di recente, alle "figure di composizione" anzidette si sono aggiunti i "sistemi comuni di poteri indipendenti". Questi ultimi, pur riprendendo molti degli elementi caratterizzanti le precedenti forme di interconnessione amministrativa europea, presentano alcuni aspetti di novità che, seppure ancora in corso di consolidamento— meritano di essere considerati.

La caratteristica essenziale del modello della coamministrazione è l'attribuzione della contitolarità della competenza all'amministrazione europea ed a quella nazionale, alla quale è formalmente attribuito il compito di svolgere in proprio una determinata azione, necessaria e indispensabile per lo svolgimento della funzione comunitaria<sup>40</sup> (esemplare è il caso dei Fondi strutturali, per

---

<sup>37</sup> Cfr. G. della Cananea, in M.P. Chiti- G. Greco, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 525.

<sup>38</sup> V. CGCE, sent. 15.9.1998, in causa 231/96, *Edis*; sent. 17.11.1998, in causa 228/96, *Aprile srl*; sent. 6.12.2001, in causa 472/99, *Clean Car Autoservice GmbH Stadt Wien*.

<sup>39</sup> Si v. F. Spagnoulo, *Principi e regole del giusto procedimento tra ordinamenti nazionali, diritto comunitario e World Trade Organization: verso una global procedural fairness?*, in A. Massera (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 380 e ss.

<sup>40</sup> C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993, 178 e ss.

l'erogazione dei quali la Commissione europea e gli Stati membri interagiscono ai diversi stadi della procedura ed a più livelli). Gli elementi che caratterizzano il modello sono essenzialmente tre (1) l'unicità della funzione –che è condivisa tra più soggetti distinti; (2) il rapporto di necessarietà– per cui l'azione dell'uno è presupposto necessario perché anche l'altro possa agire utilmente; e (3) l'esistenza di un'espressa previsione normativa comunitaria che affidi all'autorità nazionale i compiti necessari per la realizzazione degli obiettivi da conseguire.

Il principale elemento di differenziazione tra il modello della coamministrazione e quello dell'integrazione decentrata è l'istituzione di un'"agenzia europea"<sup>41</sup>, ovvero di un ufficio comunitario dotato di personalità giuridica, titolare delle attribuzioni conferitegli dalla normativa sovranazionale, ausiliare rispetto all'ente istituyente ed organizzato secondo la formula della rappresentatività. Sotto il profilo funzionale, un tale ufficio entificato, da un lato garantisce la collaborazione tra i governi nazionali e tra questi e l'amministrazione centrale comunitaria e, dall'altro, conferisce alla materia un ordinamento decentrato<sup>42</sup>. La titolarità della competenza è, anche in questo caso, condivisa tra l'amministrazione comunitaria e quella degli Stati membri, ma lo svolgimento congiunto della funzione presuppone l'istituzione di un ente sovranazionale che limita i poteri di amministrazione attiva della Commissione europea ed assicura la collaborazione tra una pluralità di apparati pubblici competenti.

Il terzo modello organizzativo in grado di realizzare ipotesi di sovranità condivisa è rappresentato dalle "reti di organismi". Quest'ultime realizzano un'integrazione di natura strutturale tra soggetti che, pur differenziandosi gli uni dagli altri per una varietà di profili (natura, estrazione, livello territoriale, poteri, responsabilità), condividono la medesima competenza settoriale e sono, quindi, aggregati in funzione della soluzione di problemi specifici. Sebbene in termini giuridici il modello risulti ancora piuttosto indefinito, esso evidenzia alcune caratteristiche peculiari, quali la natura rappresentativa (i soggetti che intervengono sono, infatti, portatori di interessi diversi) e la perdita di territorialità (che deriva dal fatto che le funzioni pubbliche siano gestite a più livelli)<sup>43</sup>.

Negli ultimi decenni, nell'ordinamento comunitario, come pure al livello nazionale, si è, inoltre, proceduto all'istituzione di autorità indipendenti concepite come organismi specializzati e sottratti al controllo politico diretto. Le autorità indipendenti istituite in ambito sovranazionale sono spesso organizzate in rete con le amministrazioni nazionali, tuttavia, non può dirsi che il fine a cui tendono sia quello dell'amministrazione congiunta, quanto piuttosto la definizione di parametri e standard comuni<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. E. Chiti, *Le agenzie europee*, cit.

<sup>42</sup> Così E. Chiti- C. Franchini, cit., 77.

<sup>43</sup> Un'analisi più approfondita del modello è svolta da C. Franchini, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Dir. amm.*, 2008, 87 e ss.

<sup>44</sup> Come osserva M. P. Chiti, in M.P. Chiti- G. Greco, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 454.

Nondimeno, parte della dottrina ha ravvisato nelle autorità indipendenti e nei sistemi comuni di poteri indipendenti –di cui queste fanno parte insieme al “concerto regolamentare europeo”<sup>45</sup> e al “sistema comune delle autorità indipendenti”<sup>46</sup>–un nuovo modello di interconnessione amministrativa, che, pur condividendo molti degli aspetti tipici della coamministrazione e dell’integrazione decentrata– quali l’affidamento a più amministrazioni strutturalmente separate di una medesima finalità stabilita dall’amministrazione europea o il condizionamento dell’organizzazione e del funzionamento delle autorità di regolazione nazionale – si distingue per un’accentuazione del requisito dell’indipendenza<sup>47</sup>.

Complessivamente considerate, le “figure di composizione” summenzionate concorrono alla realizzazione di un sistema amministrativo comune nel quale le amministrazioni nazionali e quella comunitaria interagiscono, attraverso modelli relazionali e procedurali più o meno sofisticati, per la realizzazione di un medesimo obiettivo. Una tale interconnessione amministrativa che, come visto, interessa tanto i profili di organizzazione quanto quelli dell’attività, ha prodotto un’evoluzione non solo nei rapporti (orizzontali e verticali) tra le amministrazioni, ma anche nelle relazioni tra queste ed i privati, ai quali sono state, anzi, riconosciute garanzie di tutela più ampie di quelle accordate, in molti casi, sul piano nazionale. Ciò è avvenuto anche grazie alla giurisprudenza pretoria della Corte di Giustizia, le cui pronunce hanno consentito, nonostante normative nazionali di senso opposto, un ampliamento delle garanzie individuali ed il rispetto del principio di effettività della tutela.

## 5. L’uropeizzazione della tutela giurisdizionale nazionale

Attraverso le decisioni, spesso in sede di rinvio pregiudiziale, delle Corti comunitarie si è realizzato il processo di europeizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa nazionale, ovvero di progressiva influenza del diritto comunitario sulle forme di tutela giurisdizionale nei confronti dell’amministrazione riconosciute nei diversi Stati membri. Tale fondamentale azione di integrazione giurisprudenziale ha interessato, in primo luogo, il tema dell’effettività della tutela garantita alle posizioni giuridiche soggettive dei singoli dal diritto comunitario.

<sup>45</sup> In argomento v. S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. di Dir. Amm.* 2002, 689.

<sup>46</sup> Il sistema comune delle autorità indipendenti realizza l’integrazione strutturale e funzionale delle autorità indipendenti nazionali, attraverso modalità di relazione sia orizzontali che verticali. La disciplina comunitaria incide, in quest’ipotesi, sia sulla funzione delle amministrazioni interne che sulla loro struttura organizzativa. Per un approfondimento si rinvia a F. Merusi, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. Grassini, (a cura di), *L’indipendenza delle autorità*, Bologna, 2000, 19 ess.

<sup>47</sup> Cfr. , *amplius*, C. Franchini, *Autonomia e indipendenza*, cit., 98.

In conformità al criterio di separazione delle competenze di controllo giurisdizionale tra Comunità e Stati membri (cd. *dual vigilance*), in una prima fase, tale principio è stato valorizzato dalle corti comunitarie di riflesso all'applicazione dei principi del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario<sup>48</sup>, venendo, quindi, riconosciuto come conseguenza delle regole di armonizzazione e dell'efficacia diretta delle norme sovranazionali nello stesso momento in cui sono, pertanto, rimesse, la garanzia dei diritti e la scelta dello strumento di tutela più adeguato ai singoli ordinamenti, nel rispetto dell'autonomia processuale degli Stati membri e sulla base del presupposto dell'universalità della tutela, secondo la quale *ubi jus ibi remedium*<sup>49</sup>. Ne è esempio la sentenza *Salgoil*<sup>50</sup>, in cui la Corte di giustizia ha garantito la tutela in via diretta ed immediata, dinanzi al giudice nazionale competente, dei diritti previsti nelle norme comunitarie direttamente applicabili, a prescindere dalla qualificazione che il singolo ordinamento attribuisce alla posizione giuridica derivante da tali previsioni ed, in particolare, dalla distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, sostenendo la neutralità comunitaria delle differenziazioni nazionali delle situazioni giuridiche soggettive.

Tuttavia, il principio di effettività ha conosciuto un successivo approfondimento nella giurisprudenza comunitaria, fondato dapprima sul principio di equivalenza, in ragione del quale la libertà dei singoli ordinamenti nazionali di stabilire le forme di tutela più opportune per la protezione dei diritti di origine comunitaria dovesse essere subordinata alla garanzia di rendere le relative azioni possibili, praticabili e qualitativamente non inferiori a quelle corrispondenti proposte sulla base del diritto nazionale<sup>51</sup>. In seguito, ha assunto le vesti del principio fondamentale, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, dell'azionabilità delle pretese, assurgendo al rango di principio generale a garanzia del diritto a ricorrere in sede giurisdizionale<sup>52</sup>. Dopo la sentenza *Johnston, leading case* in materia, si sono, quindi, avuti ulteriori approfondimenti e specificazioni di tale riconoscimento, come dimostrano i casi *Heylens*, in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto l'ammissibilità dell'azione giurisdizionale ogniquale volta venisse rifiutato un beneficio connesso ad un diritto attribuito dall'ordinamento comunitario (nella fattispecie il riconoscimento di un titolo professionale), ed *Oleificio Borrelli*, in cui, invece, l'esigenza di garantire l'effettività della tutela nei procedimenti di coamministrazione, nel regime giurisdizionale di *dual vigilance*, è giunta a consentire il superamento della normativa italiana che non ammetta

<sup>48</sup> Cfr. T. Tridimas, *The General principles of EU Law*, Oxford University Press, 418. In particolare, l'Autore osserva come il principio di effettività differisca dagli altri principi generali del diritto comunitario, proprio per il fatto che non trova la sua origine nei diritti nazionali degli Stati membri, ma piuttosto nelle caratteristiche distintive del diritto comunitario stesso, quali appunto il primato, la diretta applicabilità e l'effetto diretto.

<sup>49</sup> *Ib.*, 422.

<sup>50</sup> CGCE, sent. 19.12.1968, in causa 13/68, *Salgoil*.

<sup>51</sup> CGCE, sent. 16.12.1976, in causa 33/76, *Rewe*; sent. 16.12.1976, in causa 45/76, *Comet BV*. Sulla complementarietà dei principi di equivalenza ed effettività, cfr. T. Tridimas, *cit.*, 423 e ss.

<sup>52</sup> CGCE, sent. 15.5.1986, in causa 222/84, *Johnston*.



l'impugnazione di atti non definitivi<sup>53</sup>. Inoltre, non bisogna sottovalutare l'incisività del principio di effettività con riferimento all'azionabilità in sede giurisdizionale di lesioni derivanti da atti di portata generale. Infatti, l'art. 230, par. 4, TCE prevede che le persone fisiche o giuridiche possano presentare ricorso contro regolamenti comunitari soltanto qualora siano interessate *direttamente* ed *individualmente* da tali atti. Nel precisare i limiti della legittimazione a ricorrere, le corti sono giunte a configurarla in maniera restrittiva, passando, però, attraverso tentativi di allargamento nel riconoscimento dell'interesse individuale e cercando di garantire, comunque, l'azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive. Significativa è in proposito la sentenza *Jégo Quéré* del Tribunale di I grado, che ha ridotto, anche in forza del richiamo all'art. 47 della Carta europea dei diritti, la qualifica dell'individualità ai criteri di certezza ed attualità della lesione della posizione giuridica soggettiva del singolo<sup>54</sup>. Tuttavia, tale decisione è stata annullata in appello dalla Corte di giustizia che ha ristretto la capacità interpretativa del giudice di primo grado, specificando come soltanto una modifica del Trattato avrebbe potuto consentire un simile allargamento della legittimazione a ricorrere e rimettendo, contestualmente, agli Stati membri il compito di determinare gli strumenti che consentissero agli individui di agire in sede giurisdizionale a tutela dei propri diritti di origine sovranazionale<sup>55</sup>. Invero, la prospettiva adottata dalla Corte di giustizia sembra celare un certo grado di *deference* verso le decisioni delle istituzioni comunitarie, ascrivibili alle responsabilità politiche di queste ultime, rendendo lo sviluppo comunitario dell'effettività della tutela parzialmente asimmetrico rispetto ai livelli nazionali<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Rispettivamente, CGCE, sent. 15.10.1986, in causa 222/86, *Heylens*; sent. 3.12.1992, in causa 97/91, *Oleificio Borelli*. In prospettiva di approfondimento della tutela comunitaria, si osservi la profonda divergenza di tale modello rispetto al sistema giurisdizionale realizzato nel processo di integrazione sudamericano, il Mercosur. Basti considerare che quest'ultimo presenta un filtro politico per l'accesso alla tutela giurisdizionale che si riscontra, da un punto di vista soggettivo, nel riconoscimento della legittimazione a ricorrere in capo ai soli Stati membri e, sotto il profilo oggettivo, nella predisposizione di rimedi arbitrari o, comunque, a genesi dispositiva (cfr. Anexo III del Tratado de Asunción, 1991; Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur, 2002). Infatti, gli artt. 39-44 del Protocolo de Olivos riconoscono alle persone fisiche e giuridiche soltanto una forma di iniziativa avverso sanzioni o applicazioni di misure restrittive della concorrenza in procedimenti che dimostrano una natura amministrativa e le cui probabilità di successo dipendono essenzialmente dalla volontà statale. In particolare, la presentazione della questione, sollevata dalla persona fisica o giuridica, alla Sezione nazionale del *Grupo Mercado Común* nello Stato membro di residenza, che decide sull'ammissibilità della stessa, crea una significativa barriera nell'accesso alla giustizia, soprattutto laddove tale Stato sia responsabile dell'introduzione della misura pregiudizievole. Inoltre, l'opzione per una risoluzione di tipo negoziale delle controversie tra Stati tende a comportare una significativa soluzione di continuità nei poteri e nella giurisprudenza del Tribunal Permanente de Revisión, l'organo giurisdizionale garante del diritto del Mercosur. In questo senso, è possibile concordare sul fatto che nell'ambito del sistema di giustizia del Mercosur, con l'esclusione delle controversie di lavoro relative ai dipendenti delle istituzioni comuni, finché gli Stati ne rimangono i principali attori, manchi per il singolo un'effettiva tutela giurisdizionale amministrativa. Sul punto, cfr. M. Viola De Azevedo Cuha, *The Judicial System of Mercosur: Is There Administrative Justice?*, IV *Global Administrative Law Seminar*, Viterbo, 2008, p. 16 del dattiloscritto.

<sup>54</sup> Tribunale di I grado, sent. 3.5.2002, in causa T-177/01, *Jégo Quéré*, in *Racc.* 2002, II-2365.

Un ulteriore e significativo ambito processuale in cui si è dispiegato il fenomeno dell'integrazione giurisprudenziale è rappresentato dall'attribuzione ai giudici nazionali del potere cautelare di adottare misure provvisorie in funzione dell'applicazione conforme ed effettiva del diritto comunitario. Si tratta del riconoscimento e dell'attuazione a livello statale delle norme del Trattato relative alle garanzie di salvaguardia interinale delle situazioni soggettive dei ricorrenti presso le corti comunitarie avverso atti delle istituzioni comunitarie. Infatti, in attesa della pronuncia giurisdizionale, nel tentativo di assicurare l'effetto utile del ricorso, il Trattato consente ai giudici comunitari di sospendere a tal fine l'efficacia dell'atto impugnato (art. 242 TCE) –che altrimenti continuerebbe a dispiegare i propri effetti– ovvero, per rendere maggiormente efficace il principio cautelare, di adottare anche provvedimenti provvisori innominati, a contenuto positivo e non meramente sospensivo (art. 243 TCE). Con l'obiettivo di garantire il primato e la piena efficacia al diritto comunitario, nonché allo strumento del rinvio pregiudiziale, tali previsioni sono state progressivamente estese dalla giurisprudenza comunitaria ai sistemi nazionali, incidendo in maniera decisiva sulla capacità delle tradizioni processuali dei singoli ordinamenti di tutelare le situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento comunitario.

Particolarmente significativo è il caso *Factortame*, che ha riconosciuto l'ammissibilità della sospensione di norme di diritto nazionale, qualora fosse altrimenti pregiudicata l'effettiva tutela di un diritto tutelato dal diritto comunitario<sup>57</sup>. Di tal guisa, muovendo dal presupposto dell'effetto diretto e perseguendo l'effettività, la Corte di Lussemburgo ha scardinato il principio britannico della presunzione, fondata sull'inammissibilità di *injunction* nei confronti della Corona, di legittimità delle norme fino all'accertamento della loro invalidità. Nella medesima prospettiva, la successiva sentenza *Zuckerfabrick* ha previsto la possibilità di sospendere in via cautelare un atto amministrativo interno fondato su un atto comunitario direttamente applicabile, quale un regolamento, del quale è parimenti controversa la legittimità<sup>58</sup>. In questo caso, tuttavia, dovendo bilanciare il principio dell'effetto utile del processo con quello dell'effettività e dell'efficacia del diritto comunitario, la Corte ha ribadito la natura provvisoria, strumentale alla pronuncia di merito e priva di carattere anticipatorio della tutela cautelare, approfondendo, altresì, l'analisi delle condizioni alle quali tale protezione fosse richiedibile al giudice nazionale. In particolare, devono sussistere

<sup>55</sup> CGCE, sent. 1.4.2004, in causa C-263/02, *Commissione delle Comunità europee c. Jégo-Quéré e Cie SA*. Sullo stesso punto, cfr. CGCE, sent. 25.7.2002, in causa C-50/00, *Unión de pequeños agricultores*. Si osservi che da ultimo il Trattato di Lisbona ha eliminato all'art. 230, c. 4, della versione consolidata del Trattato il riferimento all'individualità dell'interesse a ricorrere contro i regolamenti comunitari.

<sup>56</sup> Per una disamina dettagliata dei diversi caratteri dell'interpretazione della Corte di giustizia sul punto, cfr. A. Massera, *I principi generali*, in M.P. Chiti – G. Greco (a cura di), *cit.*, 398-400.

<sup>57</sup> CGCE, sent. 19.6.1990, in causa C-213/89, *Factortame*.

<sup>58</sup> CGCE, sent. 21.2.1991, in cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrick*.

seri dubbi sulla validità del regolamento (cd. *fumus boni iuris*, ossia la non infondatezza del ricorso ad un primo sommario esame), legando, quindi, la garanzia di tutela ad una forma indiretta di controllo di legittimità degli atti comunitari, e deve altresì sussistere il rischio che la parte richiedente subisca un pregiudizio grave ed irreparabile (cd. *periculum in mora*, ovvero il danno che può derivare da un mancato accoglimento immediato del ricorso). La medesima interpretazione è stata applicata dalla Corte di giustizia nel caso *Atlanta* in riferimento all'art. 243 TCE, riconosciuto quale titolo legittimante i giudici nazionali, in qualità di giudici comunitari, a concedere provvedimenti provvisori a contenuto positivo, riservando loro la possibilità di adottare misure atipiche a garanzia dell'effetto utile del ricorso, in attesa della pronuncia definitiva del giudice comunitario in sede di rinvio pregiudiziale, ma richiedendo loro contestualmente – e similmente al caso precedente – di motivare specificamente i presupposti del *fumus* per i quali si ritenga sussistere l'invalidità del regolamento<sup>59</sup>.

Nell'ottica dell'effettività della tutela dei diritti di origine comunitaria, il principio cautelare è stato ulteriormente sviluppato dalla giurisprudenza nell'applicazione della normativa sovranazionale di diritto derivato, soprattutto in materia di appalti. In particolare, per tale via, la Corte di giustizia ha valorizzato l'istituto della tutela cautelare *ante causam*, secondo il quale i giudici nazionali devono consentire la richiesta di misure provvisorie a prescindere dalla presentazione di un ricorso giurisdizionale nel merito, al fine di consentire lo spiegamento dell'effetto utile previsto dalle direttive di settore. Più specificamente, tale principio è stato precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Regno di Spagna*, in cui l'assenza della sua previsione nell'ordinamento spagnolo è stata giudicata pregiudizievole dei caratteri di celerità ed efficacia delle procedure di ricorso previste dalla direttiva CE 89/665 in materia di contestazione delle decisioni illegittime adottate nell'aggiudicazione delle gare pubbliche<sup>60</sup>. Nella stessa prospettiva, la Corte si è pronunciata nella successiva ordinanza *DAC*, stabilendo che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto<sup>61</sup>. La rilevanza di tali acquisizioni giurisprudenziali è evidente se si considera che questo quadro ha significativamente indotto il giudice amministrativo italiano, pur in assenza di norme nazionali vincolanti sul punto, a riconoscere in tale

<sup>59</sup> CGCE, sent. 9.11.1995, in causa C- 465/93, *Atlanta*.

<sup>60</sup> CGCE, sent. 15.5.2003, in causa C-214/00, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*. Si osservi, peraltro, che il diritto comunitario non impone a tal fine il ricorso ad un sistema di tutela giurisdizionale, richiedendo, piuttosto, procedure contenziose, anche amministrative, che in materia di appalti pubblici possano garantire l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche che scaturiscono dalla normativa comunitaria.

<sup>61</sup> Ordinanza CGCE, 29 aprile 2004, C-202/03, *DAC c. Spedali civili di Brescia*.

settore l'ammissibilità di un ricorso cautelare proposto prima del processo principale, sulla base del fatto che alla gara partecipavano imprese di altri Stati membri, nei quali già era prevista tale forma di tutela<sup>62</sup>.

Infine, l'ingerenza del diritto comunitario si è avvertita rispetto ai poteri processuali attribuiti ai giudici nazionali in qualità di corti comunitarie. Più specificamente, con riferimento alla decorrenza perentoria dei termini per la proposizione delle azioni giurisdizionali, la Corte di Lussemburgo ha sancito il principio della (relativa e possibile) cedevolezza del termine, secondo il quale la necessità di garantire l'effettività al diritto comunitario può prevalere a determinate condizioni su quello di certezza dei rapporti giuridici<sup>63</sup>. In proposito, la Corte di giustizia ha stabilito, innanzitutto, che il riferimento temporale iniziale per il decorso del termine di esperibilità del ricorso giurisdizionale per la tutela di diritti originati da direttive comunitarie coincide con il momento della trasposizione delle stesse negli ordinamenti interni<sup>64</sup>. Di conseguenza, impedendo allo Stato di eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata da un soggetto per far valere i diritti riconosciutigli da una direttiva comunitaria, finché questa non sia stata recepita nell'ordinamento interno, la Corte ha inteso tutelare il legittimo affidamento dei privati.

Nella stessa prospettiva, è stato affrontato il tema della rilevabilità d'ufficio da parte dei giudici nazionali dei motivi proposti fuori termine. In particolare, la sentenza *Peterbroeck* ha affermato come il semplice decorrere del termine di impugnazione non possa costituire motivo sufficiente per impedire al giudice di valutare la compatibilità di una norma interna con una disposizione di diritto comunitario non dedotta in giudizio dal ricorrente<sup>65</sup>. Nel valorizzare il diritto di difesa del ricorrente, nonché il principio di leale collaborazione *ex art. 10 TCE*, si è, però, compresso un altro principio comune alla maggioranza dei sistemi processuali europei, ovvero il vincolo della pronuncia giudiziaria alla domanda dell'attore (*cd. petitum*). Da qui, la necessità di ridimensionare la portata dirompente di una simile pronuncia –tentando di ridurne il carattere generale a favore dell'applicazione eccezionale a singole fattispecie e sottolineando la legittimità della previsione di termini ragionevoli di impugnazione, in conformità al principio della certezza del diritto<sup>66</sup>– fino alla più recente sentenza *Santex*, in cui la Corte ha riconosciuto la necessità di esaminare caso per caso la compatibilità della regola generale del termine di decadenza con il principio di effettività del diritto comunitario, ammettendo la ricevibilità di un ricorso contro un atto lesi-

<sup>62</sup> Tar Toscana, Sez. II, 16 aprile 2004, n. 1147. L'istituto è stato ora recepito nel codice dei contratti pubblici.

<sup>63</sup> Cfr. A. Massera, *I principi generali*, cit., 393.

<sup>64</sup> CGCE, sent. C-208/90, *Emmott*, cit.

<sup>65</sup> CGCE, sent. C-312/93, cit.

<sup>66</sup> Sotto il primo aspetto cfr. CGCE, sent. 14.12.1995, in causa C-430 e 431/93, *van Schijndel*; sent. 24.10.1996, in causa C-72/95, *Zuid-Holland*; sent. 29.4.1999, in causa C-224/97, *Ciola*; sent. 27.6.2000, in causa *Océano Grupo Editorial*; con riguardo al secondo profilo, cfr. CGCE, 10.7.1997, in causa C-261/95, *INPS*; sent. 12.12.2002, in causa C-470/99, *Universale-Bau AG*.

vo, divenuto inoppugnabile per decorrenza dei termini secondo le regole proprie del diritto interno<sup>67</sup>.

Ciò dimostra come l'incidenza dell'interpretazione giurisprudenziale comunitaria sulle regole processuali nazionali, generalmente riservate all'autonomia istituzionale dei singoli ordinamenti, si sia configurata in termini di compatibilità di tali strumenti con i principi processuali comunitari. Questo profilo è emerso con evidenza, in modo speculare, in relazione all'utilizzo di mezzi probatori e al tipo di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche. Sotto il primo aspetto, è sintomatico il caso *Regione Lombardia*, in cui la Corte non si è pronunciata nel merito della questione relativa alla disciplina italiana delle consulenze tecniche processuali, poiché dalla norma comunitaria non derivavano diritti soggettivi che il giudice nazionale fosse chiamato a tutelare<sup>68</sup>. Con riguardo al secondo aspetto, invece, emblematica è la sentenza *Upjohn*, in cui la Corte di giustizia ha abbracciato una visione restrittiva della capacità del giudice nazionale di sostituire il proprio giudizio degli elementi di fatto alle valutazioni tecniche delle autorità nazionali competenti<sup>69</sup>, non intendendo ingerirsi più di quanto strettamente necessario all'applicazione del diritto comunitario nell'autonomia processuale degli Stati membri. È, pertanto, evidente che il principio di non interferenza del diritto comunitario nella sfera del diritto processuale interno incontra il proprio limite nell'esigenza di assicurare l'effettività del diritto comunitario stesso.

## 6. NOTE CONCLUSIVE SUL DIRITTO AMMINISTRATIVO COMUNE

L'idea di un diritto amministrativo comune, avanzata ormai trentanni fa da Jean Rivero, nel suo noto contributo sulle prospettive del diritto amministrativo in Europa<sup>70</sup>, sembra, oggi, definitivamente confermata dall'esistenza di un'amministrazione europea integrata sia in senso oggettivo (sotto il profilo dell'attività) che soggettivo (sotto il profilo dell'organizzazione).

Il ricorso sempre più frequente ai modelli di esercizio congiunto di una funzione comunitaria e la creazione di organismi di collegamento tra i governi nazionali e tra questi e l'amministrazione comunitaria mette in luce l'evoluzione dei rapporti amministrativi tra Stati e Comunità ed il bisogno di garantire, attraverso formule di coordinamento, via via più elaborate, l'efficacia dell'azione amministrativa<sup>71</sup>.

In un siffatto contesto di crescente codipendenza il ruolo dei principi generali dell'ordinamento comunitario è quello di garantire la compatibilità ordinamentale

<sup>67</sup> CGCE, sent. 27.2.2003, in causa C-327/00, *Santex s.p.a.*

<sup>68</sup> CGCE, 23.2.1994, in causa 236/92, *Regione Lombardia et al.*

<sup>69</sup> CGCE, sent. 21.1.1999, in causa C-120/97, *Upjohn*.

<sup>70</sup> J. Rivero, *Vers un Droit Commun Européen: Nouvelles Perspectives en Droit Administratif*, in M. Cappelletti, (ed. by), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Firenze, 1978, 406.

<sup>71</sup> Come osserva E. Schimdt- Abmann, *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Dir. amm.*, 2003, 478.

tra i vari livelli, incentivando la cooperazione e l'azione sussidiaria, secondo modalità di relazione che, a differenza dell'integrazione normativa e di quella giudiziaria, si fondano sulla collaborazione e sulla dialettica piuttosto che sulla gerarchia. La complessità, che risulta dalla composizione in raccordi di tipo procedimentale e organizzativo di amministrazioni disposte su più piani, viene dunque gestita, nel sistema amministrativo comune, mediante il decentramento e l'interconnessione e nel rispetto dei principi fondamentali della leale cooperazione e della sussidiarietà.

Il modello dei rapporti che ne deriva, assai distante da quello originariamente immaginato dagli estensori del Trattato di Roma, si fonda sull'idea che l'interazione tra più soggetti e l'interconnessione tra più apparati –ovvero il metodo della “decisione congiunta”<sup>72</sup>– piuttosto che alterare il funzionamento della macchina europea, possa renderne più fluidi ed efficaci gli ingranaggi.

Linee-guida per la pubblicazione del libro sull'esperienza del Master sulla legislazione diretto dal Prof. Antonio Martino, Argentina.

---

<sup>72</sup> Cfr. F.W. Scharpf, *cit.*, 26.

## **GOVERNANCE E INNOVATIVITÀ IN EUROPA\*** **(Prassi istituzionale e strategie d'intervento)**

### **BREVE INTRODUZIONE**

*Enrico Taliani\*\**

Con sempre maggiore insistenza, a partire dagli anni ottanta del secolo passato, sembra prendere corpo, nell'ambito delle società avanzate, una riflessione profonda e controversa sulla 'crisi dello stato'. Due le scuole di pensiero che si contrappongono. Gli analisti appartenenti al mondo anglosassone, per esempio, optano per "una visione minimalista dello Stato", in base alla quale esso deve ritornare al suo vero scopo ('*coeur de métier*') che consiste nel decentralizzare su altri attori le funzioni considerate non strategiche", esattamente come stanno facendo i grandi gruppi industriali per rispondere alle sfide della mondializzazione<sup>1</sup>. Un discorso che investe la sfera delle sue funzioni tradizionali, cioè di Stato–Nazione, e pone dubbi su un 'modo di governare' che privilegia le cadute dall'alto verso il basso e forme di 'condivisione istituzionale' attraverso la distribuzione e l'articolazione di deleghe non estranee ai giochi clientelari.

Con gli anni novanta emerge una riflessione più profonda sul ruolo dello "Stato regolatore". Infatti, nell'ambito della seconda 'scuola di pensiero', tra l'altro per niente omogenea, l'interesse si focalizza non tanto sugli aspetti tecnicistici come emerge negli approcci che privilegiano la 'funzione minimalista' dello Stato, quanto sulla necessità di interpretare la 'crisi interna' come 'incapacità' "*à asseoir sa légitimité ainsì qu'à formuler des politiques publiques en phase avec les besoins socio-économique*"<sup>2</sup>. La delega a governare diviene l'asse strategico di una ricerca costante di consenso –da qui la legittimazione– in grado di interpretare aspettative e bisogni di 'soggetti sociali' che vogliono uscire da una stato di passività, se non di marginalità, per sentirsi parte di un tutto che vogliono cambiare in un quadro di crescente condivisione istituzionale.

---

\* El presente capítulo reúne diversos aportes, al cuidado y con una introducción del Prof. Enrico Taliani

\*\* Prof. dell'Dipartimento di Scienze Sociali di Università degli Studi di Pisa. E-mail: taliani@dss.unipi.it

<sup>1</sup> Gouvernance, Wikipedia, p.2 – <http://fr.wikipedia.org/wiki/Gouvernance>

<sup>2</sup> Ibidem, p.1-2-

Ne consegue, forse, una terza posizione, che pur avendo sempre la 'crisi dello Stato-Nazione' come punto di riferimento, analizza criticamente le forme di legittimazione che ne hanno fatto da collant e prefigurano un modo e metodo di governo che si costruisce dialetticamente in un rapporto nuovo tra Istituzioni e Cittadinanza. Studiosi eminenti come T. H. Marshall, J. Bendix, H. Arendt ed altri ancora, pur con angolature diverse ma per molti versi convergenti, colgono nella 'funzione-azione della cittadinanza' il portavoce di un'istanza di rinnovamento che, per essere gestita, richiede di rivisitare profondamente gli stessi concetti di consenso e governabilità. Lo Stato, in altre parole, sarà costretto ad ampliare la sua base di legittimità istituzionale condividendo l'esercizio del potere con nuove strutture di 'intermediazione e di negoziazione civica'.

Emerge, già dal confronto di queste posizioni, la contrapposizione tra una visione preminentemente stato-centrica che poggia sulla premessa dell'accentramento gerarchico-funzionale, tendenzialmente accentratore e clientelare, del potere pubblico e amministrativo e una visione che potremmo definire in termini di contenuti e obiettivi 'cittadinocentrica', in quanto tesa a spostare strategicamente l'asse della *policy* verso forme di rappresentatività che si costruiscono nel tessuto sociale a diretto contatto con forme di malcontento, disagio, insofferenza spesso molto diffuse. Le 'spinte dal basso' si configurano, cionondimeno, nella forma di elementi orientativi e problematici di una 'prassi istituzionale' che richiede continui e tempestivi aggiustamenti 'strutturali' e 'funzionali' onde evitare l'incancrenirsi di 'posizioni di interesse' che minano alla base ogni tentativo di 'buon governo'.

Il sorgere, e il diffondersi, di una 'cittadinanza attiva' come prerequisito di nuova governabilità istituzionale, pone senza dubbio molti interrogativi sia sulle modalità con cui prende forma, sia per gli scopi che intende raggiungere. Malgrado le differenze con cui essa si esprime, il *focus* di questa dialettica socio-istituzionale, nuova per molti aspetti anche giuridico-normativi, va colto in relazione ai reali o latenti livelli di consapevolezza a cui si è capaci di pervenire allo scopo di cooperare ad una 'riforma dello stato' che in molti contesti istituzionali diviene impellente per rispondere alle sfide e ai nuovi imperativi imposti dal continuo evolversi dei processi di globalizzazione (metabolici per sua natura), le cui punte più avanzate vengono ad identificarsi sempre più in un *mercatismo* esasperato e furiero di non poche preoccupazioni e al lento ma progressivo formarsi di una 'società globale'.

L'innesco del fattore 'cittadinanza' nei processi suddetti, può aprire su forme di un agire responsabile e consapevole che privilegia il confronto e il dialogo nella ricerca di soluzioni di concerto con le istituzioni pubbliche, o, di contro, fungere da contrappeso con il rischio di indebolire ulteriormente le piattaforme tradizionali spesso fragili e altalenanti su cui poggia il consenso.

In ogni modo, al di là delle tensioni che possono verificarsi in progressione con la diffusione e l'assunzione di responsabilità nel gestire processi di



cambiamento anche complessi da parte di una ‘cittadinanza’ attenta e attiva<sup>3</sup>, il fenomeno può costituire “un’opportunità’ che permette la costituzione e lo sviluppo di un punto di vista alternativo all’interno della gestione della ‘cosa pubblica’”<sup>4</sup>.

Nella vasta letteratura specifica sull’argomento, le forme di ‘cittadinanza attiva’ che si articolano in forme più o meno consapevoli in una società sempre più frammentata, assente e inquieta allo stesso tempo, hanno come epicentro ineludibile la necessità di ridefinire il rapporto tra ‘diritti’ e ‘doveri’ del cittadino, andando ben oltre i termini di ‘sudditanza civica’<sup>5</sup> per impostare un discorso di gestione consapevole partecipata della società e delle sue forme di rappresentanza, soprattutto in quei contesti che devono misurarsi con ‘emergenze sociali’ che non poche preoccupazioni e rabbie suscitano tra i vari strati della popolazione, partendo da quelli più marginali, esterni cioè agli interessi di un potere opaco e mal distribuito.

La questione assume in ogni modo un carattere politico-istituzionale che diviene strategico nel momento in cui alla conoscenza del fenomeno sono attese tempestive azioni di *decision making* che fanno perno sulla capacità di gestire il cambiamento strutturale di sistemi economici per loro natura complessi e non assimilabili a-prioristicamente a modelli di intervento universali.

Si pone così il problema di come governare questi processi, vale a dire di una *governance* volta ad innalzare contenuti, livelli, prospettive di buon governo a tutti i livelli societari, istituzionali, economici sia su scala regionale che nazionale e internazionale avendo sempre per riferimento, anche con capacità di anticipazione, degli effetti che si producono con i cambiamenti strutturali del sistema-mondo.

Un problema, pertanto, strategico che va a nostro avviso capito e analizzato non tanto o solo seguendo percorsi normativi se non ideologici, ma nell’ambito di ipotesi scientifiche appositamente formulate per verificarne la validità empirica in contesti dove maggiormente la *governance* diviene uno strumento di attuazione, di condivisione e controllo. Accrescere l’affidabilità e la visibilità dei processi in modo critico ma scientificamente orientato.

La *governance* si presenta comunque come una prospettiva di pensiero, un progetto *in progress* che ha come referente d’obbligo la comunicazione, una forma di prassi della comunicazione, necessariamente costante e permanente, che ha per scopo essenziale quello di fornire *input* informativi di qualità affinché il

---

<sup>3</sup> Da qui il concetto di ‘cittadinanza attiva’ per innedere quelle nuove forme di aggregazione che operano a diretto contatto con la realtà sociale in armonia ma anche in contrasto con le istituzioni pubbliche a livello globale, nazionale o locale.

<sup>4</sup> Cecconi Letizia, *Cittadinanza attiva come strumento di governance (Prospettive ed esperienze)*, Tesi di laurea, Ottobre 2002, Università degli Studi di Pisa, Facoltà di scienze politiche, p.1.

<sup>5</sup> Ivi.

cittadino sappia scegliere e decidere nella più piena consapevolezza e responsabilità. Quest'ultima soprattutto, negli approcci di *governance*, costituisce la premessa–fine per condividere contenuti e obiettivi in un quadro di una auspicata crescente democratizzazione del rapporto istituzioni–cittadini.

Come vedremo nel capitolo introduttivo, l'esigenza di rendere più visibile il ruolo degli Organi di governo dell'Unione europea per ridurre il *deficit democratico* – da qui la spinta a varare il Libro bianco sulla 'Governance europea', poggia sulla premessa che l'idea stessa di 'democrazia liberale' rischia di essere travolta dai cambiamenti in atto nel mondo per l'incapacità di assumere il 'nuovo' in un quadro di nuova governabilità di insieme e processi che agiscono sotto la spinta di eventi che sfuggono al controllo. In altre parole, in conformità di questi eventi, occorrono "sistemi di colazione di attori pubblici e privati" capacità di risvegliare il senso democratico con cui si affrontano e si intendono risolvere i problemi. "Cette démarches de coordination d'acteurs différenciés –si legge in un documento di Wikipédia" ont pour but de rendre l'action publique plus efficace e le sociétés plus facilement gouvernables"<sup>6</sup>.

I contenuti di base che distinguono la *governance* dal *gouvernement* trovano forse una loro spiegazione nella predisposizione di un 'azione pubblica tesa alla costruzione di un consenso sulla base dell'efficienza amministrativa, dell'allargamento della base partecipativa favorendo l'interazione con attori sociali rappresentativi di 'sfere di interessi' non sempre coagulabili ma comunque tesi a ricercare soluzioni che si ispirano al 'buon governo'. Un fenomeno di penetrabilità socio–istituzionale tra strutture di rappresentanza pubbliche e forme di impegno e di interlocuzione civica ancora in una fase di sperimentazione molto delicato per la ridda delle iniziative e degli interessi in gioco e di cui non è facile prevederne gli esiti nel breve e medio periodo.

In sintesi, pur nella pluralità dei significati che ad essa vengono attribuiti, l'uso del termine–concetto *governance* implica a) la volontà politica e l'impegno, da parte degli organi istituzionali di rappresentanza, di favorire il coinvolgimento 'dal basso' dei cittadini sul piano della promozione, gestione e verifica del 'processo governativo'; b) la formazione, da parte dei cittadini, di creare reti di comunicazioni orizzontali e trasversali nell'intento di diffondere una 'cultura di gestione' che li vuole come attori (superamento del concetto di sudditanza e di passività); c) l'istituzione di forme di *partnership* diverse e mutevoli ma allo stesso tempo organiche in funzione di obiettivi strategici quali il superamento degli ostacoli burocratici attraverso un'incisiva capacità di collaborazione e interlocuzione dei cittadini e d) la messa in atto di procedure normative orientate sul *problem solving* facendo un uso sempre più appropriato della sussidiarietà da intendere come 'capacità autoregolativa e finanziaria' nel gestire i processi economici e sociali su scala locale.

<sup>6</sup> Gouvernance, Wikipedia, p.3 – <http://fr.wikipedia.org/wiki/Gouvernance>

E' evidente che il termine *governance*, come appare nella letteratura specialistica, va colto in relazione alla 'crisi di governabilità' che sta investendo, in questi ultimi due decenni, pur con forme e gradi diversi, le democrazie occidentali. Il discorso vale ancor di più per le quelle società definite o definibile come 'emergenti' che si affacciano alla ribalta del mercato mondiale partendo da posizioni di debolezza sia strutturale che economica, per non parlare delle società più povere del globo che non riescono a rompere il ciclo perverso della povertà e quindi a metter in moto un meccanismo di accumulazione in grado di gestire il difficile, anzi il difficilissimo passaggio verso la *transizione*. Comunque, al di là dei livelli secondo cui è possibile 'stratificare' la società mondiale, l'esigenza di saldare efficienza economica e *governance* istituzionale viene a costituire la premessa per gestire situazioni complesse di 'produzione' e di 'distribuzione' della ricchezza. La 'gestione del potere', pertanto, costituisce un punto di riferimento sostanziale sul piano giuridico, in quanto si tratta di definire i tracciati legislativi su cui costruire un nuovo senso dello Stato che includa la cittadinanza come elemento partecipativo di condivisione e, sul piano sociologico, in quanto viatico di conoscenza che permea il modo di essere e divenire di una consapevolezza sociale sempre più rivolta alla tutela di bisogni e diritti dell'*homo civicus*, di un uomo che si forgia non solo percependo l'importanza dei processi in atto, ma intervenendo sugli stessi modificandone il corso. In questo contesto, la *governance* si pone al crocevia tra la tutela giuridica del cittadino che sta alla base dell'idea stessa di democrazia e la 'sostenibilità di un'azione' che si costruisce nella quotidianità a diretto contatto con problemi che richiedono continue soluzioni e quindi a farsi carico della gestione più responsabile possibile di risorse individuali e collettive.

*Governance* equivale, sempre e comunque, alle forme più elevate di assunzione di responsabilità da parte di tutti gli insiemi istituzionali che concorrono a far funzione la società come sistema complesso. Da qui l'esigenza di trasparenza e di legalità come motore di ogni prassi amministrativa e istituzionale e, più in generale, di azione dell'uomo.

La *governance*, pertanto, pur nelle sue diverse accezioni, non può prescindere dall'invadenza e capillarità di quel processo di globalizzazione che accresce l'intedipendenza tra tutti i segmenti societari del mondo pur distribuendoli secondo un ordine gerarchico la cui stratificazione dipende dal modo come le varie forme di cittadinanza, coagulandosi, riescono ad imprimere un moto alle proprie identità in contesti che si slargano dalle 'periferie' verso i 'centri' o, bruciando le tappe, si pongono all'avanguardia per la qualità e universalità delle loro idee e azioni.

Il discorso, ovviamente, si sposterebbe sulle politiche e strategie di aiuto internazionale, che, a nostro avviso, valutando poco o affatto, il grado di incidenza della cittadinanza sui processi di cambiamento non ha colto l'importanza di forme di incipiente governabilità nell'ambito di sotto-sistemi anche marginali rispetto alla 'centralità dello Stato', che, riproponendo su scala mondiale la moder-

nizzazione come ‘sviluppo implicito’, vede nella macro-progettualità economica l’unico viatico per la soluzione dei problemi con il rischio reale e dimostrato di produrre tanti effetti negativi per i più quanto i benefici per un ristretto numero di cittadini. E’ sufficiente pensare al problema della fame nelle economie economicamente più depresse e al declino sociale di molti strati di popolazioni inserite nel contesto dei ‘paesi ricchi’.

## LA GOVERNANCE IN EUROPA

Saper governare, implicito nell’etimo di *governance*, assume con ciò un carattere emblematico che racchiude in sé non solo l’intenzione e la volontà di superare le negatività connesse con l’uso e l’abuso di una concezione ristretta di rappresentanza civica, ma le potenzialità connesse con le spinte di ‘nuova rappresentatività’ che pervengono ‘dal basso’ grazie alla capacità di auto-organizzazione di gruppi e movimenti, associazioni ecc, espressive di una profonda istanza di cambiamento.

Il concetto di ‘cittadinanza’ e di ‘governance’ assumono, direttamente o indirettamente, un’importanza fondamentale nel Trattato di Maastricht (7 febbraio 1992), successivamente rivisto e modificato dal Trattato di Amsterdam del 1997, in cui si esalta, nella prospettiva di una più sostanziale integrazione economica e sociale dei popoli e dei cittadini europei, di garantire i diritti politici a livello comunitario, introducendo la Cittadinanza dell’Unione e facendo propria la Carta dei diritti come momento di eccellenza, trasparenza, salvaguardia di requisiti di democrazia sostanziale che sono il perno su cui ruota l’idea stessa di Europa e di un modo di governo che è allo stesso tempo un metodo di lavoro, ricerca aggregazione, corresponsabilizzazione di istituzioni e cittadini nel gestire il processo di coesione economica e sociale. Senza *governance* istituzionale non c’è Europa: viene meno la volontà politica, individuale e collettiva, di sentirci cittadini europei nel rispetto di una reciprocità e diversità saldamente ancorata alla Carta dei diritti.

Su questa scia si fa sempre più tangibile l’importanza di legittimare forme di partecipazione sempre più estese rivolte a responsabilizzare e a dare strumenti di intervento in grado di risolvere problemi che trovano nella reciprocità e prossimità il punto di partenza e di arrivo di una dialettica sociale che imprime un proprio moto all’azione del singolo, dei gruppi, delle istituzioni. La sussidiarietà, come logica di intervento che premia il cittadino –o chi più direttamente lo rappresenta– può essere indicato come lo strumento di base di una *governance* che può configurarsi soltanto partendo dal ‘basso’ e che, in un approccio costruttivo con l’entità istituzionale più prossima, questi (il cittadino) riesce a tutelare, promuovere, rivendicare, diritti sempre più sostanziali che dalla sfera istituzionale invadono quella del sociale o viceversa.

La *governance*, come detto, è un progetto *in fieri*, in continua costruzione che si fa carico di processi di trasformazione e cambiamento sempre più complessi

che investono tanto le istituzioni quanto il cittadino. La complessità, tuttavia, va letta sia a livello comunitario per la crescente lentezza nel prendere decisioni a causa anche della rete dei 'grovigli burocratici' (norme, procedure, regolamenti, delibere) che prendono forma amplificano nel tentativo di garantire a Stati e cittadini il funzionamento di una 'macchina complessa' che rischia di svuotare le funzioni di rappresentanza sopranazionale che in molti campi è chiamata a svolgere nel segno della continuità, dell'integrazione economica e della coesione sociale.

Il blocco che si è verificato e sta prendendo consistenza consiste nelle difficoltà di 'comunicare' dall'alto (Organi di rappresentanza comunitaria) verso il basso (cittadini europei), o, seguendo il percorso inverso dai cittadini verso gli Organi comunitari. Interessi, aspettative, proposte si inerpicano sino a Bruxelles per poi rimanere come anchilosate in una congerie di *lobbies*, di intendimenti, di lettere di intenti, di iniziative a metà: i processi deliberativi e amministrativi che si innescano allontanano il cittadino dagli organi di rappresentanza comunitari, diffondendo sfiducia, rabbia, scoraggiamento, diffidenza e così via.

Il 'deficit democratico', come vedremo, attinge le sue radici in un malcontento che deriva dalla spaccatura crescente tra la necessità di prendere decisioni macro-strutturali come il 'patto di stabilità' e quindi di esserne coerenti per rendere il 'sistema Europa' competitivo sul piano economico, scientifico ecc. e la scarsa duttilità a far proprie le istanze che dipartono dalle varie forme di 'privato sociale' –le micro-strutture– che si fanno portavoce di aspettative comuni al cittadino europeo che vuole maggiori garanzie sul piano della tutela dei suoi diritti e interessi.

La *governance*, pertanto, costituisce un asse strategico, auspicato e stimolato allo scopo di mediare tra istanze che sembrano divergere sempre di più, fermo restando –elemento essenziale– che l'Unione europea riesca a svolgere quel ruolo di garante dei diritti fondamentali e di indicare come sia possibile svolgere questa funzione di salvaguardia che non è rivolta soltanto ai cittadini dell'Unione pur nell'accettazione di processi che stanno travolgendo, a nostro avviso, il senso stesso della *competitività*: una strategia di eccellenza che deve sì premiare creazione e innovatività ma senza disgiungersi da quei principi di condivisione e di reciprocità che costituiscono il nerbo di ogni forma di equità sociale e di solidarietà umana e sociale.

Il titolo di questa 'sezione' della pubblicazione, non a caso porta il titolo 'Governance e Innovatività in Europa'. E un sottotitolo: Prassi istituzionale e strategie di intervento. Il lavoro poggia sull'assunto che la *governance* non è solo necessità ma antidoto ad ogni forma di cattivo uso degli strumenti istituzionali (da qui la prassi) su cui si costruisce il rapporto tra il cittadino e le sue strutture di rappresentanza.

La *governance*, per sua natura, – vale la pena ripeterlo – è un progetto *in fieri*, ma allo stesso tempo si trova, sia per i contenuti che esprime o può esprimere

e gli obiettivi che si pone, al crocevia di cambiamenti epocali; da una metabolica spinta all'innovazione che parte dal modo stesso di essere dell'economia mondiale, la quale riesce a combinare, asimmetricamente, mercato, tecnologia, scienza, diritti, povertà-ricchezza, accumulazione di ricchezza e nuove forme di sfruttamento, legalità-illegalità, creatività-assuefazione, consumo-inflazione, libertà-integralismo, democrazia-tirannia, senza alcuna possibilità –almeno fino ad oggi– di dare una logica, una regolazione ai fattori maggiormente disgreganti che impongono al cittadino comune, all'uomo della strada, un fardello sempre più pesante da cui non riesce a liberarsene.

Non per assurdo, ma per la stessa logica di contraddizione, la *governance* diviene uno strumento di lavoro e di ricerca, di impegno e di coinvolgimento, indispensabile proprio nella prospettiva di dare un 'senso' a politiche, comportamenti e aspettative che richiedono maggiore partecipazione democratica e un 'governo della società' in sintonia con una visione più armonica del reale e del suo divenire.

Utopia!?! In tutte le grandi enunciazioni che prefigurano, anche nel piccolo, modifiche della realtà in cui viviamo ed operiamo, l'azione rivolta alla soluzione di problemi per loro natura complessi è portavoce di una carica di emotività e di aspettative che spinge a sentirsi parte di un 'tutto' che vogliamo rendere più comunicativo, più vivibile, più umano. Non astrattezza o semplificazione ideologica, ma l'impegno a 'voler essere' per cambiare: questa la base utopica che si racchiude nel concetto di *governance*, come *chance* di ripristino di legittimità e di diritto all'esistenza, forse alla stessa sopravvivenza, in un'epoca che spinge le contraddizioni a forme esasperate di non-ritorno.

Trattare quindi *governance*, pur svolgendo la nostra funzione di studiosi del sociale, significa entrare nel merito di una 'fenomenologia del cambiamento' che produce innovazione e allo stesso tempo ne esaspera gli effetti. Da qui l'esigenza di comprendere non tanto il 'buono' o 'il cattivo' che emerge dai processi in atto, quanto di coglierne tendenze e contraddizioni in modo da offrire strumenti di riflessione a tutte quelle parti istituzionali che si accingono, nell'approccio alla *governance*, a farsi portatori non di innovazione *tout court*, troppo legata a fattori riduttivamente tecnologici ed economici, ma di innovatività, di un modo di essere del cambiamento e di quello che questo comporta da interpretare in un quadro di riferimento che non reprima ma esalti il 'senso del nuovo' come esigenza di creatività e di socialità rivolto a risolvere i problemi di un'umanità che sta perdendo i suoi connotati di spiritualità e di razionalità perché incapace di gestire i processi che essa stessa ha avviato.

Con più aderenza alla realtà di cittadini europei, il significato che viene attribuito alla *governance* implica, comunque, il riferimento "ad un ruolo innovativo assunto dai cittadini nell'ambito del governo della società" (Ceconi, o.c., p.1). Ed è da qui che bisogna partire per impostare un discorso che passerà attraverso una serie di contributi che, ciascuno a loro modo avendo per riferimento un tema specifico, cercano di mettere in evidenza aspetti di una problematicità e

contemporaneità di un fenomeno che ci coinvolge come cittadini anelanti alla libertà nella difesa di una democrazia sempre più governante.

Seguono ora nel testo i contributi, anticipati da una breve introduzione allo scopo di dare omogeneità, pur nella più ampia autonomia di rispettare la riflessione degli scriventi, ad un discorso che, pur avendo punti di contatto comuni, tende per sua natura a cercare risposte nelle varie forme con cui si articola il pensiero e l'azione dell'Uomo.

## 1. GOVERNANCE E PROGETTUALITÀ\*

*Enrico Taliani*

### 1.1. Il Libro bianco sulla 'Governanza europea'

Como se indica en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones en relación con los objetivos estratégicos para el período 2000–2005, “la promoción de nuevas formas de gobernanza” se menciona como uno de los cuatro objetivos estratégica mandato (COM (2000) 154).

Con el fin de dar un orden de homogeneidad a los temas, argumentos y cuestiones que se refieren a la idea de gobernanza como una expresión de modelos en construcción de ciudadanía participada y argumentos, el enfoque del análisis se centra en el Libro Blanco de la “Governanza Europea”, del cual reformulamos, con oportunas referencias y explicaciones, el articulado, insistiendo en los puntos que aparecen, en el nivel de presentación y reflexión didáctica, esenciales, si no paradigmáticos para la comprensión, en una visión de conjunto, una “propuesta” que ha despertado el interés, la controversia, y que aún está lejos de agotarse, incluso cuando hay acontecimientos que parecen frenar el entusiasmo por la construcción de una Europa de los ciudadanos, como parecen indicar directivas y documentos elaborados a nivel comunitario.

En el texto se muestran, con breves comentarios, los temas presentados y comentados en las conferencias celebradas en Montevideo en septiembre de 2006.<sup>7</sup>

---

\* Para esta publicación, el Prof. Taliani nos suministró una versión que había preparado para su seminario en Montevideo, la cual tenía numerosos términos y frases traducidas al español de modo fragmentario, para su uso personal. Dado que no contábamos con el original italiano, opté por completar la traducción de todo el texto al español, bajo mi responsabilidad (Nota: O.S.).

<sup>7</sup> Il testo che segue fa riferimento al seminario tenuto a Montevideo, anche se opportunamente ampliato per offrire una spiegazione più analitica delle *slides* presentate e commentate in quella sede. Inoltre, si è cercato, nei limiti del possibile, di rispondere, anche se indirettamente, alle molte questioni poste durante le giornate di lavoro dagli interlocutori della Maestria. Alcuni argomenti affrontati ma non discussi in profondità o perché *a latere* o per mancanza di tempo sono stati ripresi ed approfonditi da giovani studiosi/e della nostra Facoltà che si occupano, o nell'ambito del Master europeo sull'Imprenditorialità sociale (Dipartimento di Scienze sociali) o nell'ambito di Sociologia dello sviluppo: una disciplina che ho insegnato per lungo tempo sia nella Facoltà di Scienze Politiche, sia alla Facoltà di Economia e sia al Corso interdisciplinare di Scienze per la pace. Possibili interlocutori a distanza in una prospettiva di costruzione di un mondo in cui Scienza, Intelletto ed Entusiasmo

El término “gobernanza” como se ha dicho, puede asumir un significado polivalente. Se emplea en varias ciencias contemporáneas: desde la ciencia económica a la ciencia política encontrándose cada vez más utilizada aun en las ciencias sociales. “Procede de la necesidad de la economía (lo que se refiere el Gobierno de la empresa) y de la ciencia política (lo que se refiere el gobierno del estado) para muñirse de una noción omni-compreensiva, capaz de ofrecernos una variedad de significados que no están cubiertos por el término clásico de gobierno”. El concepto “gobernanza” corresponde a la forma **postmoderna de las organizaciones económicas, políticas y sociales** [http://ec.europa.eu/gouvernance/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/gouvernance/index_fr.htm).

Por tanto, “en relación al ejercicio del poder, el término ‘gobernanza’ tiende a evidenciar, en todos los ámbitos institucionales, el valor ‘asambleístico’ y ‘participativo’ y está cada vez más presente aun en niveles altos de complejidad organizativa (intermediaciones, sinergias, impactos). En las ciencias sociales contemporáneas, el concepto de ‘gobernanza’ puede asumir significados distintos y no siempre unívocos; por ej.: se puede entender el Estado mínimo, la ‘*corporate governance*’, el *new public management*, la buena gobernanza (Unión Europea), los sistemas socio-cibernéticos y las redes autosuficientes (R. Rhodes).

## 1.2. Las paradojas europeas

En el contexto europeo, en el plano jurídico e institucional, se están reforzando las llamadas ‘**paradojas europeas**’:

– La primera paradoja concierne la **gobernanza**. Se basa en dos problemas a su manera emblemáticos y problemáticos:

- a) los ciudadanos europeos esperan que los dirigentes políticos de toda Europa encuentren soluciones a los grandes problemas que acucian a la sociedad;
- b) esos mismos ciudadanos tienen cada vez menos confianza en las Instituciones y en los políticos, o simplemente, no están interesados en ellos.

El texto dice: “*Todos los parlamentos, así como los gobiernos nacionales, son conscientes de este problema, que sin embargo resulta especialmente preocupante en lo que atañe a la Unión Europea. Son muchos los que, frente a un sistema complejo cuyo funcionamiento apenas entendían, cada vez confían menos en su capacidad para realizar las políticas que ellos desean*”;

“*A menudo se percibe a la Unión como algo remoto y, al mismo tiempo, demasiado intervencionista*”

– La segunda paradoja concierne la innovación: una cuestión de vital importancia, pero que no tratamos aquí. En resumen, Europa no es lo suficientemente

---

possano ergersi come baluardo all'imperante 'distruzioneismo' che imperversa in molte parti del nostro Pianeta. La 'cultura accademica' come fonte perenne di verità e di ricerca che apre le menti ad essere e divenire protagonisti del cambiamento.



innovadora frente a los desafíos planteados por la globalización. Falta, una “gobernanza de la innovación” capaz de operar, producir cultura, ciencia, educación, al margen de esquemas que sufren de excesos jerárquico–burocráticos y jerárquico, tradicionalmente asociadas a esquemas obsoletos de *knowledge* científico y escasa predisposición a la contrastación.

Con referencia a la primera paradoja, por “crisis institucional” se entiende sobre todo la distinción entre “instituciones” y “ciudadanos”. No es extrañar, que en los documentos oficiales, se prefiera recurrir a dos conceptos que se repelen y convergen al mismo tiempo: el concepto de “déficit Democrático” para oficializar un estado de crisis concebido por todos como muy grave y en el largo plazo también peligroso por las implicancias políticas que de él podrían derivarse (Coloquios con dirigentes de la Unión Europea, Bruselas, 2006) y el concepto de “legitimidad democrática”

– El **déficit democrático** es un concepto que se invoca principalmente para afirmar que la Unión Europea y sus instancias:

a) adolecen de falta de legitimidad democrática y parecen inaccesibles al ciudadano por la complejidad de su funcionamiento: “...el sistema institucional comunitario estaría dominado por una institución que acumula poderes legislativos y gubernamentales –el Consejo de la Unión Europea– y por una institución burocrática y tecnocrática sin legitimidad democrática real – la Comisión Europea”.

b) El principio de **legitimidad democrática** representa la base jurídica sobre la cual se apuesta el modo de ser y devenir de la unión europea que, con los Tratados de Maastricht, Amsterdam y Niza se inicia la incorporación de los principios de ‘legitimidad democrática’ en el sistema institucional. A tal fin se entiende reforzar los poderes del Parlamento en materia de designación y de control de la Comisión y asimismo ampliar sucesivamente el ámbito de aplicación del procedimiento de codecisión.

En este contexto, la búsqueda de un modelo edificarás de goberarnos a pasa a través del principio de legitimidad democrática que se transforma en un instrumento que tiende a ensanchar la base participativa de los ciudadanos. Tres son las iniciativas más amplias dirigidas a acercar a Europa a los ciudadanos:

– Consejo de Niza (diciembre de 2000) – se celebró un amplio debate publico sobre el futuro de la Unión, abierto a los ciudadanos;

– Reforma de la gobernanza (Libro Blanco) – (julio 2001)

– Convención Europea (2002/3) encargada de mejorar la ‘legitimidad democrática’ de la Unión (el proyecto de Constitución Europea)

El debate sobre la Gobernanza europea puesto en marcha por la Comisión en su Libro Blanco (de julio de 2001), abarca el conjunto de normas, procedimientos y prácticas relativos a la manera en que se ejercen los poderes en la Unión Europea. Los objetivos fundamentales pueden resumirse como sigue:

a) adoptar nuevas formas de gobernanza:

- b) emprender una reforma a fin del colmar el déficit democrático de sus instituciones
- c) formular y aplicar de políticas publicas mas eficaces y coherentes que establezcan vínculos entre las organizaciones de la sociedad civil y la instituciones europeas
- d) mejorar igualmente la calidad de la legislación europea, su eficacia y su simplicidad
- e) contribuir al debate sobre la gobernanza mundial

Como se mencionó en la introducción, la definición misma de Gobernanza Europea forma parte de un marco en el que la idea de proceso (en preparación) se une a la idea de “sistema”: ambos tienen que influirse entre sí para lograr una síntesis óptima cada vez más avanzada tanto a nivel institucional y en términos de trabajo conjuntos que forman el universo “Europa”.

En este proceso de elaboración de las políticas comunitarias, hay dos puntos de referencia lógico-sistémica: a) el **baricentro estratégico\*** y b) **la dialéctica participativa**.

Con el primer punto se persigue evidenciar la capacidad de asociar a un mayor numero de personas y organizaciones en su formulación y aplicación; la mayor transparencia posible y finalmente una mayor responsabilidad de todos los participantes.

Con el segundo punto el interés del legislador se concentra, como se lee en ‘El libro blanco’ en el “... *permitir a los ciudadanos comprobar como los Estados miembros, actuando de manera conjunta en el marco de la Unión, son capaces de responder mas eficazmente a sus preocupaciones*’. Eso conduce a reflexionar en términos de ‘dialéctica participativa’: un concepto que debe utilizarse en conjunto con el principio de que la democracia implica no sólo el funcionamiento de las instituciones sino su reformulación en niveles de creciente armonización entre las partes de un sistema siempre más sujeto –en cada nivel jerárquico-funcional– formas de desviación y contraposición. Sus las estrategias elaboradas en sede comunitaria para hacer frente a fenómenos de exclusión social son ya por sí mismas un indicador emblemático de un “riesgo democracia” que puede

Golpea en los enlaces más débiles de una entidad supranacional que se basa más en los objetivos estratégicos compartidos que sobre su capacidad reguladora.

En efecto, la gobernanza europea requiere un esfuerzo por parte de todas las instituciones que concurren a su funcionamiento, esto es: órganos de la Unión Europea, Estados miembros actuales y futuros, Administraciones centrales, regionales y municipales y, sobre todo, la sociedad civil.

---

\* La expresión ‘baricentro’ proviene de la astronomía, donde significa “centro de gravedad común de un sistema de cuerpos celestes que muestran atracción mutua”. En el contexto de las cadenas de producción internacionales, la expresión ‘baricentro estratégico’ se usa para designar el lugar donde tiene su sede la empresa madre; véase al respecto: Luciano Vasapollo, *Potencias en conflicto: la pugna por la hegemonía mundial*, Madrid, El Viejo Topo, 2003, p. 181. (nota: O.S.)

Con este propósito vale la pena recordar que el principio de legitimidad democrática y el de la participación dialéctica se comprenden tan a través del método comunitario, que busca garantizar tanto la diversidad como la eficacia de la unión y asimismo el tratamiento equitativo de todos los estados miembros (desde el más pequeño hasta el más grande), por medio del arbitraje entre los distintos intereses a través de dos filtros sucesivos:

- del interés general a nivel de la Comisión y
- de la representación democrática, europea y nacional, a nivel del Consejo y del Parlamento Europeo (las dos instancias legislativas de la Unión).

No es por cierto casual que los legisladores y los estrategas de la unión pongan siempre más el acento no sobre la gobernanza *tout court*, sino sobre la ‘buena gobernanza’, y que consiste en mejorar este proceso con nuevas acciones y medidas respecto de cinco principios:

– **Apertura:** trabajar de una forma más abierta, desarrollando una comunicación más activa (labor de la UE y sus decisiones) y también utilizando un lenguaje accesible para el público.

– **Participación:** ampliar la participación de los ciudadanos en todas y cada una de las distintas fases del proceso (participación reforzada) elevando el nivel de la calidad, de la pertinencia y de la eficacia en todas las acciones.

– **Responsabilidad:** clarificando el papel de cada uno en los procesos legislativos y ejecutivos, a través de la responsabilidad de los Estados miembros y de todos los agentes que participan en el desarrollo y aplicación de las políticas de la UE en los distintos niveles

– **Eficacia:** las medidas deben ser eficaces y oportunas, y asimismo producir los resultados buscados sobre la base de unos objetivos claros, de una evaluación de su futuro impacto, en su caso, de la experiencia acumulada.

– **Coherencia:** entendida como una necesidad cada vez mayor en relación a tareas más complejas (la ampliación aumentará la diversidad)

Por otra parte no son más que principios–guías de los cuales partir para implementar formas de buena gobernanza, y esto, independientemente de los niveles de organización, incluso si estos, siempre y cuando necesite enfrentar desafíos tales como, por ejemplo el cambio climático, la evolución demográfica, las diversas articulaciones del trabajo precario, la integración de un número creciente de sujetos sociales: verdaderos portavoces de aquellos casos de pobreza y miseria, que esperan dar un nuevo orden a su vida después de sufrimientos indecibles. No son suficientes las fronteras de las políticas sectoriales tradicionales, mientras que debe, en nombre de una “buena y nueva gobernanza”, redefinir funciones y objetivos de las políticas de cohesión social y de avance económico sea para las franjas débiles de países miembros de la comunidad, sea para esos dos sujetos que buscan un rescate moral y social.

En la perspectiva que las buenas gobernadas se convierta en un método de acción, se deben respetar dos reglas fundamentales. La primera consiste en la afirmación que cada uno de estos principios es importante en sí mismo, pero no pueden ponerse en práctica mediante acciones se para. La eficacia depende de la capacidad de integrar partes de un sistema en continua formación. Es como se ha dicho: capacidad de pensar y actuar de una manera sistémica. La segunda regla, más articulada, se relaciona con otros dos principio, ambos básicos especialmente en el plano de una acción orientada a la capacidad de saber resolver los problemas derivados del cambio social y económico (problem solution): la proporcionalidad y la subsidiariedad. Con el primer principio se entiende regular el ejercicio de las competencias de la UE con la finalidad de enmarcar la acción de las instituciones de la unión que deben limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. En virtud de esta norma, la acción debe guardar proporción con la finalidad que se persigue. Un ejemplo se da cuando la unión tiene a su disposición varios modos de intervención. Se debe seleccionar el que, a igual eficacia, deja más libertad a los estados miembros y a los particulares. La proporcionalidad corresponde a un criterio de equilibrio dinámico por el cual cada parte debe o puede concurrir a la estabilidad del sistema ofreciendo lo mejor de sí misma en base a su propia capacidad, actitudes y recursos.

Este principio se completa con la subsidiariedad: un concepto clave por sus implicaciones de diseño, institucionales y éticas. Subsidiariedad tiene por objeto garantizar que las decisiones se tomen lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose que la acción que basa a emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. En virtud este principio la unión interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención a nivel nacional, regional o local. En síntesis, este principio está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidades que establecen que la acción de la Unión no debe exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.

La subsidiariedad, ligada fuertemente a tradiciones históricas y religiosas de múltiples países miembros de la UE, se carga hoy, a nuestro modo de ver, de un valor emblemático de fuerte impacto social si es realmente respetada, debido a su interfaz en los distintos niveles de organización social y económica del territorio. Las economías locales –la misma idea de desarrollo local– en la forma como se ha conceptualizado a nivel comunitario, son una expresión e instrumento de la subsidiariedad, en cuanto está en contacto directo con las necesidades, propuestas, iniciativas se tejen en un nivel intermedio entre las instituciones y la ciudadanía. La evolución misma de la participación se puede medir en la mayor o menor propensión o capacidad para hacer de la subsidiariedad el instrumento de la intervención por excelencia. El problema es ciertamente complejo, pero no está prohibido hacer ese tipo de relaciones interesantes entre las estrategias de intervención y participación de la eco–compatibles y creciente involucramiento de los ciudadanos en la gestión. También en el plano de la “salud”, del mercado de trabajo, los procesos de inclusión , etc. medirse con el prin-

cipio de subsidiariedad significa dar un sentido, un propósito a la formación de una conciencia social cada vez más arraigada en la solución de los problemas locales, sin limitarse en las lógicas identitarias que terminan por sofocar la potencialidad de los sistemas socio-económicos que viven gracias a la unión entre aquello definido como lo local y lo global.

Confirmando lo antes dicho, basta leer los documentos oficiales sobre el punto para darse cuenta la importancia atribuida a las sesiones de intervención para favorecer los cambios que se consideren necesarios para hacer de la “buena gobernanza” un verdadero instrumento de trabajo. Cuatro son las secciones bajo las cuales articular la entera problemática de la participación democrática.

La primera sesión se centra en los medios destinados a reforzar y mejorar la participación en la elaboración y la aplicación de las políticas de la UE. Los puntos fuertes u objetivos pueden ser captados en lo que sigue: – hacer mas transparente el sistema de funcionamiento de la Unión; – llegar hasta el ciudadano por la vía de la democracia regional y local; – implicar a la sociedad civil.

La segunda se refiere a la mejora de la legalidad y aplicación de las políticas comunitarias, mientras que la tercera tiene por objeto reforzar la vinculación entre la gobernanza europea y el lugar de la Unión en el mundo.

La cuarta, en fin, aborda el papel de las Instituciones.

En cualquier caso, de las formas particulares con las que se intenta operar, surge la exigencia de “una mas fuerte participación de todos los actores sociales, debidamente definidos (en la Primera Sección).

Es en esta Sección que vale la pena comentar algunos aspectos implícitos en los objetivos. Con el primero (*Hacer mas transparente el sistema de funcionamiento de la Unión*), las medidas indicadas apuntan a la “aprobación de Nuevas Normas Que permitan a los ciudadanos un mayor acceso a los Documentos de la Comunidad, recurriendo a las redes existentes, a las organizaciones de base y a las autoridades nacionales, regionales y locales. El sitio WEB, se dice, deberá convertirse en una plataforma interactiva de información, dialogo y debate, contribuyendo lo más posible a desarrollar un sentimiento de pertenencia a Europa, y de esa manera, a colocar las bases para “una mas fuerte participación de todos los actores sociales. Incluso aquí emerge la importancia del segundo objetivo (*Llegar hasta el ciudadano por la vía de la democracia regional y local*).

La expansión de las actividades de la Unión (15 años) ha supuesto su acercamiento a las regiones, ciudades y organismos locales, actualmente responsables de aplicar las políticas de la UE, desde las medidas agrarias hasta los Fondos Estructurales, pasando por las normas medioambientales. La mayor participación de las autoridades regionales y locales en las políticas de la Unión refleja también, un mayor compromiso de algunos Estados miembros, su creciente responsabilidad y un mayor involucramiento de los ciudadanos y organizaciones de base en los procesos de la democracia local.

Sin embargo, no faltan las críticas y impresiones negativas que ya venían adelantadas antes de la divulgación del documento oficial sobre “gobernanza Europea” y han adquirido una importancia luego de las respuestas ofrecidas por los ciudadanos europeos exhortados a que adopten posición sobre la propuesta. Las críticas principales se pueden agrupar de la siguiente manera:

– **Interacción insuficiente:** a) *el actual sistema de funcionamiento de la Unión no permite una interacción suficiente;* –b) *los Gobiernos nacionales no implican plenamente a sus regiones y ciudades en la elaboración de las políticas europeas*

– **Intermediación insuficiente:** *Regiones y ciudades sienten a menudo que su papel de intermediarios electos y representativos no se aprovecha lo suficiente. No son capaces de interactuar con la población en materia de política comunitaria.*

– **Burocracia excesiva:** *La legislación adoptada por el Consejo y el Parlamento europeos es demasiado detallada o no se adapta suficientemente a la experiencia y condiciones locales (claro contraste con las propuestas originales presentadas por la Comisión)*

– **Mecanismos inadecuados:** *Los Estados miembros no establecen mecanismos adecuados para organizar amplias consultas en el marco del examen y aplicación de las decisiones y políticas europeas que revistan una dimensión territorial.*

Sin duda, a los efectos de nuestro análisis, la demanda de ‘una mas fuerte participación de todos los actores sociales (primera sección) para alcanzar los objetivos de “Llegar hasta el ciudadano por la vía de la democracia regional y local y la participación (la mas directa posible) en la elaboración de las políticas” constituyen la premisa–fin para fortalecer la cohesión y la cooperación entre las asociaciones de los ciudadanos y el Comité de la Regiones, y es por este camino que debe efectivizarse un proceso de sensibilización y de información capaz de tocar todos los centros nerviosos de una sociedad.

### 1.3. Una mayor flexibilidad

En un contexto de relaciones sociales, políticas y económicas en fase de transformación continua, se necesita una ‘mayor flexibilidad’ en la adopción de “una normativa aplicable al conjunto de la Unión sin caer en una complejidad excesiva”, preordinando “programas con fuerte impacto territorial”; evaluando la aplicación de la mas incisivas políticas comunitarias mas adecuadamente mediante contratos *tripartidos* por objetivos”, y todo en la perspectiva de “aplicar en el futuro un enfoque mas descentralizado en materia de política regional”. Además de una cuestión de contenidos objetivos, la gobernanza Europea condensa en sí las prerrogativas un “súper–estado federal” en el que los Ciudadanos se reconocen en la medida en que asumen una responsabilidad directa en la gestión de todo el proceso de democratización de los grupos socio–políticos y económicos.

De otra manera, no se podría explicar la referencia a una mas fuerte presencia de *los actores sociales* de cara a la “coherencia general de las políticas”, teniendo en cuenta “el impacto territorial de las políticas comunitarias en ámbitos tales como el transporte, la energía o el medio ambiente.”

La referencia a la “coherencia” no es sólo jurídica-formal, sino, por la naturaleza “proyectual” \*, y con el fin de “evitar una lógica demasiado sectorial”, que reduciría “la compatibilidad con principios y criterios del desarrollo sostenible y equilibrado del territorio”, socavando así, un punto de vista científico, la necesidad de “elaborar indicadores que permitan detectar los ámbitos en que aun se precisa una mayor coherencia” (la fuerza del proyecto) y, desde el punto de vista de la participación, de “entablar un diálogo sistemático con con las asociaciones europeas y nacionales y lanzar (en este conjunto) un proyecto piloto de contratos por objetivos en uno o mas ámbitos de acciones.

Conciencia social y democracia local y regional son dos caras de una misma moneda que se funden en una visión de “la coherencia general de las políticas”, que a su vez sólo puede reforzarse con una “acción complementaria” que tenga por objeto:

e) reforzar el Comité de las Regiones que debería asumir un papel mas activo en la evaluación de la acción comunitaria mediante la preparación de informes preliminares anteriores a las propuestas de la Comisión

f) organizar el intercambio de las mejores practicas de participación de las autoridades regionales y locales en la fase preparatoria del proceso de decisión europeo a nivel nacional

g) examinar el impacto local y regional de algunas directivas e informar a la Comisión sobre la posibilidad de lograr mayor flexibilidad en su aplicación

Sobre la base de dicha información, la Comisión se planteará la posibilidad de un enfoque mas sistemático que permita alcanzar dicha flexibilidad en relación con algunos elementos del Derecho comunitario. ‘Coherencia general’ es un objetivo fundamental de la manera de ser y de devenir de la Unión y al mismo tiempo un método de trabajo que requiere una propensión a excelencia que se identifica con el ‘proyecto’: el motor real de la transformación de la sociedad incorporando crecientes elementos de eficiencia (capacidad de solución de los problemas) y de ‘posibilidades latentes’ (estímulos creativos).

“Implicar la sociedad civil” no es un lema, sino una exigencia en el momento en el cual la Unión, pro su construcción y naturaleza, no puede más que renovarse y reforzarse con la integración de otros países (estado, pueblo, comunidad) que hasta ahora no forman parte. La preservación de la democracia depende de la capacidad de incluir estas partes alcanzando niveles de mayor armonización y

---

\* Las expresiones capacidad “progettual” y “progettualità” refieren en italiano a la voluntad o capacidad de idear algo, de elaborar proyectos; dado que no existen equivalentes en español, y las hemos traducido utilizando los neologismos “proyectual” y “proyectualidad” (nota: O.S.).

desarrollo del conjunto, no contraponiendo los “viejos” a los “nuevos”, sino encontrar siempre nuevas modalidades para volverlos “funcionales” –actores responsables– al funcionamiento de un “sistema de relaciones” mucho más complejo. De ahí la “desafíos” que representan el desafío de orientar las estrategias, recursos y proyectos.

La sociedad civil es también un ‘sistema complejo’ de grupos, organizaciones, redes sociales, etc., más o menos ligadas entre si, pero a menudo en competencia. En grandes líneas, cuando se habla de “implicar a la sociedad civil” la UE entiende una conjunto de dimensiones de la sociedad, que van desde las Organizaciones sindicales y patronales hasta las Organizaciones No Gubernamentales; desde las Asociaciones profesionales hasta las Organizaciones de beneficencia; desde las ‘Organizaciones de base’ que se diversifican de país en país hasta las Organizaciones para la participación de los ciudadanos en la vida local y municipal por parte de la iglesias y comunidades religiosas.

Estas Organizaciones, en el contexto descrito, sirven a menudo de sistema de alerta rápida para orientar el debate político. El tratado CE exige a la Comisión consultar a los interlocutores sociales en la preparación de propuestas, especialmente en materia de política social.

Dichas organizaciones:

a) pueden celebrar acuerdos vinculantes que acaban convirtiéndose en disposiciones de Derecho comunitario en el marco del ‘diálogo social’

b) ofrecen una buena plataforma en toda Europa para modificar las orientaciones políticas y cambiar la sociedad

c) logran que los ciudadanos participen mas activamente en la realización de los objetivos de la Unión y de ofrecerles una vía estructurada para canalizar sus reacciones, críticas y protestas.

La participación de la “Sociedad civil” en la definición de las políticas de coherencia y armonización social y económica requiere esfuerzo económico y un compromiso político de gran importancia estratégica que, sin embargo, no siempre logra traducir en “acciones concretas” la multiplicidad de propuestas y demandas que se hacen por los “interlocutores sociales” de “los distintos contextos nacionales”. Faltan todavía estudios e investigaciones para evaluar el “peso real” de los “interlocutores sociales” en la adopción de las políticas generales de la UE. Las opiniones fueron también discutidas entre los interesados más directos. La canalización de las propuestas que vienen “desde abajo” chocan contra el muro de las “políticas macroeconómicas” que sólo marginalmente son capaces de cambiar el “curso de las decisiones” adoptadas por el Consejo Europeo y la Comisión. Es cierto que forman el ‘lobby’ cada vez más aguerrido que logran establecerse en las “zonas” y las “situaciones” donde la “microeconomía” se convierte en la única referencia para apoyar las políticas ambientales.

Aun faltando, como se ha mencionado, los estudios en profundidad sobre este tema, se puede ver una relación directa entre la “mayor participación” y



“mayor responsabilidad” de la Sociedad Civil, especialmente cuando se trata de aplicar los principios de ‘buena gobernanza’, entre los que se incluyen el de la Responsabilidad y el de transparencia. El Comité de las Regiones y Comité Económico y Social, dice un experto, como se nota en muchos documentos oficiales, debería incrementar su participación mediante la preparación de informes preliminares, con el fin de contribuir a la elaboración de las políticas en una fase mucho más precoz. Sin embargo, no debemos olvidar que el objetivo fundamental consiste en el “reforzar una cultura de consulta y de diálogo” como antídoto contra todas las formas de abuso por parte de grupos de presión económicos muy presentes, que actúan e influyen en las decisiones de los órganos de gobierno de la Unión Europea.

Por último, unas palabras sobre la ‘Constitución Europea’, que a pesar de las demoras y retrasos debido, entre otras cosas, a esa sensación de inquietud que surca la opinión pública europea, debería reforzar la legitimidad democrática de la Unión, y consiguientemente, en el mismo sentido, el background político–estratégico así como la política social en la que dirigir la acción europea en las próximas décadas.

Las siguientes medidas y disposiciones pueden ofrecer la dimensión problemática del ‘fenómeno jurídico’, ‘estratégico’ y social enfrentado desde la primera versión de la Constitución. La salvaguarda de la Unión es de por sí un fenómeno político (depende de la voluntad de los Estados política supranacional) y por lo que refiere a la ‘gobernanza’ un ‘fenómeno jurídico’ encontrar la forma de conciliar las ‘grandes cuestiones que miran al funcionamiento de un “sistema complejo” como es la Unión, con las presiones sociales por mas democracia procedentes de la base, por los ciudadanos.

En esencia, es perseguir los siguientes objetivos:

- Simplificar el uso de los Tratados, que se funden en un texto único: el Tratado Constitucional, y de los procedimientos a fin de que sean más comprensibles para los ciudadanos;
- afirmar, por vez primera, los fundamentos democráticos en que se basa la Unión (pluralismo, libertad, derechos humanos, justicia, Estado de Derecho, solidaridad y no discriminación, etc.);
- reforzar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos al incluirse en la Constitución la Carta de los Derechos Fundamentales;
- favorecer la asociación más estrecha de los parlamentos nacionales al proceso de decisión a escala europea, creando un mecanismo de “alerta precoz” en cuanto al respeto del principio de subsidiariedad. Dicho mecanismo proporcionará a los parlamentos nacionales un camino directo para intervenir en el proceso legislativo;
- consolidar los poderes del Parlamento Europeo con la generalización del procedimiento de codecisión y un derecho de decisión en materia presupuestaria igual al del Consejo;

- perseguir una mayor claridad en la atribución de competencias entre la Unión y los Estados Miembros, y entre las instituciones europeas;
- promover nuevas obligaciones para las instituciones europeas en lo referente a la consulta de la sociedad civil, la transparencia y el acceso a los documentos.

En el contexto de la Constitución, se entiende estimular la democracia participativa con la posibilidad concedida a los ciudadanos –si se reúne como mínimo un millón de ellos que representen un número significativo de Estados miembros–, de invitar a la Comisión a que presente una propuesta de ley que dichos ciudadanos consideren necesaria (petición legislativa).

En los últimos años, no después del rechazo por referéndum nacional de la Constitución por los ciudadanos franceses y holandeses, un mayor pesimismo sobre el futuro de la Unión se está extendiendo entre algunos gobiernos nacionales y una gran franja de la población. El hablar de una “gobernanza europea” que se hiciese cargo de las instancias participativas de base sigue estando presente, casi como una referencia obligada, en las reuniones de los órganos representativos de la Unión, sin que por ello reviva el espíritu que animó a muchos legisladores y hombres políticos europeos para aprobar el ‘Libro Blanco sobre la gobernanza europea. Tal vez una fase de estancamiento debido a las dificultades encontradas en cuanto a la adaptación de las “políticas estructurales” a los retos inherentes al proceso de globalización o tal vez a aquellas, aún más insidiosas, por no encontrar una “fórmula de gobierno puede hacer más coherente entre las distintas partes y almas, de la que está compuesta Europa. No puede, en este contexto, no hablar de los fenómenos de ‘particularismo’ que invisten muchos contextos nacionales europeos y que pueden minar la idea misma de una “federación supranacional de Estados soberanos”, y, aquél más preocupante, de la caída del ‘momento de la planificación “que había inspirado la política de cohesión económica y social iniciado con el Tratado europeo en los años noventa.

Para ser más específicos en las cuestiones institucionales relacionadas con la ampliación y el acercamiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones, muchos nodos han de recibir las consecuencias. Muchos conflictos abiertos o latentes, entre “instituciones” y “ciudadanía” en muchos contextos locales, donde tal vez mas agudamente emergen las contradicciones sociales por no haber, en décadas anteriores: a) hacer uso de los bien dirigidos “Fondos Estructurales” europeos o de otro tipo de ayudas y subvenciones para lograr los objetivos de cohesión social y la recuperación de la economía con especial referencia a las zonas deprimidas y b) promover la “acción ciudadana” vinculada a los casos de planificación local y regional, y no sólo nacional, en que los “conflictos de intereses” han prevalecido, creando no pocas desavenencias, malentendidos, daño a la comunidad, y c) evaluar, en un esquema de costo–beneficio, la presión por formas exageradas de “particularismo” y localismo” que puso fin a para bloquear un interés público colectivo.

Sin embargo, existe también una forma de sangrientas luchas entre los órganos del poder nacional, en una secuencia de situaciones que involucran también

a las instituciones de representación a nivel regional y local, y una “voluntad popular” puede tener “las formas de conflicto y de “desviación” que ponen en crisis el “gobierno local”.

Un “gobierno local”, sea dicho, que no ha sido capaz de prevenir o para planificar las intervenciones en el interés de toda la comunidad, de hecho, en su caso, cabalgando ingeniosamente la impaciencia y la cólera, al aceptar una forma de “negociaciones” para la interferencia de la delincuencia organizada que se aprovecha del descontento popular para preservar sus privilegios criminales.

Con profundo dolor, en este contexto no se puede dejar de mencionar el “caso de la basura” en Nápoles, que, cuando se ve desde una perspectiva de “governabilidad democrática”, es el ejemplo negativo total. Es increíble! Todos han fracasado, o por ignorancia, o por ilusiones, o por ganancias, o la incapacidad, o falta de sensibilidad, o por demagogia, o por laxitud, y así sucesivamente. Exactamente lo contrario de lo que es la base de “buena gobernanza” que se basa en las mejores prácticas, en el proyecto como aquella capacidad de hacer un gobierno de las cosas que respete al ciudadano y lo eduque a donde todavía no puede entender la importancia de ciertos fenómenos y que se puede razonar en términos de “resolución de problemas”.

Que podemos por lo menos, de este fracaso, tomar las medidas para restablecer un discurso nuevo y diferente de “gobernanza” que sepa unir la capacidad administrativa de respetar los derechos humanos y la conciencia social, sin la cual cualquier tipo o modo de gobernanza colapsaría bajo el peso de un férreo autoritarismo.

## **2. CITTADINANZA ATTIVA E LEGISLAZIONE EUROPEA**

### **(Per una governance istituzionale)**

*Linda Ferretti e Alessandro Cheli*

La cittadinanza è uno status cui la Costituzione riconnette una serie di diritti e doveri. Essa è condizione per l'esercizio di diritti connessi alla titolarità della sovranità da parte del popolo, tra cui in particolare, i diritti politici, come l'elettorato “attivo” e “passivo”, ma è anche fondamento di alcuni doveri costituzionali, espressione di solidarietà che esiste tra i componenti di un unico popolo.

Con l'integrazione europea il rapporto tra lo Stato ed i propri cittadini cessa di avere quel carattere di esclusività che aveva in passato. Il trattato dell'unione europea del 1992 (trattato di Maastricht) ha introdotto l'istituto della “cittadinanza dell'Unione” (art. 17 – 22 Trattato CE). Presupposto della cittadinanza dell'Unione è la cittadinanza ad uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione completa la cittadinanza nazionale e non la sostituisce (art. 17 Trattato CE).

La cittadinanza statale diventa, pertanto, parziale e deve essere integrata attraverso il riferimento a quel complesso di situazioni soggettive e alle relative forme di attuazione (art. 18, 20 e 21 Trattato CE). Ecco perché il cittadino

dell'Unione può agire nei confronti dello Stato di cui possiede la cittadinanza per far valere i diritti che gli spettano in forza della cittadinanza comunitaria.

L'aspetto più importante è l'attribuzione al cittadino dell'Unione del diritto di elettorato attivo e passivo alle "elezioni comunali nello Stato membro in cui risiede" nonché alle "elezioni del Parlamento Europeo nello Stato membro in cui risiede" (art. 19 Trattato CE).

In entrambi i casi il diritto di elettorato viene riconosciuto al cittadino dell'Unione alle stesse condizioni dello Stato in cui risiede: come dire che il cittadino allarga la sua sfera d'azione e di affermazione senza perdere la sua soggettività, la sua identità di base, la sua cultura; passando piuttosto da cittadino di uno Stato nazionale a cittadino di uno Stato sopranazionale.

Dal noto trattato di Maastricht e cioè dal 1992 ad oggi lungo, laborioso e talvolta anche spinoso è stato il percorso che ha portato, il 13 dicembre 2007 alla firma del Trattato di Lisbona. Gli anni intercorsi sono stati di negoziati sulla riforma istituzionale, ma anche di momenti critici, di riflessione e di incertezza.

L'Unione è dinamica, è cellula che si riproduce moltiplicando, esigenze, interessi, problemi; la velocità richiesta deve stare al passo con la velocità della storia; è perciò impegnativa e necessita di efficienze decisionali.

Il trattato di Lisbona punta proprio a rafforzare il Parlamento Europeo, eletto direttamente dai cittadini dell'Unione.

E questi, attraverso rappresentanti degli Stati membri, avranno il ruolo importante di codecisione.

La maggiore partecipazione degli Stati membri, accrescerà, senza dubbio, la legittimità degli atti legislativi, ma anche il funzionamento democratico dell'Unione.

In particolare è da sottolineare la voce "dell'iniziativa dei cittadini": nuove proposte! Nuovi ambiti progetti per un futuro comune e creativo! Si afferma così l'orgoglio della cittadinanza attiva; su una solida realizzazione attiva il cittadino dell'unione si afferma a testa alta!

Il trattato di Lisbona è composto da sette articoli. I primi due introducono modifiche del trattato sull'unione europea (Trattato U.E) e del trattato che istituisce la comunità europea (Trattato CE).

Il Trattato di Lisbona non abroga e non si sostituisce ai trattati istitutivi dell'U.E e della CE.

In ciò si distingue dal proposito della Costituzione. Il Trattato di Lisbona che entrerà in vigore il prossimo anno, inserisce riforme necessarie a garantire all'unione ampliata una maggiore efficienza e legittimazione democratica.

L'Unione si impegna a rispettare i diritti fondamentali "quali sono sanciti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino",

ma deve anche considerare che lo status di cittadino dell'Unione può essere ulteriormente arricchito di nuovi contenuti man mano che diventerà più stretta l'integrazione europea.

Fin dal Trattato Maastricht si prevedeva un procedimento per emanare "disposizioni intese a completare i diritti previsti". Ciò come esigenza e conseguenza degli afflussi migratori di masse nei paesi più ricchi e liberi.

La distinzione tra cittadini e stranieri (una volta discrimen insuperabile per l'estensione dei diritti!) oggi non è più accettabile e perciò tende a subentrare un'altra, basata sulla nozione di "residente". Fin dal 1950, quando a Roma il 4 novembre fu firmata la "Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (CEDU) si riconoscono a tutti i diritti fondamentali e si garantisce uno standard, sia pur minimo, di tutela anche agli stranieri. Ciò sul principio che "l'uomo è essere libero"; e quindi i diritti definiti "inviolabili" appartengono all'uomo inteso come essere libero senza discriminazione a danno degli stranieri.

Attraverso il riconoscimento di tali diritti agli stranieri "residenti" si intende fornire una risposta ai problemi sollevati dall'affermazione delle società multiculturali.

La coesistenza pacifica tra i gruppi, che non può avvenire attraverso l'assimilazione alla cultura comune ai cittadini dello Stato, richiede la garanzia del mantenimento delle rispettive identità culturali e l'equiparazione ai cittadini nel godimento del nucleo fondamentale di diritti.

Tutto ciò rinvia al valore fondamentale delle democrazie pluraliste e cioè al principio di tolleranza.

Anche la voce dei gruppi integrali diventa quindi forte, ricca di iniziative per un'Europa più democratica. Spesso l'Europa dell'Unione, nonostante l'enorme bagaglio di storia e tradizioni comuni, viene percepita come un successo di natura puramente economica. Molti altri sono i connotati che legano i paesi membri, come "*pluralist security community*"<sup>8</sup>, dalla sovranità e indipendenza legale degli Stati, alla compatibilità dei valori fondamentali derivate da istituzioni comuni, dalla mutua responsabilità, alla identità e fedeltà.

L'interdipendenza tra questi valori, capace di creare trasformazioni pacifiche ha bisogno, come cemento dello sviluppo, della comunicazione.

Solo la comunicazione, induce il gruppo a pensare insieme ed agire insieme. La comunicazione è il punto di massima espansione del pensiero, di idee, di progetti elaborati sull'educazione al consenso sociale ed ai suoi istituti, e soprattutto sul nutrimento e sull'assimilazione del senso della democrazia.

---

<sup>8</sup> Karl W. Deutsch "*Political community and North Atlantic Area*", Princeton University Press, New York, 1957.

Lo spirito comunitario aiuterà a risolvere i problemi della politica agricola comune, delle politiche di sviluppo, della politica estera e di sicurezza comune. Il Trattato di Lisbona, per “un’Europa più efficiente, che semplifica i suoi metodi di lavoro e le norme di voto, si dota di istituzioni più moderne e adeguate ad un’Unione a ventisette e dispone di una maggiore capacità di intervenire nei settori di massima priorità per l’unione di oggi.

Un processo decisionale efficace ed efficiente: il voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio sarà esteso a nuovi ambiti politici per accelerare e rendere più efficiente il processo decisionale. A partire dal 2014, il calcolo della maggioranza qualificata si baserà sulla doppia maggioranza degli Stati membri e della popolazione, in modo da rappresentare la doppia legittimità dell’Unione. La doppia maggioranza è raggiunta quando una decisione è approvata da almeno il 55% degli Stati membri che rappresentino almeno il 65% della popolazione dell’Unione.

Un quadro istituzionale più stabile e più semplice: il trattato di Lisbona istituisce la figura del presidente del Consiglio europeo, eletto per un mandato di due anni e mezzo, introduce un legame diretto tra l’elezione del presidente della Commissione e l’esito delle elezioni europee, prevede nuove disposizioni per la futura composizione del Parlamento europeo e per una Commissione ridotta e stabilisce norme più chiare sulla cooperazione rafforzata e sulle disposizioni finanziarie<sup>9</sup>.

L’Unione Europea, secondo le prospettive del trattato di Lisbona, saprà armonizzare gli interessi nazionali degli Stati membri facendo convergere le esperienze e gli obiettivi di ognuno verso l’utile comune ed il benessere di tutti.

Il vero successo arriverà con la volontà e l’impegno dei paesi membri ad investire sulle istituzioni e meccanismi comunitari che favoriscono la modernizzazione e la democratizzazione del nostro continente.

Perché la cittadinanza attiva si realizzi in modo responsabile e completo e cioè non solo nell’ambito dei diritti politici, ma nello spazio illimitato di interiore deontologia, di senso del dovere, di contributo effettivo al meglio per la costituzione del “contratto sociale” in cui ogni cittadino esprima la sua vera essenza e riveli tutta la sua naturale costruttiva umanità, occorre una formazione che non possa fallire le aspettative.

Il Trattato di Lisbona, con i suoi programmi di istruzione forma il giovane; lo studente può, anzi deve, partecipare alle attività scolastiche transnazionali.

L’istruzione scolastica di ogni grado assicura sia la formazione socio-umanistica, sia quella professionale; da una parte la possibilità di studiare in una università straniera, dall’altra l’occasione di partecipare a tirocini in imprese o centri di esperienze, di formazione professionale in un paese dell’Unione.

---

<sup>9</sup> Informazioni tratte dal sito internet dell’Unione Europea all’indirizzo: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/index\\_it.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_it.htm)

La partecipazione è aperta, si avvia verso un futuro di largo respiro: oggi le percentuali dei fortunati cittadini che fanno tali esperienze è bassa, minima addirittura, ma le prospettive sono tante; oggi solo il 5% di allievi di istituti scolastici dell'Unione Europea partecipa ai programmi "Comenius, Erasmo etc...". la storia procede e il domani sarà certamente più ricco di cittadini che, in lungo e in largo, godranno delle possibilità di giungere ad una coscienza culturale comune, che l'Europa ha il dovere di coltivare e sostenere sempre! Con lungimiranza per risultati significativi. È una grande finestra sul mondo: ad essa si affacciano giovani cittadini che circolano liberamente e risiedono ovunque nell'Unione. Essi consci dei loro diritti di cittadini europei, non temono alcuna barriera geografica, alcuno ostacolo derivante da Leggi nazionali: il sistema di istruzione e formazione poggia sul principio della fiducia reciproca, su un sistema di riconoscimento reciproco dei diplomi di istruzione superiore. Di conseguenza tutti i servizi connessi, da quelli sanitari a quelli pubblici, sostengono la formazione con il compito di dare sicurezza e rendere efficiente l'opera del cittadino europeo che viaggia, che studia in una università europea, che concorre per entrare in un'amministrazione di un paese membro, che insegna lontano dal suo paese, ed è bene inserito in una comunità di cui è parte attiva.

Il sostegno più prezioso alla formazione dell'educazione in senso lato e cioè, sia alla conoscenza dei propri diritti e doveri, sia al senso di appartenenza ad una collettività, proviene dalla funzione insopprimibile e determinante della comunicazione.

È la comunicazione che, col pluralismo delle idee e dei soggetti, garantisce ed afferma il sistema democratico. Non si può negare la centralità del sistema radiotelevisivo non solo come attività d'impresa, ma anche e soprattutto come strumento di ausilio alla formazione dell'opinione, mezzo della libertà di manifestazione del pensiero, strumento talmente potente dal punto di vista della capacità di persuasione che, in talune occasioni deve essere necessariamente regolamentato per consentire a tutti i soggetti una parità di accesso.

Oggi il sistema radiotelevisivo via etere sta diventando una realtà non più centrale nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa. Per le nuove generazioni, nuovi sistemi di comunicazioni!

Infatti sempre più spazio stanno conquistando strumenti di comunicazione alternativi, quanto ad utilizzo del supporto tecnico, quali il sistema satellitare o il digitale terrestre, diversi quanto a potenzialità di comunicazione e livelli di libertà di accesso da parte degli utilizzatori.

Il riferimento al Web è evidente.

“L'utilizzo del Web come strumento di divulgazione delle informazioni è caratterizzato dalla globalizzazione nella possibilità di trasmettere e ricevere il messaggio. La globalizzazione, l'universalità dell'utilizzo del sistema è dovuta alla sostanziale illimitatezza delle risorse tecniche. Sia attraverso i forum, sia attraverso concatenazioni di messaggi e-mail, sia attraverso la produzione e

pubblicazione di siti Web, più o meno articolati, gli spazi per la promozione delle idee e per la discussione sono in quantità imparagonabili rispetto ai mezzi tradizionali quali la stampa e la televisione<sup>10</sup>.

Il quotidiano La Repubblica del 20 novembre 2006 presentò i risultati di una ricerca secondo la quale, solo attraverso il portale di Google, già allora, era possibile accedere ad otto miliardi di pagine Web. Possiamo aggiungere che era già possibile ottenere un'apposita interfaccia per centodieci lingue parlate nel mondo. E poiché tutto progredisce ed avanza, possiamo, in maniera esponenziale, calcolare la crescita delle pagine, delle immagini a cui accedere, dei messaggi del sistema usenet.

Il traffico della comunicazione è veramente intenso, continuo, inesauribile, incalzante, insistente tanto da potersi definire lo strumento primario della divulgazione del pensiero e dell'opinione.

E come il traffico sulle strade può essere caotico o può impazzire per mille ragioni così nella strada informatica si possono verificare deviazioni verso attività non conformi ad un uso positivo di onesta informazione.

Il traffico informatico va controllato! Occorrono vigili impegnatissimi nel curare la legittimità e pronti ad intervenire per "disciplinare" ogni attività.

Il traffico deve essere regolato e disciplinato; i gestori, i provider sono i vigili attenti nel prevenire, con sistemi di controllo e meccanismi di ricerca automatica (parole chiave, metadati...) il problema della legittimità, ma anche a condannare ogni illecito!

E come ignorare l'utilizzo, come strumento d'informazione/comunicazione, della telefonia fissa o mobile? Ogni individuo vive, convive, parla, fotografa, con il suo cellulare! E l'interscambio di opinioni, di notizie, è un'altra rete che ci avvolge quasi inesorabilmente! E molto ci sarebbe da dire sulla esagerazione spesso maniacale, sul cattivo metodo d'uso a dispetto di ogni senso civico e civile.

Ma noi, per stare vicini alla funzione comunicativa anche della telefonia mobile ricordiamo tutto il sistema messaggistico, divenuto d'uso comune e continuo al punto da essere non più strumento utile, ma strumentalizzato a seconda degli avvenimenti (sociali – politici – sportivi...) come attività promozionale.

È evidente che il sistema degli strumenti di comunicazione, vario e polifunzionale, è andato moltiplicandosi di pari passo con l'evoluzione della tecnologia e con la necessità di "sapere l'ultima notizia", di essere informato in tempo reale del cittadino moderno dell'Unione.

Il livello di accessibilità e d'uso di tutti i mezzi di comunicazione è molto alto e deve essere collegato col grado di sviluppo dei sistemi democratici. E ciò infonde

---

<sup>10</sup> Giovanni Vaglio "La libertà di manifestazione del pensiero" in "L'attuazione della costituzione" a cura di Saulle Panizza e Roberto Romboli edizione Plus, Pisa, 2006, pag. 189.



in noi non solo soddisfazione ed orgoglio, ma ci indirizza verso un futuro ricco di risorse e di prospettive specialmente per i giovani di buona volontà, responsabili, impegnati con serietà nello studio e nella ricerca, ma soprattutto fiduciosi anzi sicuri che ogni giorno della loro vita sarà giustamente luminoso e prodigo di riconoscimenti.

L'agenda che l'Europa si è data per i prossimi anni, con la strategia di Lisbona, pone un doppio punto fermo: di arrivo (dopo negoziati –trattati, crisi– stallo, di tentativi costituzionali) con un quadro giuridico ed istituzionale più stabile e più semplice, con la figura del Presidente del Consiglio europeo, con la Carta dei diritti fondamentali che integra il diritto primario europeo e con tutti i nuovi meccanismi di solidarietà e coesione tra i cittadini; e di partenza per nuove sfide determinate dalle esigenze di vincoli tra i paesi membri per comuni problemi; il trattato dispone l'azione congiunta, in uno spirito di fattiva solidarietà, tra gli Stati membri per cui se un paese dell'Unione è oggetto di attacco terroristico o vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo, tutti gli Stati concorreranno ad affrontare e risolvere ogni emergenza.

Si pensi al settore dell'energia o agli sbarchi di clandestini e si potrà capire l'importanza di una solidarietà istituzionalizzata tra gli Stati membri, ancora di sicura soluzione per problemi che le forze singole non riuscirebbero nemmeno a definire nei loro termini essenziali.

Dai punti cardine del Trattato di Lisbona si capisce che nel futuro dell'Unione non esiste un re Artù predestinato ad estrarre la spada dalla roccia per una sovrapposizione virtuosa d'interessi.

Tutti sono protagonisti; tutti hanno il duro compito di riformare sistemi economici e sociali; tutti protesi ad abbandonare la vecchia partita "Europa su Europa" ed a vivere quella più difficile "Europa su Mondo".

### **3. GOVERNANCE EUROPEA E CITTADINANZA ATTIVA: IL CASO ECAS**

*Andrea Borghini\**

#### **3.1 Premessa**

In questo contributo si intendono svolgere alcune riflessioni a partire dalla descrizione di un caso concreto di processo partecipativo della società civile europea, il caso dell'Associazione ECAS (*European Citizen Action Service*), impegnata da tempo nella promozione e valorizzazione del ruolo della società civile e dei cittadini nei processi decisionali dell'Unione europea. L'attività di ECAS è altresì un esempio del modo in cui le attività di una NGO si inseriscono nelle complesse maglie del meccanismo della *governance* multilivello europea, facendo emergere pregi e limiti della governance stessa.

---

\* Docente 'Dipartimento di Scienze Sociali' (Università di Pisa)

I due concetti centrali entro i quali si sviluppa la riflessione sono quelli di governance da un lato e di cittadinanza attiva dall'altro, entrambi divenuti, con percorsi diversi, i due strumenti che segnano il nuovo protagonismo della società civile in Europa.

Senonché, non pochi ostacoli si frappongono alla riuscita di una piena e consapevole cittadinanza attiva, legati al ruolo ancora molto forte, sia a livello politico che identitario, degli stati nazionali; ai limiti teorici della governance, già da molti commentatori a suo tempo rilevati<sup>11</sup>; alle difficoltà a suscitare e sostenere la partecipazione della società civile europea, un concetto, quest'ultimo, che riposa sull'identità, ancora da costruire e di là da considerarsi un traguardo raggiunto, del cittadino europeo.

### 3.2 La Multilevel Governance

La *Governance*, declinata secondo differenti prospettive, rappresenta la nuova frontiera dell'organizzazione politica del nostro tempo. Al di là dei piani e ambiti nei quali è applicata –dal locale al globale passando per il livello *meso*, vale a dire quello europeo– essa si caratterizza per un *core* concettuale unico: la governance è un sistema di gestione delle interdipendenze, è definita come l'esercizio di un'autorità politica, economica e amministrativa al fine di gestire le questioni di uno stato. Essa è un complesso di meccanismi, processi, relazioni e istituzioni attraverso i quali cittadini e gruppi sociali articolano i loro interessi, esercitano i loro diritti e doveri, e mediano le loro differenze. La Governance comprende tutte le metodiche –le buone e cattive pratiche– che le società utilizzano per distribuire il potere e gestire e risolvere, rispettivamente, le risorse pubbliche ed i problemi. Il valore democratico delle forme di governance riposa sulla partecipazione pubblica, sulla trasparenza e sull'*accountability*.

La Commissione sulla Global Governance elaborò, nel 1995, una definizione di governance del seguente tenore: “il prodotto dei molteplici modi in cui individui e istituzioni, pubblico e privato, gestiscono i loro affari comuni. È un processo continuo attraverso il quale si possono coniugare interessi conflittuali o diversi tramite un'azione cooperativa. Essa comprende istituzioni formali e regimi forti in grado di normare condotte (*to enforce compliance*), nonché dispositivi informali che sia istituzioni, sia agenti hanno convenuto o percepiscono essere di loro interesse”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr., su tutti, i lavori di R. Mayntz, in particolare *La Teoria della Governance: sfide e prospettive*, in “Rivista Italiana di Scienza Politica”, vol. XXIX, n. 1, 1999, pp. 3-22. Per una disamina dei limiti della *global governance* ci sia permesso di rimandare a A. Borghini, *Governance and Nation-State*, in Gobbicchi A. (a cura di), *Globalization, Armed Conflicts and Security*, S. Mannelli (CZ), Rubbettino Editore, 2004 e Id., *Limiti e prospettive di una teoria generale della Global Governance*, in R. Segatori (a cura di), *Mutamenti della politica nell'Italia contemporanea. Governance, democrazia deliberativa e partecipazione politica*, Rubbettino, S. Mannelli (CZ).

<sup>12</sup> Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford UP, New York, 1995, pp. 2-3.

La forza, ma anche la debolezza, della governance riposano sull'ambivalenza, che diviene spesso ambiguità, utilizzata strumentalmente dagli attori coinvolti, della sua definizione che ora rimanda ad un processo, ora appare struttura, ora entrambe: "La *governance* è quindi un sistema di norme che dipende tanto da significati intersoggettivi, quanto da carte e costituzioni formalmente sanzionati", i quali fanno *muovere* la macchina anche in assenza di una riconosciuta e legittima titolarità o di una competenza legale degli attori coinvolti; in ultima analisi, quindi, un insieme di "interazioni, articolate e diverse da costituire, una struttura ibrida in cui le dinamiche di *governance* si intersecano in vari livelli in modo da formare un processo di singolarizzazione a rete, come l'anello di Möbius che non inizia né termina in qualche livello o in qualche momento"<sup>13</sup>.

Nel caso da noi preso in considerazione si tratta di focalizzare l'attenzione sulla *multilevel governance* che rappresenta lo strumento in possesso delle istituzioni europee per dare un volto politico coerente e partecipato all'Europa.

La *multilevel governance* costituisce un'impalcatura istituzionale particolarmente complessa che presenta luci ed ombre ed eredita dalla definizione originaria limiti e prospettive di sviluppo. Proprio in virtù della complessa definizione prima citata, non sono ben chiare le competenze che si devono attribuire agli attori implicati, non si comprende quale autorità debba e possa intervenire per sanzionare gli *stakeholders* coinvolti nel momento in cui si sottraggono al compito per il quale sono stati chiamati ad operare; ed inoltre la governance presuppone un comune *core* culturale e un comune codice comunicativo che è la base per la riuscita dell'intrapresa comune, pena il suo fallimento, un codice non sempre posseduto da tutti all'inizio del processo e da tutti condiviso.

La *multivel governance*, se è vero che costituisce uno sforzo originale e innovativo di coinvolgimento e responsabilizzazione degli attori substatali e delle organizzazioni della (nascente) società civile europea, che devono cooperare con l'Unione e gli attori statali, rappresenta pur sempre un modello che "riporta ai problemi posti dal paradigma della governance in quanto tale, e molti dei timori e delle esitazioni espressi nei confronti di quest'ultimo modello restano validi anche per la sua applicazione europea"<sup>14</sup>. Purtuttavia, si tratta di una risposta lanciata da una nascente organizzazione politica sopranazionale alla globalizzazione.

Abbiamo precedentemente affermato che l'efficacia della governance europea riposa sulla capacità di suscitare la partecipazione della società civile organizzata. La partecipazione diviene dunque il banco di prova della governance e della sua validità.

---

<sup>13</sup> Rispettivamente, James N. Rosenau, *Governance, Order, and Change in World Politics*, in J.N. Rosenau, E.O. Czempiel (eds.), *Governance without Government*, Cambridge UP, Cambridge, 1992, p. 4 e James N. Rosenau, *Governance in a New Global Order*, in D. Held, A. McGrew (eds.), *Governing Globalization: Power, Authority, and Global Governance*, PolityPress, Cambridge, 2002, p. 81.

<sup>14</sup> D. Spini, *La società civile postnazionale*, Meltemi, Roma, 2006, p. 130.

### 3.3 Cittadinanza attiva in Europa

Così definita, la governance appare come la griglia di istituzioni, relazioni, poteri, attori all'interno della quale si muovono soggetti individuali e collettivi che intendono portare avanti processi di cittadinanza attiva.

A tale livello, dunque, la governance si coniuga, sia in termini di procedure, che di filosofia ispiratrice, con politiche di cittadinanza attiva che in Europa si configurano nelle modalità più diverse.

Con il termine di cittadinanza attiva si indica una cittadinanza responsabile che si nutre della *conoscenza e dell'esercizio dei diritti e delle responsabilità civiche*. A tale definizione sono associati una serie di valori quali la *democrazia, la dignità umana, la libertà, il rispetto dei diritti umani, la tolleranza, l'uguaglianza*. E ancora, il *rispetto della legge, la giustizia sociale, la solidarietà, la responsabilità, la lealtà, la cooperazione, la partecipazione, passando per lo sviluppo spirituale, morale, culturale, mental e fisico*. Come si evince da questo breve elenco la cittadinanza attiva e responsabile contempla una pluralità di valori e di dinamiche che includono ampiamente gli obiettivi di una governance multilivello e pongono al centro dell'azione il tema della partecipazione.

Si tratta a questo punto di capire come effettivamente si sviluppa tale *moto partecipativo*, che forme rappresentative assume, a quale normazione deve sottostare, quali provvedimenti sono stati presi perché esso abbia modo di dispiegarsi pienamente.

Esiste già tutto un lavoro di *chiamata alla responsabilità* e alla crescita della società civile organizzata, svolta, ad esempio, dal Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE) che fa sostanzialmente da ponte tra l'Unione europea e la società civile.

Ad esempio, esiste un programma che incentiva alla formazione della cittadinanza attiva chiamato *Programma per la promozione della cittadinanza europea attiva* "Europa per i cittadini", istituito per il periodo 2007–2013<sup>15</sup> e mirante a promuovere la cittadinanza europea attiva, ossia la partecipazione dei cittadini e delle organizzazioni della società civile al processo di integrazione europea.

Il programma si propone di:

- a) dare ai cittadini l'opportunità di interagire e partecipare alla costruzione di un'Europa sempre più vicina, democratica e aperta al mondo, unita nella sua diversità culturale e da questa arricchita, sviluppando in tal modo la cittadinanza dell'Unione europea;
- b) sviluppare un'identità europea fondata su valori, una storia e una cultura comuni;

---

<sup>15</sup> Decisione n. 1904/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GUCE/GUUE L.378/32 del 27 dicembre 2006).

- c) promuovere un senso di appartenenza all'Unione europea tra i cittadini;
- d) migliorare la comprensione reciproca dei cittadini europei rispettando e valorizzando la diversità culturale e linguistica, e contribuendo al tempo stesso al dialogo interculturale.

In particolare, nel programma si individuano alcuni obiettivi specifici e conseguenti azioni: tra gli obiettivi specifici si possono citare l'impegno ad avvicinare tra loro le persone appartenenti alle comunità locali di tutta Europa, perché possano condividere e scambiare esperienze, opinioni e valori, trarre insegnamento dalla storia e operare per costruire il futuro; promuovere le iniziative, i dibattiti e la riflessione in materia di cittadinanza europea e democrazia, valori condivisi, storia e cultura comuni, grazie alla cooperazione all'interno delle organizzazioni della società civile a livello europeo; avvicinare l'Europa ai suoi cittadini, promuovendo i valori e le realizzazioni dell'Europa e preservando la memoria del passato europeo; favorire l'interazione tra i cittadini e le organizzazioni della società civile di tutti i paesi partecipanti, contribuendo al dialogo interculturale e mettendo in evidenza la diversità e l'unità dell'Europa, con un'attenzione particolare per le attività volte a promuovere più stretti contatti tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea nella sua composizione al 30 aprile 2004 e quelli degli Stati membri che hanno aderito all'Unione europea dopo tale data.

Gli obiettivi del programma sono perseguiti attraverso una serie di azioni tra le quali menzioniamo:

*Azione 1:* Cittadini attivi per l'Europa, che coinvolge i cittadini attraverso sia attività di gemellaggio di città, sia altri tipi di progetti dei cittadini.

Particolare interesse riveste l'*Azione 2* che recita: *Una società civile attiva in Europa, indirizzata alle organizzazioni della società civile sia attraverso un sostegno strutturale sulla base dei loro programmi di lavoro a livello europeo sia attraverso un sostegno ai progetti transnazionali.*

Definita dunque la cittadinanza attiva come una necessità per il buon funzionamento della macchina politica e sociale europea, si tratta di cogliere quali opportunità ad essa sono offerte, nel contesto europeo, per potersi dispiegare.

### 3.4 Il caso ECAS

Tra le molteplici organizzazioni che promuovono la cittadinanza attiva, concetto alquanto complesso dunque e pieno di sfaccettature e di implicazioni relazionali –la cittadinanza è una dimensione che è sempre correlata a qualcosa o a qualcuno–, prendiamo il caso di ECAS che rappresenta un approccio *bottom up*, e costituisce l'altra faccia dell'attività di promozione della cittadinanza che trova un approccio *top down* nel 7PQ<sup>o</sup>, precisamente nel programma *Cooperazione*.

ECAS, come si legge nel sito, è stata creata nel 1990 come un'organizzazione no profit, "indipendente da partiti politici, interessi economici ed istituzioni europee". La *mission* di ECAS è quella che si legge nello slogan presente nel sito: *Enabling your voice to be heard with the EU*: "Our mission is to enable NGOs and individuals to make their voice heard with the EU by providing advice on how to lobby, fundraise, and defend European citizenship rights".

ECAS si è ritagliata un ruolo sia per il singolo cittadino che per organizzazioni della società civile in quanto fornisce consulenza a chi voglia sviluppare una autonoma organizzazione, fornendo contatti con le istituzioni europee; o a chi voglia trovare nuove fonti di finanziamento, creare nuove associazioni o network europei. In tal senso, la NGO mette a disposizione le sue risorse materiali e umane: "You will find a helpful multilingual staff specialized in lobbying, fundraising and EU legal issues supported by a sound infrastructure. Our Guide to European Union funding will provide you with the basic tools to succeed in your search for EU Funding".

Se si guarda ai partner di ECAS e ai membri dell'organizzazione troviamo le più diverse associazioni sparse nel territorio europeo che si occupano di questioni legate ai diritti civili, all'ambiente, alla politica ecc., come anche singoli cittadini.: "We are a large cross-sectoral European association bringing together members from different areas of activity: civil liberties, culture, development, health and social welfare, as well as general civil society development agencies"<sup>16</sup>.

In particolare, in merito agli obiettivi, ECAS ha individuato tre assi strategici di intervento:

### 3.4.1 Civil Society

ECAS si impegna ad ampliare la rappresentatività delle NGO in Europa, dal momento che le istituzioni europee appaiono ancora molto lontane, complesse, e non sono in grado di fornire strumenti adeguati per creare durevoli relazioni con membri della società civile. ECAS "can help make the EU easy". Tali priorità sono perseguite attraverso, tra le altre cose, "training NGO representatives from the new member states and neighbouring countries to become EU specialists" e la promozione di un accesso migliore ai fondi strutturali per le NGOs.

Per quel che concerne questo settore, ECAS si è adoperata nel corso del tempo per fornire assistenza logistica e informativa a centinaia di NGO a Bruxelles. ECAS ha anche contribuito a creare nuove associazioni in materie come la salute pubblica e la cultura, ossia domini dove le NGOs erano scarsamente o per nulla presenti. Si tratta ora di ampliare l'orizzonte guardando ai processi che riguardano i nuovi paesi membri dell'Unione e le loro società civili, nella convinzione che

---

<sup>16</sup> Cfr. Sito: [www.ecas-citizen/](http://www.ecas-citizen/)

“civil society has a key role to play in connecting the EU and neighbouring countries, as it goes beyond institutional boundaries and ahead of the enlargement process contributing to the creation of a common civic space across the borders and the regions”.

### 3.4.2 *Citizens free movement rights*

Tra le priorità di ECAS in tale settore vi è quello di aiutare a risolvere i problemi che nascono nelle zone transfrontaliere e promuovere una *dual citizenship*, sia nazionale che europea basata sulla residenza e che vada oltre i semplici diritti di libero movimento dei cittadini. Per questo secondo asse, i membri di ECAS si impegnano a rendere effettiva e a garantire la cittadinanza che viene dal libero movimento di persone; e a segnalare gli ostacoli e a farli rimuovere. Gli ostacoli, segnalati ogni anno nell'ordine del migliaio dallo staff di ECAS, costituiscono ad oggi la negazione del trattato sul libero spostamento di merci, idee, servizi e persone entrato in vigore il 1° di Gennaio del 1993.

### 3.4.3 *Citizenship and governance*

Il terzo obiettivo è il presupposto dei primi due: “a real change in the administrative culture of the Institutions to make them open and accountable to citizens”. In tale campo, tra le priorità di ECAS vi sono l'informazione dei cittadini in merito alla nuova Costituzione e su come rafforzare i loro diritti europei; sviluppare *policy research* sulla trasparenza e la comunicazione tra l'Unione e i cittadini; un nuovo patto europeo tra società civile e istituzioni europee.

Si tratta, in quest'ultimo caso, di uno dei maggiori obiettivi e dei maggiori sforzi prodotti dall'organizzazione fin dal 1990, che ha determinato l'individuazione di alcune fasi distinte sulla via della riforma delle istituzioni europee, ossia il libro bianco sulla Governance e la *Participatory Democracy* come espressa nell'articolo 47 della bozza costituzionale che implica maggiori legami tra *civil society* e iniziative dei cittadini.

In merito a quest'ultimo aspetto, il tema della *citizenship* appare oggetto di particolare attenzione da parte di ECAS.

Sappiamo che la cittadinanza è un concetto molto dinamico, le cui evoluzioni vanno di pari passo con la disarticolazione degli standard istituzionali legati all'organizzazione politica basata sullo stato nazionale. ECAS si è fatta promotrice di forum per ridiscutere il concetto di *European citizenship* 15 anni dopo la sua inclusione nell'articolo 18 del Trattato di Maastricht. Tale operazione è stata portata avanti attraverso una serie di pubblicazioni, tese a sostenere l'idea della cittadinanza come diritto non legato solo alla nazionalità bensì anche alla residenzialità. Il merito di ECAS è così rivendicato: “If only the other EU Institutions

treated people as European citizens, this is why **ECAS launched a petition** asking the European Parliament to take the initiative”.

Per quel che riguarda l’iniziativa rivolta alla trasparenza europea, ECAS ha preferito non impegnarsi in dibattiti riguardanti le lobbies ma di occuparsi di aspetti meno di richiamo, quali la trasparenza dei beneficiari dei fondi europei, tema particolarmente delicato. Anche qui ECAS a messo più volte in guardia la Commissione, in particolare il fatto che “the Commission had failed to consult NGO’s in the run up to its proposals for the structural funds after 2007 which was rejected”.

Infine, vi è una sezione dell’attività di ECAS intitolata *Citizen participatory democracy techniques* il cui compito è quello di dare “an overview of participatory democracy methods and practices that have been used. In selecting studies or methods it is important to note how we have decided which methods and practices to include and which to dismiss”, una *participatory democracy* definita come “actively involving ‘the public’ in decision-making processes. In doing so governments and other organisations can directly addresses problems such as lack of trust and weak legitimacy in decision making”. L’attività di divulgazione e promozione si impernia, lo abbiamo visto, su pubblicazioni periodiche, su rapporti di ricerca, ma soprattutto su seminari, incontri, *call for proposals* e sul coinvolgimento diretto di rappresentanti singoli o collettivi della società civile europea in attività di monitoraggio e consultazione in merito a provvedimenti legislativi in discussione presso il Parlamento europeo. Tramite una procedura standard, in concomitanza con la discussione di un disegno di legge (ad es. quello relativo al *climate change*), vengono mobilitate risorse umane e intelligenze che, in un breve periodo, devono preparare un *draft* con i consigli, i dubbi, le argomentazioni da discutere con gli eurodeputati. Le équipes di lavoro, organizzate in una squadra di moderatori, co-moderatori, redattori, e suddivisi per ambiti tematici, si incontrano successivamente presso il Parlamento per le ultime consultazioni private prima di dare vita alle pubbliche *agorà* in presenza degli eurodeputati. Al di là dell’efficacia e alla capacità di incidere sull’iter dei provvedimenti, si tratta indubbiamente di una pratica di democrazia diretta che ha due forti implicazioni simboliche: avvicina l’Europa e la sua complessa macchina burocratica e decisionale ai cittadini, consentendo loro di entrare nel processo decisionale con un ruolo consultivo non marginale; istruisce i cittadini sulle buone pratiche democratiche, suscitando, ove non presenti, o rinvigorendo, ove languono, i processi partecipativi e la *decisione di partecipare*, per una volta sottratta a logiche di tipo funzionalista e liberata dal controllo di pochi professionisti della partecipazione stessa. In altri termini, con tali pratiche si rinvigorisce il circuito democratico diretto, secondo un ideale perseguito e raccomandato da grandi filosofi e pensatori liberali per i quali il prezzo della libertà e della democrazia è l’eterna vigilanza.



### 3.5 Alcune riflessioni conclusive

E' sulla cittadinanza attiva che si misura alla fine l'efficacia della Governance europea. Ma, ci sia consentito un piccolo richiamo ai rischi di una libertà del cittadino ancora tutta da verificare e testare.

Sono diverse le contraddizioni dalle quali l'Europa deve liberarsi per rendere efficace e attivo il grande tema della cittadinanza e il ruolo della società civile organizzata. Liberarsi dalla tendenza ad *addomesticare* le organizzazioni non governative, ossia liberarsi dalla tendenza a portarle ad adeguare il proprio modello di funzionamento allo stile della controparte istituzionale; non leggere l'interazione con la società civile in termini funzionalistici, ossia di democrazia rappresentativa, anziché universalistici, ossia di partecipazione; e non ridurre il ruolo della società civile a dimensione con la quale negoziare solo in termini economici, piuttosto riconoscerle una dimensione più ampia, ossia propriamente *civic minded*; non piegare lo strumento *governance* alle logiche del più forte e al neoliberismo che *comanda* la sua versione globale: la cittadinanza e la governance possono funzionare solo nella misura in cui non siano ostaggio di una ideologia di tipo neoliberista che le condizioni e ne determini la filosofia di fondo, come già accaduto per le *best practices* della *governance globale*.

Il fallimento del recente processo di ratifica costituzionale va preso paradossalmente per un'occasione che consente di ovviare agli errori citati e permette di ampliare il ruolo e la natura della cittadinanza ad aspetti maggiormenti identitari: c'è bisogno di fare pratica di essere europei e da questo punto di vista la consuetudine di relazioni, di consultazioni, di scambi, di partecipazione alla decisione, in seno o in rapporto dialettico con gli organi dell'unione europea, rappresenta una chance non da poco per far crescere il livello politico, la rappresentanza degli interessi, ma non solo, anche e soprattutto la consapevolezza e la volontà di partecipare, di *praticare l'Europa e comportarsi da europei*. Per fare dell'Europa, riecheggiando il titolo di un saggio di qualche anno fa, non solo una *potenza civile*<sup>17</sup> ma anche e soprattutto *l'Europa dei cittadini*.

#### Bibliografia

- Borghini A., *Governance and Nation-State*, in Gobbicchi A. (a cura di), *Globalization, Armed Conflicts and Security*, S. Mannelli (CZ), Rubbettino Editore, 2004.
- Id., *Limiti e prospettive di una teoria generale della Global governance*, in R. Segatori (a cura di), *Mutamenti della politica nell'Italia contemporanea. Governance, democrazia deliberativa e partecipazione politica*, Rubbettino, S. Mannelli (CZ), 2007.

---

<sup>17</sup> M. Telò, *L'Europa potenza civile*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

- Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford UP, New York, 1995.
- Kohler-Koch B., Eising R., *The Transformation of Governance in the European Union*, Routledge, London–New York, 1999.
- Mayntz R., *La Teoria della Governance: sfide e prospettive*, in “Rivista Italiana di Scienza Politica”, vol. XXIX, n. 1, 1999, pp. 3–22.
- Rosenau J.N., *Governance, Order, and Change in World Politics*, in J.N. Rosenau, E.O. Czempiel (eds.), *Governance without Government*, Cambridge UP, Cambridge, 1992.
- Id., *Governance in a New Global Order*, in D. Held, A. McGrew (eds.), *Governing Globalization: Power, Authority, and Global Governance*, PolityPress, Cambridge, 2002.
- Spini D., *La società civile postnazionale*, Meltemi, Roma, 2006;
- Telò M., *L'Europa potenza civile*, Laterza, Roma–Bari, 2004.
- **Siti internet:** [www.ecas-citizen/](http://www.ecas-citizen/)

#### **4. GOVERNANCE LOCALE E BOTTOM-UP PARTECIPATIVO (Il processo di *capacity building*)**

*Silvia Cervia\**

Il Libro Bianco sulla *Governance* adottato dalla Commissione Europea nel 2001, rappresenta la sintesi dell'approccio della Commissione al governo dell'Unione. Attraverso la sua emanazione la Commissione ha inteso promuovere la *governance* e la diffusione degli strumenti partecipativi a tutti i livelli di governo (dal livello europeo fino a quello locale). Pur rispondendo agli stessi principi e in ragione di essi la *governance* assume forme e declinazioni differenti, adattandosi alle esigenze specifiche di ciascun livello di governo.

Attraverso questo articolo si intendono evidenziare non solo i principali strumenti che l'Unione propone a sostegno della *governance* locale, ma anche e soprattutto il processo di elaborazione che ha condotto alla definizione e declinazione degli stessi, nonché alla loro diffusione e radicamento territoriale. È infatti attraverso un percorso esperienziale di auto-apprendimento (promosso dalla Commissione attraverso il Project Cycle Management – PCM) che gli strumenti di *governance* sono stati applicati in contesti reali e hanno potuto manifestare la loro capacità di valorizzazione e capitalizzazione delle risorse

---

\* Collaboratrice del Dipartimento di Scienze Sociali, Università di Pisa, specializzata in programmazione locale per lo sviluppo e *governance* locale. Si dedica principalmente allo studio degli effetti degli strumenti di programmazione per lo sviluppo territoriale dell'Unione Europea in termini di *capacity building*, in un'ottica di *governance*.

endogene, ed evidenziare così il potenziale della *governance* locale quale potente motore di sviluppo. È questa infatti la valenza specifica che ha condotto la Commissione ad acquisire la *governance* locale come una delle priorità da perseguire nella propria azione di promozione e sostegno allo sviluppo territoriale.

#### 4.1 L'Unione Europea e la *governance* locale

Come viene affermato nel libro bianco sulla *governance* della Commissione Europea del 2001, nell'odierno scenario socioeconomico *“non è più possibile garantire l'efficacia delle politiche dell'Unione senza un maggior coinvolgimento di tutti nella loro elaborazione, applicazione e attuazione. (...) Ciò significa che il modello lineare, secondo il quale le politiche sono adottate ed imposte dall'alto, deve essere sostituito con un circolo virtuoso, basato sul feedback, sulle reti e su una partecipazione a tutti i livelli, dalla definizione delle politiche fino alla loro attuazione”* (Commission of the European Communities 2001, p. 11).

Questa necessità deriva da una lato da caratteristiche interne all'Unione Europea, di carattere istituzionale/organizzativo – in considerazione della struttura costitutiva dell'Unione Europea infatti, caratterizzata dalla unione di Stati, sarebbe difficile ipotizzare di poter basare il complesso processo di elaborazione e di gestione della politica europea su un modello gerarchico anziché su un modello di *governance* partecipata ed interattiva – ma dall'altro da fenomeni di carattere sistemico che caratterizzano la nostra società occidentale.

*In primis* il processo di globalizzazione, che ha rafforzato il ruolo dei sistemi locali ed ha accentuato il processo di “devoluzione” di poteri e competenze dalle autorità centrali alle autorità locali. Nel contesto globalizzato infatti le politiche locali hanno assunto un ruolo determinante sotto il profilo della idoneità a creare centri gravitazionali e a promuovere lo sviluppo locale in un mercato globalizzato, favorendo la proliferazione di centri di governo decentrati. La pluralità dei livelli decisionali unita alla diversificazione dei ruoli richiedono forme nuove di *governance* capaci di dare espressione unitaria, coordinata e integrata al variegato insieme di soggetti che operano ed interagiscono nei sistemi territoriali.

Inoltre la crisi di rappresentatività delle istituzioni democratiche ha ridefinito il problema della legittimazione delle istituzioni di governo nel duplice senso che ha sollecitato una maggior vicinanza tra cittadini e sedi istituzionali dove si prendono le decisioni e una maggior partecipazione dei cittadini al processo di formazione delle decisioni.

Ma non va neanche dimenticato il ruolo crescente che la “conoscenza” ha assunto e va assumendo nello sviluppo dei processi economici contemporanei. La creazione di valore aggiunto e la stessa soluzione dei problemi di coordinamento richiedono oggi un effettivo e rapido funzionamento della *“learning economy”* (Vesan 2006), la quale, data la dispersione della conoscenza in una grande molteplicità di fonti e data la grande complessità dei processi di apprendimento,

a sua volta esige un'architettura di *governance* basata sulla partecipazione di tutti e su un efficiente meccanismo di interazione.

La *governance* è quindi intesa dell'Unione Europea come un processo dinamico di cambiamento e di gestione del governo attraverso la costruzione di reti di *partnership* tra i livelli istituzionali e i settori più o meno organizzati della società civile, in cui è evidenziabile una forte capacità adattiva alle nuove circostanze. Processo nel quale la costruzione di reti di *partnership* passa necessariamente anche dal coinvolgimento dei cittadini. Nello stesso libro bianco sulla *governance* infatti il principio della partecipazione dei cittadini è assunto come uno dei pilastri fondamentali nel governo dell'Unione (Commission of the European Communities, 2001). Riconoscimento confermato e rafforzato dalla pubblicazione (sempre nel 2001) da parte del Consiglio Europeo di una raccomandazione del Comitato dei ministri agli stati membri sulla partecipazione dei cittadini alla vita pubblica locale, dove si afferma che la sfida cruciale per una partecipazione sostenuta dalle politiche locali consiste nell'adattare i processi decisionali in modo da soddisfare le mutevoli aspettative dei cittadini (Council of Europe, 2001).

Il legame tra *governance* e *partnership* è talmente indissolubile che le forme pressoché infinite di *governance*, derivanti dalla sua dinamicità intrinseca, vengono tipizzate attraverso le forme di *partnership* possibili al suo interno (Sabbatini 2005, 416): quella in cui vi è una parte che ha un controllo maggiore (comunque relativo) e che si avvale delle prestazioni di un'altra parte; quella in cui vi è negoziazione di progetti condivisi, messa in comune delle capacità di ognuno e conseguente raggiungimento degli obiettivi dei diversi attori; vi è poi una forma evoluta in cui a quanto appena sopra si aggiunge il livello di mutua comprensione e di compenetrazione, tale per cui le organizzazioni sviluppano una visione condivisa e una capacità di lavorare insieme che porta verso la vera e propria rete auto-governata (Stoker 1998).

Tale tipizzazione individua anche fasi successive di un processo di evoluzione della *governance* stessa, da un modello più rigido a forme sempre più evolute di condivisione e compartecipazione di tutti gli attori coinvolti. Questo processo si sostanzia nel prevalere di modalità di tipo partecipativo e riflessivo su quelle di tipo razionale, che emergono in connessione col diffondersi delle cosiddette nuove forme di *governance* (Sabel e Zeitlin 2003) ma necessitano anche una progressiva acquisizione di conoscenza individuale e collettiva che consente agli attori di comprendere il problema, analizzarlo attraverso paradigmi comuni per arrivare poi a decisioni condivise che prevedono la compartecipazione di tutti, attraverso la condivisione di risorse proprie, alla realizzazione dell'obiettivo individuato. Quindi la propensione verso stili di *policy-making* che si vogliono più policentrici, consensuali e partecipativi cambia la stessa concezione del ruolo e dello spazio assunto dalla conoscenza. Gli attori decisionali non sono più considerati come organi monocratici, affiancati da esperti, ma reti di *stakeholders* pubblici e privati che concorrono alla formulazione e implementazione delle politiche. Allo stesso modo i processi conoscitivi non devono più limitarsi solo ad attività sporadiche

di consulenza ma devono essere ricompresi all'interno di un processo politico che, anche per questo, si fa più trasparente ed inclusivo, vale a dire aperto a differenti pratiche, istituzioni e attori.

## 4.2 Gli strumenti di promozione della *governance* locale

L'Europa comune ha reso operativi i nuovi principi di *governance* adottando innovazioni istituzionali sempre più orientate in questa direzione, attraverso la costruzione di *policy-making* partecipati, cooperativi e decentrati, non solo come varianti del metodo comunitario, ma anche al di fuori e in alternativa ad esso (strumenti di nuova *governance*).

È ormai riconosciuto come sia proprio agli 'strumenti di nuova *governance*' che l'Europa affida la convergenza tra le prestazioni dei sistemi di *policy* dei settori nazionali (Damonte 2006). È attraverso di essi che l'Unione promuove la diffusione di esperienze e di apprendimento, l'omogeneizzazione della conoscenza sulle politiche e sulle loro pratiche, la riflessività come prassi, e quindi la possibilità programmatica di aggiustamenti in corsa degli strumenti e degli obiettivi, con il solo ancoraggio a scansioni temporali e scadenze, allo scopo di responsabilizzare i *policy-takers*.

Gli strumenti di nuova *governance* assegnano a specifiche reti di *policy*, riconosciute o costituite *ad hoc*, il compito di sviluppare e diffondere *best practices*, definire un obiettivo sostanziale di *policy* il cui raggiungimento viene affidato all'autoregolamentazione degli *stakeholders*, più o meno gerarchizzati (partnership), o attraverso una rete istituzionalizzata che consenta il confronto reciproco e la pubblicità di indicatori di performance (*benchmarking*).

### 4.2.1. Il partenariato

Il partenariato è un principio organizzativo che prevede la compartecipazione e corresponsabilità di diversi attori, pubblici e privati, ad uno stesso processo decisionale al fine di perseguire uno scopo comune. L'importanza di tale strumento è riconosciuto dalla letteratura che imputa ad esso un potenziale trasformativo derivante dall'acquisizione di nuove informazioni e dal confronto tra gli interessi dei soggetti coinvolti (OECD 2004, 2001). Il partenariato infatti consente non solo l'accumulo di un ricco stock di conoscenze e prospettive su una data questione, ma anche il potenziale sviluppo di rapporti fiduciari e l'elaborazione di quadri interpretativi comuni per la comprensione delle problematiche da affrontare. Questo a sua volta può innescare un processo virtuoso per mezzo del quale gli attori giungono a migliorare le loro capacità di coordinamento e a creare un contesto favorevole allo sviluppo di innovazioni, sinergie e valore aggiunto.

A livello europeo l'adozione ufficiale del partenariato come principio-guida nell'ambito della politica di coesione economica e sociale, risale alla riforma dei

fondi strutturali del 1988 con la quale furono individuati come obiettivi generali per la programmazione degli interventi di co-finanziamento a livello europeo: la programmazione pluriennale, la concentrazione territoriale, l'addizionalità e, per l'appunto, il partenariato (Graziano 2004). Se in una prima fase il partenariato è stato definito come un serrato processo di consultazione tra la Commissione, lo Stato membro ed altri soggetti designati dal governo nazionale, con le successive revisioni dei regolamenti dei fondi strutturali (1993, 1999, 2006) tale principio ha subito alcune modifiche ampliando la gamma dei possibili attori coinvolti anche ai partner economici e sociali e alle organizzazioni non governative. Come vedremo più avanti, se tale percorso è stato compiuto lo si deve, in gran parte, alle acquisizioni maturate dalle esperienze di *governance* locale.

La letteratura sulla *governance* multi-livello e sul 'neo-regionalismo' (Hooge e Marks 2001, Keating 1998, Keating e Loughlin 1997) ha rivolto un particolare interesse nei confronti del partenariato, per lo più richiamando l'attenzione sull'accrescimento delle capacità operative delle amministrazioni locali e sull'apertura di nuovi spazi di contrattazione politica a favore delle autorità regionali e locali.

#### 4.2.2. *Il benchmarking*

Il *benchmarking* consiste in un processo di comparazione sistematica dei risultati, delle pratiche o della strutturazione interna di un'organizzazione, al fine di rapportare le sue prestazioni con quelle valutate, sulla base di determinati parametri, come le migliori (le cosiddette *best practices*). Introdotto negli anni cinquanta all'interno delle grandi imprese giapponesi il *benchmarking* si è presto affermato in tutto il mondo come un dispositivo volto a incrementare il livello di competitività delle aziende. La prima comparsa del *benchmarking* sulla scena comunitaria può essere fatta risalire alla fine degli anni ottanta ad opera dell'iniziativa della DG industria. Con gli anni però il campo di applicazione di questo strumento sarà esteso al di là delle politiche industriali in senso stretto. La definizione di obiettivi e parametri di riferimento comparati è infatti oggi posta al centro del processo di convergenza, e, col lancio della c.d. "Strategia di Lisbona", il *benchmarking* è stato esplicitamente riconosciuto come strumento cruciale per l'amministrazione delle politiche rivolte alla promozione della competitività e della crescita economica e occupazionale.

Ovviamente la pratica del *benchmarking* così come adottata a livello europeo presenta delle specificità rispetto a quella adottata alle organizzazioni aziendali. Il suo buon funzionamento a livello europeo implica innanzitutto un certo grado di consenso tra gli attori coinvolti, ovvero l'accettazione volontaristica degli obiettivi sottoposti a valutazione e dei metodi di misurazione attraverso i quali quest'ultima viene realizzata. Le potenzialità del benchmarking possono essere rinvenute non tanto in relazione alla capacità di perseguire determinati *target* quantitativi e di conformarsi alle pratiche di coloro che ottengono i risultati

migliori, quanto di spronare i *policy-maker* all'eventuale revisione della propria condotta.

Se le analisi in letteratura (Bessant e Rush) evidenziano da tempo che *“l'idea del benchmarking non è quella di replicare in un dato luogo ciò che è stato realizzato in un altro ma di fornire stimoli per una diversa riflessione riguardo allo sviluppo, al perfezionamento e all'implementazione”* di una certa politica (1999, 3), è stato, ancora una volta, grazie all'esperienza condotta in termini di 'esportazione' di buone prassi di *governance* locale che le indicazioni degli esperti si sono tradotte in apprendimento pratico, comune e condiviso. Tali esperienze hanno consentito, e stanno ancora consentendo, di individuare le strategie migliori per un corretto utilizzo del *benchmarking*, in modo da ridurre i rischi di una errata applicazione e massimizzare le sue potenzialità di strumento di 'responsabilizzazione' dei *policy-maker* nei riguardi di alcune problematiche o aspetti salienti di una politica.

Entrambi gli strumenti operano tramite procedimenti che Jacobsson (2004) chiama 'meccanismi discorsivi' indirizzati cioè a far emergere la conoscenza come risorsa endogena agli stessi processi di produzione delle politiche. In particolare il partenariato sembra favorire soprattutto lo scambio di informazione e la socializzazione all'interno di comunità specifiche, mentre il *benchmarking* incoraggia l'esplicitarsi di pratiche riflessive sulla base delle quali gli attori si interrogano sulla bontà delle iniziative da loro stessi avviate. Ed è proprio grazie a queste potenzialità 'discorsive' che le conoscenze e competenze legate all'implementazione della *governance*, ben lungi dal rappresentare un sapere specifico degli accademici, sono state sviluppate e sperimentate su campo per poi essere tradotte in norme e principi di carattere e applicazione generale.

### 4.3 Il processo di definizione degli strumenti: la 'palestra' urbana

Gli strumenti appena descritti sono stati elaborati, validati e affinati grazie alla sperimentazione che la Commissione ha condotto, lungo due decenni, nell'ambito urbano. Fin dalla grande riforma dei fondi strutturali, risalente al 1988 e attraverso la quale hanno preso corpo le politiche europee per lo sviluppo regionale, la Commissione ha inteso mantenere un proprio 'ambito di sperimentazione' grazie al quale verificare l'efficacia degli strumenti promossi, e individuare possibili azioni correttive, mitigative e/o potenziative. La peculiarità di questo 'ambito di sperimentazione' riguardava la relazione diretta che la Commissione instaurava con l'ente che era chiamato all'implementazione del progetto specifico di sviluppo, consentendo alla Commissione di monitorare da vicino il percorso progettuale e l'efficacia delle azioni implementate<sup>18</sup>. Queste

---

<sup>18</sup> Il principio di programmazione e gestione della politica regionale europea prevede invece che la Commissione emani i regolamenti di riferimento dei fondi strutturali, orientandoli in funzione degli obiettivi generali di sviluppo posti dal Consiglio Europeo, che vengono poi successivamente declinati e articolati attraverso la programmazione effettuata a livello di NUT1 (stati membri) e

sperimentazioni hanno trovato dapprima la forma di progetti pilota (a norma dell'art.10 del regolamento FESR<sup>19</sup>) e poi sono state istituzionalizzate attraverso le Iniziative Comunitarie (di cui ci occuperemo più avanti).

Le sperimentazioni condotte avevano vari oggetti e obiettivi, allo scopo di garantire alla Commissione una visuale ampia sul funzionamento degli strumenti utili a raggiungere i suoi principali obiettivi, tra i quali interessa sottolineare, ai fini della nostra analisi, l'elaborazione di strumenti a sostegno della *governance* locale, attraverso progetti di riqualificazione urbana.

Da un punto di vista storico, gli anni della grande riforma dei fondi strutturali e il primo manifestarsi delle istanze delle autorità locali hanno coinciso con il palesarsi dei processi di progressivo declino economico e sociale delle aree urbane, determinando o aumentando la marginalità di tali aree territoriali rispetto ai processi di sviluppo. L'ambito urbano è stato così progressivamente individuato dalla Commissione, grazie alla dimensione territoriale ridotta e alla complessità delle sue problematiche, come livello territoriale privilegiato per monitorare, oltre all'efficacia degli interventi a carattere integrato, anche la capacità degli stessi di attivare dinamiche di sviluppo endogene, attraverso processi di *governance* locale.

Fin da questa fase sperimentale (nel periodo 1988–1993) il rapporto di valutazione conclusiva dell'esperienza<sup>20</sup> evidenziò nell'ambito urbano il livello territoriale di intervento rilevante per consentire la realizzazione di importanti obiettivi comunitari tra i quali spiccava il sostegno alle esperienze di *governance* urbana. Nello specifico l'esperienza comune di *partenariato verticale* (o 'istituzionale' tra città e Commissione) è stata positivamente valutata come strumento per avvicinare i due livelli di governo e favorire il dialogo e la conoscenza reciproca; al contempo i primi tentativi di *partenariato orizzontale* (o sociale, tra pubblico e privato, istituzioni e società civile) sono stati giudicati meritevoli di attenzione specifica in quanto si sono rivelati il *quid* determinante per la sostenibilità dei progetti nel tempo e l'ambito naturale per la sperimentazione di approcci innovativi alla *governance* urbana.

---

NUT2 (corrispondenti alle articolazioni regionali). Questa molteplicità di livelli consente una adeguata declinazione dello strumento finanziario (fondo strutturale) in funzione delle specificità (punti di forza e di debolezza, peculiarità normative e socio-culturali) di ciascun territorio, aumentandone così l'efficacia, ma frapponne livelli istituzionali tra il soggetto istituzionale che gestisce il singolo progetto di sviluppo e la Commissione Europea, la quale, pur monitorando l'andamento generale dei propri finanziamenti, ottiene informazioni aggregate e mediate.

<sup>19</sup> Art. 10 del Reg.(CEE) n. 4254/88 del Consiglio, del 19 dicembre 1988, in applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, ultimo comma del regolamento (CEE) n. 2052/88.

<sup>20</sup> Rif. Sito PPU: [http://www.europa.eu.int/comm/regional\\_policy/urban2/urban/upp/src/frame1.htm](http://www.europa.eu.int/comm/regional_policy/urban2/urban/upp/src/frame1.htm)



L'incremento degli stanziamenti<sup>21</sup>, unito alle modifiche dei Trattati<sup>22</sup> e all'adozione, nel febbraio del 1994, del *Libro Verde sul futuro delle attività comunitarie*, hanno consentito alla Commissione di fare tesoro dell'esperienza maturata con i Progetti Pilota Urbani, attraverso la predisposizione di una apposita Iniziativa Comunitaria, denominata "Urban"<sup>23</sup> (per il periodo di programmazione 1994–1999), la quale consentiva di "istituzionalizzare" gli interventi in ambito urbano, garantendo loro maggiore organicità e maggiori capacità di spesa.

Il carattere di Urban come occasione di sperimentazione di meccanismi di *governance* è tra l'altro facilmente dimostrabile dall'evoluzione che, in questo senso, l'istituzionalizzazione dell'intervento ha realizzato rispetto alla fase pilota. La Commissione infatti ha introdotto dei correttivi sia alla *partnership verticale* che a quella *orizzontale*, allo scopo di massimizzare gli effetti processivi. Il sistema di partenariato istituzionale è risultato essere a tre livelli, Commissione–Stato membro–Città, in cui al livello intermedio era attribuito il ruolo di intermediario. In riferimento al partenariato orizzontale i programmi che sono stati finanziati da Urban, hanno registrato schemi di partecipazione più complessi. Da un lato infatti, il coinvolgimento degli attori privati è risultato essere un elemento diffuso in fase di implementazione, cominciando ad essere previsto anche in fase di programmazione, e dall'altro si è assistito ai primi tentativi di coinvolgimento della cittadinanza, in processi compartecipativi. In fase di valutazione conclusiva dell'Iniziativa, alcuni progetti sono stati segnalati come 'buone prassi' in merito alle metodologie della *governance* urbana, e per aver coinvolto attori socio–economici e cittadinanza, in varie fasi dell'iter progettuale<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Il Consiglio Europeo di Edimburgo ha provveduto a garantire l'incisività dell'azione comunitaria prevedendo, da un lato, un sostanzioso incremento degli stanziamento per i Fondi strutturali (oltre 150 miliardi di ECU), dall'altro, disciplinando un ulteriore strumento denominato "Fondo di coesione".

<sup>22</sup> L'entrata in vigore del Trattato di Maastricht ha anche comportato un notevole rafforzamento della politica di coesione, elevata a obiettivo prioritario dell'Unione

<sup>23</sup> Decisione 94/C 180/02, della Commissione delle Comunità Europee, avviso a Stati membri "linee guida per programmi operativi che gli Stati membri sono invitati a stabilire nell'ambito di un'Iniziativa Comunitaria riguardante le aree urbane" 15 giugno 1994.

<sup>24</sup> Si veda: Commissione delle Comunità Europee, *Il partenariato con le città, L'Iniziativa Comunitaria Urban*, Lussemburgo, 2003. In particolare il progetto della città di Åalborg (Danimarca) si è distinto per una forte volontà di coinvolgimento della comunità locale. All'interno del programma infatti, uno dei progetti principali è stato il centro "Lindholm 21" per lo sviluppo urbano sostenibile. Tale intervento ha comportato il recupero di un ex-cementificio attraverso un nuovo processo di sviluppo di tipo "bottom-up" (dal basso) avviato in stretta collaborazione con la comunità locale. L'elemento chiave del successo del progetto "Lindholm 21" è risultato la partecipazione alle varie fasi progettuali (sin dalla progettazione) di una organizzazione senza scopo di lucro operante nel campo dell'edilizia sociale, la quale ha predisposto un piano generale basato su criteri di eco-compatibilità per l'edificazione di 140 abitazioni. Persino la costruzione delle 40-60 unità abitative, progettate con i destinatari, ha visto il coinvolgimento in modo proattivo della comunità locale. Tale meccanismo ha innescato un processo virtuoso di riappropriazione dell'area urbana da parte dei residenti e ha permesso di giungere ad una progettualità condivisa sul futuro della città che è proseguita al termine dei finanziamenti Urban, con la creazione ex-novo di un cantiere per la costruzione di barche. Il tratto caratteristico e altamente innovativo del progetto è consistito nella

La disciplina dell'Iniziativa nel successivo periodo di programmazione (2000–2006, disciplinata dal Reg.CE n.1260/1999<sup>25</sup> e chiamato Urban II), nata alla luce della c.d. Strategia di Lisbona, ha visto il riconoscimento esplicito dello sviluppo urbano come linea di intervento prioritaria per il perseguimento degli obiettivi comunitari, e dell'iniziativa come esperienza “passerella” tra le impostazioni innovative attuate su piccola scala e l'adozione di un approccio integrato e partecipativo nei principali programmi dei Fondi strutturali.

Lo strumento della programmazione intersettoriale e partecipata è in questa fase esplicitamente orientato ad aiutare le città ad auto aiutarsi e a introdurre miglioramenti di tipo endogeno e duraturo, innescando dinamiche virtuose che consentano alle risorse presenti nelle aree di intervento di attivarsi, sostenersi e potenziarsi vicendevolmente.

In riferimento al partenariato istituzionale, l'iniziativa comunitaria in esame, ha dato vita ad un partenariato che, seppur strutturato in tre livelli, era caratterizzato da un ruolo fortemente subalterno dei rispettivi governi nazionali, relegati a semplice snodo amministrativo per l'attribuzione dei programmi. Si voleva in questo modo estendere i benefici che il rapporto diretto Commissione–città aveva portato in fase di progettazione sperimentale, vantaggi che non erano stati altrettanto significativi nel partenariato istituzionale a tre livelli.

La costituzione di un partenariato orizzontale a supporto dei progetti è stata in questa fase programmata e sostenuta già a livello comunitario. Infatti gli orientamenti espressi dalla Commissione nella comunicazione agli Stati Membri, relativa alla iniziativa comunitaria Urban II<sup>26</sup>, individuavano nel partenariato, verticale e orizzontale, rafforzato da una forte presenza della cittadinanza, lo strumento strategico per la promozione di uno sviluppo urbano sostenibile. Nella comunicazione in esame infatti, la stessa Commissione, ha invitato i Comuni ad attuare, attraverso il programma, un'azione di rivitalizzazione urbana centrata su “un forte partenariato locale che sappia definire le problematiche, la strategia, le priorità, la ripartizione delle risorse<sup>27</sup>”. Di conseguenza i programmi di questa seconda generazione risultano essere caratterizzati da un elevato grado di coinvolgimento non solo degli attori socio–economici ma anche, e soprattutto, della popolazione locale nel processo di riqualificazione.

---

capacità mostrata di coinvolgimento della comunità locale, che ha risposto in modo entusiastico all'iniziativa, e ha partecipato attivamente, contribuendo così al rilancio dell'identità e dell'attrattiva turistica della località.

<sup>25</sup> Integrato poi dai regolamenti specifici relativi a ciascun fondo (Reg.CE n.1261/1999: FERS; Reg.CE n.1262/1999: FSE; Reg.CE n.1263/1999: SFOP; Reg.CE n.1258/1999: FEOGA).che ha ridefinito e razionalizzato secondo i principi di semplificazione amministrativa, maggiore efficienza ed efficacia dell'azione comunitaria.

<sup>26</sup> Comunicazione della Commissione del 28 aprile 2000, 2000/C 141/04.

<sup>27</sup> *Ibidem*

#### 4.4 *Governance* locale e *capacity* amministrativa

L'obiettivo dei programmi Urban II veniva così a focalizzarsi sulla capacità del progetto finanziato di dotare il 'sistema territoriale' beneficiario dell'intervento<sup>28</sup> di competenze e strumenti idonei a innescare e sostenere una autorigenerazione socio-economica processiva e sostenibile, incidendo sulla sua *capacity* amministrativa e istituzionale – il termine *capacity* si riferisce alla specifica capacità di una istituzione di mobilitare le risorse presenti nel territorio di riferimento e di elaborare e poi implementare specifiche strategie di azione (Vecchi 2004, 67).

Il miglioramento della capacità amministrativa e istituzionale risulta sempre più spesso come obiettivo di riferimento dei programmi di sviluppo socio-economico, qualche volta indicato in modo esplicito ma molto più spesso in modo implicito. Questo perché la pubblica amministrazione è concepita come uno dei fattori essenziali per lo sviluppo e la competitività di una regione (Vecchi 2004, 68). In riferimento, nello specifico alle politiche di coesione territoriale dell'UE, alcune ricerche (Batterbury, Kelleher e Stern 1999) sottolineano come i Fondi strutturali della UE abbiano comportato effetti significativi proprio sulla *capacity building* delle amministrazioni coinvolte.

Se infatti l'attore politico partecipa alla rete di relazioni che costituiscono il processo decisionale in modo non gerarchicamente sovraordinato (Mayntz 1999) è pur vero che esso è chiamato a svolgere un ruolo di impulso e coordinamento nei processi di *decision-making*. Non solo, la stessa sopravvivenza e l'efficienza della modalità di *governance* interattiva dipendono in larga misura dalla presenza di una leadership (Autorità Pubblica) dotata di adeguata credibilità, autorità, autorevolezza e reputazione per fungere da interfaccia nelle relazioni di fiducia e da garante del mantenimento e del rafforzamento di tutte quelle "condizioni incentivanti" che, come vedremo in seguito (paragrafo 6), risultano determinanti per il buon funzionamento degli strumenti di partecipazione. L'esistenza di una Autorità che persegua un "disegno istituzionale" coerente con questa visione e questa cultura di *governance* è condizione fondamentale per il suo mantenimento e per il suo sviluppo.

Si capisce allora perché la capacità istituzionale relativa alle modalità con le quali l'attore pubblico "è in grado di perseguire i propri obiettivi selezionando le strategie di interazione con gli altri soggetti, in particolare in una prospettiva di cooperazione e collaborazione, rafforzando gli strumenti in grado di supportare queste scelte" (Vecchi 2004, 75) assuma un ruolo determinante per supportare lo sviluppo territoriale, a qualunque livello. Si intravede, a questo punto, la portata di impatti programmatici che interessino direttamente, attraverso l'approccio

---

<sup>28</sup> L'accezione di beneficiario, qui utilizzata, è quella data dal regolamento dei Fondi strutturali (Reg.CE 1262/99) che li individua come "gli organismi e le imprese pubbliche o private responsabili della committenza delle operazioni".

sperimentale del *learning by doing*, quest'aspetto della capacità amministrativa e istituzionale, in termini di sostenibilità dei processi di sviluppo.

Il processo di *capacity building* è, potremo dire, un percorso di acquisizione di strumenti di *governance*. Riprendiamo tra gli elementi proposti da Vecchi (*ibidem*), a supporto delle ricerche di valutazione dei processi di attuazione, quelli più strettamente afferenti al nostro ambito di interesse (*governance*) ricostruendo il quadro logico che dal principio di riferimento conduce all'obiettivo generale e conseguentemente a quello/i specifico/i del singolo programma. Tale operazione ci consentirà di individuare obiettivi e azioni la cui presenza (o assenza) nel programma in esame denuncerà (o meno) il perseguimento di obiettivi legati alla *capacity building* in un'ottica di *governance*.

La schematizzazione utilizzata consente tra l'altro di evidenziare la valenza di *capacity building*, in termini di *governance*, dell'impianto programmatico dell'iniziativa Urban II che assume come propri strumenti strategici l'approccio integrato e multisettoriale, la concentrazione delle risorse finanziarie in aree ristrette e limitate, e la centralità del partenariato verticale e orizzontale, i quali risultano integralmente inscrivibili e iscritti nello schema sopraesposto.

Se l'ultimo punto, prevedendo una forte concertazione del programma di intervento, a partire dalla fase preparatoria e fino alla realizzazione delle iniziative, tra Commissione Europea e le autorità istituzionali competenti (*partenariato verticale*) e tra queste ultime e gli attori locali (*partenariato orizzontale*), è immediatamente ascrivibile alla *governance* locale, l'utilizzo dello schema sopra riportato consente di evidenziare le potenzialità degli altri due in termini di *capacity building* dell'ente locale rispetto alla *partnership*. L'approccio integrato e multisettoriale, che prevede l'individuazione, fin dalla fase programmatica, di interventi sinergici afferenti ai diversi settori delle politiche pubbliche (viabilità, attività produttive, edilizia pubblica, formazione e lavoro, politiche sociali e culturali ecc ...) allo scopo di migliorare l'efficacia dell'intervento in termini di promozione dello sviluppo, è infatti agevolmente riconducibile al principio dell'integrazione orizzontale intersettoriale, in quanto consente di aumentare le capacità di *governance* interna della pubblica amministrazione. D'altronde anche la concentrazione delle risorse finanziarie disponibili in aree ristrette e pre-determinate, ha rilevanti implicazioni in termini di *governance*. Da un lato infatti richiede che l'ente locale trovi le strade all'interno della *governance* istituzionale verticale, per competere nell'assegnazione delle risorse, a scapito di enti equiordinati, e dall'altro, poiché il principio opera anche all'interno di ciascun progetto, richiede una capacità di miglioramento della formulazione delle politiche. Infatti questa scelta comporta l'individuazione di aree/settori/soggetti c.d. "occasione", sui quali concentrare le risorse disponibili in funzione di una loro supposta maggiore e migliore capacità diffusiva, propulsiva e processiva delle dinamiche virtuose di sviluppo. Comportando da un lato la sperimentazione di *management* dei conflitti, rispetto ai settori/soggetti esclusi, e dall'altro l'individuazione di azioni rivolte a sviluppare il capitale umano proprio

TIPO DI PARTNER-SHIP	PRINCIPIO	CAPACITÀ	OBIETTIVO SPECIFICO	CATEGORIE DI AZIONI
<b>VERTICALE</b>	<b>INTEGRAZIONE VERTICALE</b>	Capacità di raggiungere accordi di collaborazione tra i vari livelli di governo (locale, regionale, nazionale...), a partire dalle due direzioni (top-down e bottom-up)	migliorare la formulazione delle politiche	adozione di metodologie e tecniche di valutazione ex ante
			sviluppare le relazioni intergovernative	promozione di accordi quadro
				sviluppo di progetti in partenariato con altre amm.
				sviluppo di forme di coinvolgimento tendenti alla co-responsabilizzazione
			sviluppare le ICT	diffusione reti informative
				integrazione dei back office tra amministrazioni
				diffusione sportelli unici
				utilizzo di tecnologie interattive
			sostenere le innovazioni	sviluppo dei innovazione nella produzione ed erogazione dei servizi
				sviluppo di innovazioni organizzative

				sviluppo di esercizi di <i>benchmarking</i>
				manutenzione di una cultura orientata al cambiamento
	<b>INTEGRAZIONE ORIZZONTALE</b>	<b>Interorganizzativa:</b> Capacità di coordinare e concentrare gli interventi condotti dalle varie articolazioni delle istituzioni (integrazione intersettoriale)	sviluppare la cooperazione intersettoriale	promozione di forme di integrazione in piani, progetti, ecc...
<b>ORIZZONTALE</b>		<b>Sociale:</b> Capacità di affrontare problemi collettivi attraverso il coinvolgimento degli attori sociali, profit e non profit	sviluppare la cooperazione orizzontale	promozione di accordi quadro terzo settore e settore privato
	<b>MANAGEMENT DEI CONFLITTI SOCIALI</b>	Capacità di disporre di strumenti per il superamento dei conflitti sociali che vadano oltre gli strumenti direttivi, e verso il <i>problem solving</i> e <i>dispute resolution</i>	sviluppare l'analisi sull'ambiente esterno alle istituzioni	sviluppo di progetti in partenariato con amministrazioni dello stesso livello
sviluppo di forme di coinvolgimento tendenti alla coreponsabilizzazione				
sviluppo di banche dati per sostenere le analisi e i monitoraggi per un controllo accurato				
				utilizzo di strumenti di scenario <i>drafting</i>
				promozione della valutazione ex-post

			gestire i conflitti	adozione di processi di <i>consensus building</i>
				diffusione del coinvolgimento degli <i>stakeholders</i>
	<b>SVILUPPO DEL CAPITALE SOCIALE</b>	Capacità di mettere in atto azioni che hanno come obiettivo l'aumento del capitale sociale di un territorio/ regione; in modo da migliorare l'efficacia delle forma di partenariato e di coinvolgimento degli <i>stakeholders</i>	sviluppare il capitale sociale	manutenzione delle relazioni con e tra gli <i>stakeholders</i>
promozione di processi di <i>deliberative democracy</i>				
sviluppo della valutazione indipendente				
promozione dell'associazionismo tra i cittadini				

**Tabella 1** combinazione di due schematizzazioni di Vecchi (2004, 76 e 78) allo scopo di dare una illustrazione indicativa della traduzione dei principi di *governance* in azioni progettuali.

di questi settori/soggetti, i quali diventano un utile ambito di sperimentazione di pratiche di *governance* orizzontale da parte dell'amministrazione locale. L'impostazione programmatica prevede, infatti, che debbano essere concentrate su di esso azioni atte a migliorare la conoscenza e la pratica dell'amministrazione rispetto all'ambiente esterno alle istituzioni, a diffondere il coinvolgimento degli *stakeholders*, a sostenere relazioni con e tra gli *stakeholders*, a promuovere l'associazionismo tra i cittadini e a sperimentare (nel senso di fare pratica di) processi di *consensus building* e di *deliberative democracy*.

Se è vero, come è vero, che la finalità prima dell'Azione Strutturale Comunitaria è orientata a diffondere un *know-how* – fatto di conoscenze, competenze tecniche e gestionali – capace di informare stabilmente il sistema beneficiario, non possiamo a questo punto dubitare che il contenuto di *know-how* riguardi, per l'iniziativa analizzata, la “diffusione della cultura della *governance*” e che il

destinatario primo sia proprio l'ente istituzionale coinvolto più direttamente. L'obiettivo della sperimentazione di pratiche di *governance* locale è perseguito attraverso un vincolo progettuale, che obbliga il beneficiario dell'intervento (amministrazione locale) a programmare e implementare in *partnership* con gli altri attori del territorio, allo scopo di far "sperimentare" (in ottemperanza alla strategia del *learning by doing*) l'efficacia della strategia partenariale e di trasformarla nel *modus operandi* preferenziale dell'amministrazione locale.

#### 4.5 La capitalizzazione delle buone prassi: il programma URBACT

Il periodo di programmazione appena concluso ha avuto anche l'importante merito di aver finanziato, attraverso la comunicazione relativa ad Urban II, un programma volto specificamente alla sistematizzazione dello scambio di buone pratiche fra le città coinvolte attraverso il sostegno ad una piattaforma europea per lo scambio delle conoscenze e delle esperienze sulla rigenerazione e sullo sviluppo urbano sostenibile.

L'esperienza condotta con i progetti pilota e con la prima fase dell'Iniziativa Comunitaria Urban, aveva infatti evidenziato agli occhi della Commissione i limiti della prassi istituzionalizzata per la valutazione dell'efficacia dei fondi strutturali, e della connessa procedura di individuazione e diffusione delle 'buone prassi'. Il metodo infatti prevedeva per tutte le linee di finanziamento, la raccolta, catalogazione, sistematizzazione e conseguente pubblicizzazione delle 'buone prassi' contestualmente alla valutazione conclusiva dei finanziamenti (quindi a due anni dal termine del periodo progettuale). I limiti evidenziati riguardavano da un lato la tempistica (solo nel 2003 sono state disponibili le valutazioni e le 'buone prassi' evidenziate nel periodo di programmazione 1994–1999), poco adeguata a una società che rende obsolete analisi e soluzioni in lassi di tempo sempre inferiori, ma soprattutto inficiava l'adeguato utilizzo di tale strumento. Il *benchmarking* che veniva così realizzato infatti spingeva verso un'interpretazione delle 'buone prassi' come esperienze di successo da replicare su vasta scala, mimando così l'efficacia stessa dello strumento.

L'inserimento di un finanziamento specifico per la messa in rete degli enti coinvolti dallo stesso programma (in senso diacronico e sincronico<sup>29</sup>) consentiva invece la possibilità di un confronto e di una collaborazione *in progress* tra le città coinvolte su problematiche comuni, favorendo lo sviluppo delle potenzialità di tipo riflessivo insite nel *benchmarking* stesso.

Il programma specifico, aggiudicato ad un gestore francese è denominato "Urbact" o "Rete europea per lo scambio di esperienze" e è dotato di un finanziamento che copre il periodo 2003–2008. Le due priorità perseguite dal

---

<sup>29</sup> In merito è opportuno sottolineare come il programma si rivolga agli attori di tutte le 216 città che, nel corso dei diversi periodi di programmazione, hanno beneficiato dei Progetti Pilota Urbani (PPU) e dei programmi "Urban I" e "Urban II".



programma “Urbact” sono lo scambio e la diffusione delle conoscenze. Obiettivi perseguiti attraverso l’organizzazione di reti tematiche individuate dalle città stesse, di azioni di qualificazione rivolte agli attori cittadini, di studi tematici, i cui risultati saranno capitalizzati e diffusi oltre che tramite il sito web della rete, anche attraverso l’organizzazione di seminari e convegni da parte delle città coinvolte nelle varie iniziative.

All’interno del programma “Urbact” sono nate ben diciassette reti tematiche<sup>30</sup>, due azioni qualificate, due studi trasversali e cinque gruppi di lavoro<sup>31</sup>. Tali reti e gruppi di lavoro permettono alle città di riunirsi in funzione delle proprie priorità politiche, di lavorare insieme, sviluppando protocolli comuni e sperimentando sinergie e alleanze fondate sulle caratteristiche del territorio e sulle sue specifiche problematiche.

Il programma, oltre a finanziare reti tematiche rivolte all’elaborazione di strategie specificamente dedicate alla *governance* urbana (ricordiamo ad esempio “Partner4action”, “Regenera”, “Regenerando”, “Young citizen Network”, “Partecipando<sup>32</sup>”, “Citiz@move”), ha realizzato un primo vademecum per favorire la capitalizzazione delle esperienze positive e delle lezioni apprese, dai singoli progetti di rigenerazione e dalle reti, sulla base del quale le reti tematiche hanno orientato il loro agire e che, al termine del finanziamento, sarà aggiornato e corretto in funzione dell’esperienza di capitalizzazione effettuata. Il processo del *leaning by doing* continua...

#### 4.6 Criticità e prospettive

Il ruolo di ‘passerella’ assegnato a Urban II in riferimento all’inserimento dell’approccio integrato e partecipativo su vasta scala nei principali programmi dei fondi strutturali, si è infine dimostrato efficace. Da un lato infatti i nuovi regolamenti assegnano un ruolo centrale al partenariato per garantire il radicamento di una ‘buona *governance*’ nel territorio dell’Unione<sup>33</sup>, dall’altro le acquisizioni maturate in riferimento alla *governance* istituzionale, necessaria per un’effettiva capitalizzazione dell’esperienza e per un corretto utilizzo delle

---

<sup>30</sup> Approvate dal Comitato di Sorveglianza nel luglio 2004. Importante sottolineare come la rete si sia immediatamente aperta alle adesioni delle città dei nuovi paesi membri, sia prevedendo una loro adesioni alle reti già strutturate, sia dando loro la possibilità di individuare tematiche per la creazione di nuove reti. Il bando per le adesioni delle città dei dieci paesi entrati in maggio 2004, è stato pubblicato in concomitanza con l’allargamento e prolungato fino alla fine di ottobre dello stesso anno.

<sup>31</sup> Per una visione completa del programma si rimanda al sito internet dedicato: [www.urbact.org](http://www.urbact.org)

<sup>32</sup> Degno di nota il *Manuale della partecipazione*, prodotto dalla rete “Partecipando” che rappresenta un utile vademecum per la promozione della partecipazione dei cittadini ([www.urbact.org/partecipando](http://www.urbact.org/partecipando)) e anche la carta della partecipazione, che può essere considerata come un codice etico di riferimento per l’amministrazione che voglia promuovere la *governance* partecipativa (la carta è pubblicata, tra l’altro, in allegato al manuale).

<sup>33</sup> Art.5 Reg. (CE) n.1081/2006, del 5 luglio 2006.

‘buone prassi’, hanno condotto all’istituzionalizzazione di “scambi di esperienze in merito all’individuazione, al trasferimento e alla diffusione delle migliori prassi<sup>34</sup>”.

Se queste sono le luci del percorso compiuto dall’Unione Europea, il processo di sperimentazione e applicazione dei principi e degli strumenti sopra indicati, ha anche permesso di evidenziare tutte le criticità e le problematiche collegate al buon esito degli stessi.

La possibilità di trarre dall’identificazione di ‘buone prassi’ delle lezioni esportabili in contesti caratterizzati da problematiche analoghe presenta infatti numerose difficoltà. La trasferibilità di certe opzioni di *policy* può essere fortemente ostacolata dalla scarsa compatibilità dell’oggetto che s’intende emulare con le caratteristiche delle diverse circostanze di sua applicazione. In pratica le capacità di apprendimento risultano condizionale dal grado di ‘ricettività istituzionale’ del contesto di adozione.

Il principale rischio è che le dinamiche di apprendimento innescate non siano in grado di superare da un lato quello che March e Olsen chiamano la barriera dell’*audience learning* (1998) ovvero che l’apprendimento come azione individuale di pochi non riesca a tradursi in azione organizzativa o che, dall’altro possano realizzarsi solo forme di apprendimento organizzativo ‘frammentate’ (Kim 1993) vale a dire limitate a specifici gruppi di attori o unità amministrative collocati in una posizione periferica all’interno del contesto in cui operano. Il rischio principale è da individuarsi nell’eventualità (non troppo remota) che l’apprendimento organizzativo risulti solo ‘situazionale’ (*ibidem*) vale a dire che gli attori, pur imparando a far fronte ad una determinata questione, non riescano poi a codificare in prassi e procedure l’esperienza formativa e di riflessione compiuta, destinandola ad un rapido oblio.

Inoltre spesso è stato trascurato l’esame delle modalità e dei meccanismi attraverso i quali il partenariato, da principio astratto, viene tradotto in strategie, ovvero in un insieme di regole e procedure da rispettare. Come dimostra un ricerca condotta da Bauer (2002) le concrete modalità di applicazione di tale dispositivo possono generare tensioni tra la Commissione europea e i soggetti chiamati ad implementarlo, i quali talvolta finiscono col manifestare un certo grado di insofferenza nei riguardi della normativa stabilita a livello europeo. Ma ancora più decisivo si è dimostrato essere il ruolo delle relazioni di fiducia, della reputazione, delle norme sociali e delle abitudini, che possono essere più o meno favorevoli allo sviluppo di comportamenti concertativi e cooperativi. Quest’ultimo elemento viene alla luce in tutta la sua forza processiva se guardiamo ad alcuni casi storici, come, per esempio, i distretti industriali. In tali contesti locali pur senza un preordinato disegno di regole relazionali, queste sono emerse dagli

---

<sup>34</sup> Art.6 co.3.b) Reg. (CE) n.1080/2006, del 5 luglio 2006.

stessi attori sociali che si sono progressivamente auto-organizzati e attraverso un processo di apprendimento collettivo hanno determinato la convergenza del comportamento degli agenti verso modelli condivisi capaci di generare forme cooperative vantaggiose per tutti.

In modo trasversale risulta chiaro che una delle principali condizioni che possono favorire tali dinamiche di apprendimento ‘dal basso’ consiste nel fatto che ciò che si intende implementare non sia portatore un messaggio troppo distante dalle convinzioni profonde che guidano il comportamento dell’attore ‘ricevente’ (Radaelli e Saurugger 2008). A cui deve aggiungersi anche la condizione favorente rappresentata da un esplicito riconoscimento di fallimento rispetto alle strategie precedentemente attuate o dalla persistenza di situazioni di forte incertezza, dove non esistono soluzioni pre-costituite e facilmente disponibili e dove venga chiaramente riconosciuta la presenza di elementi di criticità da superare.

La permeabilità degli strumenti di *governance* a questi fattori ha trovato una prima risposta nei regolamenti che disciplinano i fondi comunitari per l’attuale periodo di programmazione (2007–2013) che prevedono che “nell’ambito dell’obiettivo ‘Convergenza’ una percentuale adeguata delle risorse del Fondo (sia) destinata ad azioni di potenziamento delle capacità, che includono la formazione, le misure di messa in rete, il rafforzamento del dialogo sociale, ed attività intraprese congiuntamente dalle parti sociali<sup>35</sup>”. L’obiettivo è quello di predisporre il ‘terreno sociale’ in vista dell’implementazione delle azioni strutturali.

Certo la strada da percorrere è ancora lunga, ma i passi compiuti ci legittimano a ben sperare. Prendendo a prestito una celebre analisi potremmo dire che l’Unione Europea non manca certo di avere le sue “promesse non mantenute” (Bobbio 1984), ma ciò non le impedisce, esattamente come non ha impedito alle democrazie (oggetto della disamina di Bobbio), di funzionare e di continuare ad esercitare il proprio potere di attrazione in virtù della sua capacità di affrontare e, talvolta, risolvere i problemi comuni.

## Bibliografia di riferimento

- Batterbury S., Kelleher J. e Stern E. (1999), *The thematic evaluation of the partnership principle*, Prepared by The Tavistock Institute – Evaluation Development and Review Unit with the assistance of ECOTEC Research and Consulting Ltd. and experts in each of the Member States (website: [www.tav institute.org](http://www.tav institute.org) )

---

<sup>35</sup> Art.5, co.3 Reg. (CE) n.1081/2006.

- Bauer W.M. (2002), “The Eu partnership principle: still a sustainable governance device across multiple administrative arenas?”, in *Public Administration*, 80, n.4, pp.769–789
- Bessant J., Rush H. (1999), *Benchmarking Framework Conditions*, Paper prepared for the Benchmarking Co-ordination Office, novembre, disponibile all’indirizzo: <http://www.bestransport.org/Conference05/Benchmarking%20Framework%20Conditions.PDF>
- Bobbio N. (1984), *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi.
- Città e attori Urban, (2005) “L’Acquis URBAN” *Utiliser les bonnes pratiques des villes dans le cadre de la Politique Européenne de Cohésion*; dichiarazione comune a chiusura della Conferenza Europea “URBAN Future”, 8 e 9 giugno 2005, Saarbrücken (Germania)
- Commission of the European Commission (2001), *European Governance: A Withe Paper*, [http://eur-lex.europa.eu/lexUriServ/site/en/com/2001/com2001\\_0428en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/lexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf)
- Council of Europe, Parliamentary Assembly (2001), *Draft recommendation of the Committee of Ministers to member states on “Participation of citizens in local public life” and draft explanatory report*, Doc. N. 9172, 9 luglio, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingsDocs/Doc01/edoc9172.htm>.
- Diamonte A. (2006), *La governance europea*, URGE Unità di Ricerca sulla Governance Europea, Milano, WP n.6.
- Fadda S. (2003), “Governance territoriale e Progettazione integrata”, in Deidda D. (a cura di), *Governance e sviluppo territoriale*, Formez, Roma, n.11, pp.53–94.
- Fortunato V., Mirabelli M. (2007), “Tra Governance e Government: esperienze di sviluppo locale in una regione del mezzogiorno”, in *Sociologia del lavoro dell’economia e dell’organizzazione*, n.1 (105), pp. 133–144.
- Giuliani M. (2007), *Attorno alla governance europea: genesi, diffusione e metodologia di un concetto*, URGE Unità di Ricerca sulla Governance Europea, Milano, WP n.5.
- Graziano P. (2004), *Europeizzazione e politiche pubbliche italiane. Coesione e lavoro a confronto*, Bologna, Il Mulino.
- Hooge L., Marks G. (2001), *Multilevel governance and European integration*, Lanham, Rowman and Littelfield publishers.
- Jacobsson K. (2004), “Soft regulation and the subtle transformation of the States. The case of EU Employment policy”, in *Journal of European Social Policy*, vol.14, n.4, pp. 335–370
- Keating M. (1998), *The New Regionalism in Western Europe: Territorial Restructuring and Political Change*, Cheltenham, Edward Elgar.

- Keating M., Loughlin J. (1997, a cura di), *The political economy of regionalism*, Londra, Frank Cass.
- Kim D.H. (1993), “The link between Individual and Organizational learning”, in *Sloan Management Review*, 35/1, pp.37–50
- Mayntz R. (1999), “La teoria della governance: sfide e prospettive”, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, XXIX, 1, pp. 3–21.
- March J.G., Olsen J.P. (1998), “The institutional dynamics of international political orders”, in *International Organization*, vol.52, n.4, pp.943–969
- OECD (2004), *New forms of Governance for Economic Development*, Paris, Ocse
- OECD (2001), *Local Partnership for Better Governance*, Paris, OECD
- OECD (2001), *Governance in 21st century*, Paris.
- Radaelli, C., Saurugger S. (2008), “The Europeanization of Public Policy in Comparative Perspective”, in *Journal of Comparative Policy Analysis*. Special issue, vol.10(3)
- Sabbatini A. (2005), “Governance”, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, n.2, pp. 407–423.
- Sabel C. (2001), “A quiet revolution of democratic governance. Towards democratic experimentalism”, in *Oecd, Governance in 21st century*, Paris.
- Sabel C., Zeitlin J, (2003), *Active welfare, experimental governance, pragmatic constitutionalism: the new transformation of Europe*, paper disponibile presso il sito web: [www.2law.Columbia.edu/sable/papers.htm](http://www.2law.Columbia.edu/sable/papers.htm) .
- Stoker G. (1998), “Governance as a Theory: Five Propositions”, in *International Social Science Journal*, n.155, pp.17–28.
- Urbact, (2004) *Guide to a capitalisation*, Segretariato di Urbact, Paris
- Vecchi, G. (2004), “Politiche di sviluppo locale e capacità amministrativa. Una riflessione per la costruzione di un modello interpretativo a supporto delle ricerche di valutazione”, in *Rassegna Italiana di Valutazione*, 28, Milano, pp. 67–81
- Vesan P. (2006), *Conoscenza e apprendimento nella governance europea*, URGE Unità di Ricerca sulla Governance Europea, Torino, WP n.5.

## 5. CITTADINANZA ATTIVA COME STRUMENTO DI GOVERNANCE (L'ESPERIENZA ITALIANA)

*Letizia Cecconi*

Lo sviluppo della *governance* come nuova forma di governo della “cosa pubblica” risulta molto spesso correlata all’inefficienza della democrazia odierna

e dei suoi sistemi di funzionamento<sup>36</sup> e sembra connessa al tempo stesso ad una maggiore capacità di autogoverno da parte dei cittadini.

E' in questa prospettiva, di profondo rinnovamento del rapporto tra cittadino e istituzioni, che si rende necessaria una riforma del modo di governare per garantire il progressivo passaggio da un'impostazione verticalizzata, dall'alto verso il basso (*top-down*), ad una impostazione maggiormente basata sull'iniziativa dei cittadini e della comunità (*bottom-up*), quindi da un'impostazione istituzionalizzata ad una incentrata su reti di cittadini.

Questo rafforzamento è determinato dall'intensificarsi di reti sociali orizzontali di *civic engagement*, cioè di cooperazione comunitaria, di fiducia reciproca e mutuo aiuto. Il tasso di civismo di una comunità dunque sembra strettamente connessa allo sviluppo di processi di *governance*. La capacità d'intervento delle istituzioni, infatti, diminuisce progressivamente di fronte a problematiche sociali di oggi quali, ad esempio, il disagio giovanile, la disgregazione familiare, la dispersione scolastica ed altri ancora. Essi sono troppo complessi e sfaccettati per essere capiti e risolti autonomamente da un'autorità non in grado di mobilitare e sfruttare le risorse del buon senso locale, delle disponibilità comunitarie, delle reti e dell'associazionismo civico.<sup>37</sup>

Il passaggio dal *government* ovvero dalla forma di governo tradizionalmente intesa, propria delle democrazie rappresentative, alla *governance*, si presenta come parallelo al mutamento della cittadinanza tradizionale in cittadinanza attiva<sup>38</sup>.

Il punto focale di questo contributo sta perciò nel tentare di spiegare come la crescente autonomia dei cittadini sia connessa allo sviluppo della *governance* e come l'inefficienza della democrazia moderna produca maggiore capacità dei cittadini di autogovernarsi. In particolar modo come ciò avvenga in Italia. Soluzioni adeguate non possono essere cercate nell'applicazione di regole di mercato nella gestione della cosa pubblica, tali principi possono aiutare molti servizi pubblici verso una migliore flessibilità e adeguatezza del servizio, nel migliore

<sup>36</sup> J.G. March, J.P. Olsen, *Democratic Governance*, The Free Press, New York, 1995, trad.it., *Governare la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1997, p.10 e sgg.

<sup>37</sup> Importante il contributo americano in questo senso, in particolar modo le attività promosse dalla Civic Practices Network finalizzate allo sviluppo di una cittadinanza attiva ed informata come elemento essenziale per "reiventare il governo". H. Boyte, B. Barber, W. Marshall (Eds) *Civic Declaration: Call for a new Citizenship* 1994, sito internet; [http://www.publicwork.org/3\\_1\\_papers.html](http://www.publicwork.org/3_1_papers.html).

<sup>38</sup> Giovanni Moro definisce la cittadinanza tradizionale come insieme di "*rights and duties in civil society relationship, in electoral participation, and is in the government context*". In contrapposizione con la cittadinanza attiva definita come insieme di "*powers and responsibilities in public policies, in civic participation, and is in the governance context*:" G. Moro, *The Citizen's side of Governance, paper presented at the* Instituto Nacional de Administracao, seminar "*A face oculta de governanca: cidadania, administracao publica e sociedade*", Lisbon, 19-20 November 2001, sito internet <http://www1.wordlbank.org/gdln/fsharing/uploads/file2240.testo.doc.htm>

dei casi possono contribuire ad offrire servizi più rispondenti ai bisogni dei cittadini, aumentando la scelta senza compromettere l'equità. Ciò implica considerare il ruolo di un nuovo attore nelle politiche pubbliche, quello delle organizzazioni di cittadini.

Il ruolo della dimensione civica nell'ambito della *governance* è spesso dimenticato o sottovalutato. Nell'arena delle politiche pubbliche il ruolo della partecipazione civica può essere definito in termini di esercizio del potere che si sostanzia nella modalità operativa della tutela civica dei diritti. Anche tale approccio è basato sulla centralità del cittadino nella gestione degli affari pubblici, ed è dunque strettamente connesso con i principi sottesi alla cittadinanza attiva. In accordo con la democrazia diretta, l'approccio della cittadinanza attiva afferma la necessità di un maggiore coinvolgimento diretto dei cittadini nella gestione della cosa pubblica ma, nello stesso tempo, ritiene tale azione compatibile con l'attività degli organi della democrazia rappresentativa e non contrastante, come sostiene l'approccio della democrazia diretta. Ogni volta che gli attori non agiscono in modo collaborativo (elemento sotteso alla realizzazione di una politica pubblica finalizzata al risolvimento delle questioni pubbliche e la gestione generale del contesto nel quale viviamo), siamo in presenza di una *non-governance situation*.

Il ricorso a queste risorse è essenziale ad esempio per escogitare soluzioni contro i rischi ambientali: senza la collaborazione dei cittadini attraverso l'impegno capillare e responsabile per la raccolta differenziata, il riciclo dei materiali riciclabili non sarebbe possibile.

La cittadinanza attiva dunque contribuisce alla formazione delle politiche pubbliche, tale partecipazione assume la forma di *governance*.

Le istituzioni pubbliche, ma anche gli altri attori della *governance*, riconoscono il ruolo attivo e responsabile delle organizzazioni civiche quando tali organizzazioni sono in grado di agire come soggetti autonomi e dotati della competenza e del potere nonché della responsabilità che permette loro di agire in coordinamento con gli altri attori, in particolar modo con gli enti pubblici, in tutte le fasi del processo delle politiche pubbliche, attribuendo un valore aggiunto insostituibile al processo di *policy making*.

Importante contributo al tema della cittadinanza attiva in Italia è fornito Giovanni Moro, figura di spicco dell'organizzazione civica Cittadinanzattiva.<sup>39</sup>

Per quest'ultimo considerare il lato civico della cittadinanza comporta il riferimento agli ambiti e ai concreti sistemi d'azione che i cittadini organizzati realizzano. Tali ambiti privilegiati d'azione sono stati e sono tuttora molto spesso intesi come azioni sostanzialmente collocate in una logica *one issue*, in altre parole finalizzate al risolvimento di un singolo problema o tematica connessa in grado

---

<sup>39</sup> Per approfondimenti vedi proseguo del contributo.

di plasmare fortemente l'identità del gruppo. Esistono così solo organizzazioni che difendono i consumatori o gli utenti o si occupano di materie comunque delimitate. Moro propone di includere l'approccio delle *issues* in un approccio più ampio; quello delle politiche dei cittadini. Esiste, infatti, una gran confusione sul tema delle politiche pubbliche e sulla differenza con la politica, senza poi addentrarci nelle lingue straniere, in breve si può comunque dire che la politica dei cittadini è definita da Moro come "l'insieme delle strategie e delle azioni che la cittadinanza attiva elabora e mette in atto per contribuire a gestire un problema connesso alla tutela e allo sviluppo dei beni pubblici e dei beni comuni, in una logica di *governance* cioè di sistema allargato di governo della realtà."<sup>40</sup> Ciò permette di comprendere che il luogo della partecipazione civica è quello delle politiche pubbliche.

In Italia quindi le varie esperienze di partecipazione civica indicano una comune modalità operativa, quella della tutela dei diritti, che si esprime ad esempio nell'uso di tecnologie appropriate per promuovere la reale attuazione dei diritti fissati nelle leggi e che le istituzioni pubbliche non sono in grado di attuare da sole. Tale impegno nella protezione dei diritti assume generalmente due forme: la rappresentanza dei cittadini e la fornitura dei servizi, tale distinzione è più analitica che pratica, comunemente nei casi concreti sono, infatti, interrelate e complementari.

Alcuni dei risultati raggiunti grazie all'azione dei cittadini, sono ad esempio; nuove leggi, la mobilitazione di risorse umane tecniche e finanziarie, la modificazione del comportamento di attori sociali, il cambiamento del senso comune, la definizione di nuovi esempi di organizzazione sociale, il mutamento nella gestione dei servizi pubblici e privati e delle funzioni pubbliche, la modificazione delle agende politiche, del loro stile e linguaggio, la variazione delle regole e del funzionamento del mercato.

La tutela dei diritti è la forma più propria di presenza della cittadinanza nelle politiche pubbliche, perché è mediante la tutela dei diritti che il cittadino acquista lo *status* di attore politico di pari dignità rispetto ai tradizionali organi preposti, nella vita pubblica, inoltre perché tutelare i diritti significa far uscire la cittadinanza attiva dalle ambiguità e dalle cattive interpretazioni del suo ruolo. Le modalità d'azione della cittadinanza attiva si possono identificare in un insieme di tecnologie di tutela, tali costituiscono le modalità operative che consentono alle organizzazioni civiche di partecipare a tutte le fasi delle politiche pubbliche. Esse sono, ad esempio le carte dei diritti; le strutture di ascolto, assistenza e consulenza, il monitoraggio, i tavoli, protocolli e accordi, la raccolta e la diffusione delle buone pratiche, ecc....<sup>41</sup>. Di seguito è fornita una breve descrizione.

Le carte dei diritti sono formulate sulla base della volontà dei cittadini attraverso procedure che permettano loro di esprimere pareri, segnalazioni,

<sup>40</sup> G. Moro, *Manuale di Cittadinanza attiva*, Carocci, Roma, 1998, p. 73.

<sup>41</sup> G. Moro, *op.cit.*, p.93 e sgg.



denunce in caso di disservizi, tale prima fase di raccolta è seguita da quella della elaborazione e catalogazione delle violazioni e dei corrispondenti diritti, della formazione di un collegio giudicante composto da cittadini e da specialisti, a cui seguono iniziative per la diffusione pubblica dei dati e la mobilitazione dei cittadini ed, infine, la proclamazione della carta e la sua diffusione. Le carte dei diritti sono finalizzate alla proclamazione di diritti genericamente previsti dall'ordinamento ma di fatto omessi.

Per quanto attiene alle strutture d'ascolto, assistenza e consulenza, esse consistono in quei luoghi ai quali il cittadino può rivolgersi per ottenere informazioni e consulenze in caso di violazione di diritti. Tali strutture sono, ad esempio, gli sportelli di tutela dei consumatori, o ancora gli uffici per l'informazione ai giovani sulle opportunità di lavoro o all'aiuto alle donne in caso di maltrattamenti o ancora la consulenza realizzata dai centri per i diritti del malato dentro le strutture ospedaliere, realizzati sempre più attraverso forme di collaborazione tra amministrazione pubblica e organizzazioni civiche. A ciò si può aggiungere il servizio offerto dai vari numeri verdi quali; il Telefono azzurro o il Telefono rosa, e tutti i servizi per la raccolta di segnalazioni nel campo di abusivismo, dello spaccio di stupefacenti, ecc. Anche l'URP offre tale servizio ma è inteso come espressione dell'apertura delle p.a. verso il cittadino e come tale iniziativa pregevole ma aperta dall'alto e quindi non frutto dell'organizzazione autonoma dei cittadini per i cittadini.

Il monitoraggio è un'attività di controllo realizzata periodicamente ad opera delle organizzazioni di attivismo civico per verificarne il corretto funzionamento Tavoli, protocolli e accordi; implicano il riferimento ad una strategia di tutela dei diritti che determina il coinvolgimento responsabile di tutti i soggetti fatti partecipi. Il coinvolgimento può essere graduato e andare dall'interlocuzione all'alleanza, ma andiamo per ordine. I protocolli d'intesa sono accordi tra due o una pluralità di attori finalizzati a stabilire obiettivi comuni e definire modalità comuni per la loro realizzazione. Nonostante vi siano una pluralità di tipologie di protocolli, possiamo descrivere la struttura di un protocollo come caratterizzata da questi elementi; una premessa strutturata con la descrizione delle finalità istituzionali degli attori e quelle comuni all'interno del campo di collaborazione; una valutazione circa il contesto politico-sociale nel quale si va ad inserire l'impegno comune; (i contenuti dell'intesa finalizzata, ad esempio, alla collaborazione in un certo ambito di attività, alla costituzione di un tavolo permanente di concertazione, alla sperimentazione di un servizio sociale o di politiche comuni sul territorio). Infine le modalità attraverso le quali s'intende rendere operativa l'intesa, in particolar modo per quello che attiene alla ricerca delle risorse finanziarie. In questo insieme rientrano anche le conferenze periodiche e le conferenze dei servizi; incontri basati su riferimenti normativi come contratti di lavoro, carte dei servizi, certi statuti provinciali e comunali, alcune leggi nazionali. La conferenza dei servizi è un incontro tra amministrazioni, sindacati, lavoratori, associazioni civiche per verificare l'andamento dei servizi e per

migliorare il rapporto e la comunicazione tra i vari attori in gioco. Tale istituto è previsto inoltre per i servizi sanitari, per taluni comuni e province, in tutti i casi in cui sia stata emanata una carta dei servizi che regoli la prestazione di un servizio di pubblico interesse. I tavoli di concertazione sono strumenti finalizzati a riunire e far collaborare più soggetti in modo permanente per finalità connesse con la tutela dei diritti dei cittadini. A livello istituzionale i tavoli di concertazione sono convocati dai governi per concertare sindacati e imprenditori, per facilitare la collaborazione tra soggetti che vogliono unirsi per aver una *chance* in più di far sentire la propria voce nelle politiche nazionali e locali.

La raccolta e diffusione delle buone pratiche. La tutela dei diritti dei cittadini sottintende più spesso situazioni di disagio piuttosto che buone pratiche, visto che generalmente le buone pratiche non sono oggetto di comunicazione e raccolta, la modalità migliore per occuparsi di tali fenomeni è quella di promuovere programmi che siano direttamente finalizzati a questo scopo, come nel caso della promozione di premi e concorsi. Le organizzazioni civiche possono adoperarsi per sostenere altri soggetti promotori di un premio, come nel caso del premio “Cento progetti al servizio dei cittadini” introdotto dal Ministro della funzione pubblica nel 1994<sup>42</sup>, oppure promuovere, loro stessi, tali iniziative, è il caso del Premio Andrea Alesini per le buone pratiche in sanità promosso dal Tribunale per i diritti del malato, o del Premio per le buone pratiche nei servizi di pubblica utilità.

In particolar modo sono le strutture di ascolto, assistenza e consulenza ovvero tutte quelle strutture a cui il cittadino può rivolgersi per ottenere informazioni e consulenze in caso di violazione dei diritti, tra le più significative modalità di partecipazione delle organizzazioni civiche alle politiche pubbliche.

Di seguito sarà descritto un caso concreto di struttura di ascolto, assistenza e consulenza; quello dei PIT (Progetti Integrati di Tutela) attivati dall'organizzazione Cittadinanzattiva. Organizzazione di cittadini dal nome emblematico e operante da anni nel mondo della difesa dei diritti.

Di seguito si fornisce una breve storia del movimento, tale presentazione ci permette di conoscere meglio l'apporto dell'organizzazione e l'esplicitarsi della sua azione in ambiti quanto mai vari e diversificati nel corso del tempo.

Ciò permette di capire come la *governance* sia essa stessa un processo e come tale in continuo cambiamento e si sviluppi attraverso forme sempre varie e mutevoli.

Il Movimento Federativo Democratico (poi Cittadinanzattiva) nasce nel 1978 a Roma. Il 14 e 15 gennaio 1978 il costituendo Comitato promotore del Movimento, formato da un gruppo di circa cinquanta rappresentanti di gruppi di base di dieci Regioni italiane che avevano collaborato, con altre associazioni, ad una ricerca commissionata dalla Fondazione Agnelli sulle dimensioni e la consistenza di gruppi giovanili cattolici minori ossia non collegati alle grandi associazioni cattoliche nazionali, decide di fondare un movimento diverso dai soliti partiti,

dai gruppi confessionali o laici di volontariato o, ancora, di attività filantropica in generale.

Il movimento è frutto di un bisogno diffuso di attivismo civico, e si propone come una sfida per la sua originalità, una sfida che continua ancora oggi, sia pure in toni per certi aspetti diversi. I principi ai quali da subito si ispira il Movimento sono quelli della politicità alternativa ai partiti, della concretezza e del cambiamento per la sperimentazione di un nuovo modo di far democrazia. Il 5 marzo 1978 l'assemblea costitutiva riunita a Roma vara il nome provvisorio (Movimento Federativo Democratico) ed i principi d'azione del Movimento.

Il Movimento Federativo si qualifica come legame istituzionale che non costituisce un partito né un movimento politico in senso stretto, ma un'aggregazione formata da individui e gruppi che, superando una concezione particolaristica dei propri interessi e il corporativismo, scelgono la strada della politica per perseguire, attraverso varie forme di interlocuzione, gli interessi generali della collettività.

Dopo la costituzione segue la fondazione del Movimento durante il decennio 1980–1989 nel corso del quale il Movimento persegue i suoi principi di coinvolgimento e attivazione dei cittadini nella tutela dei propri diritti in campi diversi della vita pubblica, come quello della salute (attraverso il Tribunale per i Diritti del Malato), la protezione civile, i servizi pubblici, l'ambiente, l'ordine pubblico, attraverso la promozione d'iniziative di "democrazia diretta". Il consolidamento e la legittimazione si hanno nel decennio 1989–1998, durante il cambiamento che investe la società italiana e le sue tradizionali culture politiche.

La fase della maturità si apre intorno al 1998, il Movimento potenzia le proprie attività, estendendo i suoi campi d'azione e sperimentando nuove forme più sistematiche di tutela come il Progetto Integrato di Tutela (PIT) Servizi all'interno della Rete dei Procuratori dei Cittadini che opera per la difesa dei cittadini nell'ambito dei servizi di pubblica utilità. E' attuata la riforma della struttura organizzativa che porterà alla costituzione delle Assemblee territoriali della cittadinanza attiva, all'elezione di nuovi Congressi Regionali e del nuovo Congresso Nazionale e alla raccolta di circa 50.000 adesioni complessive al Movimento. Prendono inoltre inizio progetti dalla portata innovativa come quelli per il Sud Europa, per la cittadinanza d'impresa, per la qualità del servizio di giustizia, ciò a testimonianza del nuovo corso assunto dall'organizzazione che muta inoltre il nome in Cittadinanzattiva in occasione del Congresso nazionale di Chianciano nel giugno del 2000, il quale sancisce inoltre la nuova struttura del Movimento. Le basi di Cittadinanzattiva si trovano nelle Assemblee territoriali alle quali possono partecipare tutti coloro che sono interessati al governo della "cosa pubblica" purché risiedano nel territorio di riferimento dell'Assemblea alla quale intendano partecipare, abbiano compiuto 16 anni, anche se non sono cittadini italiani, e consegnino la scheda d'adesione compilata con i propri dati al coordinatore (eletto dalla stessa assemblea, che resta in carica fino alla scadenza congressuale). Le Assemblee si costituiscono con l'adesione di almeno 50 perso-

ne. Anche i gruppi con finalità omogenee a quelle del Movimento possono aderire alle attività a livello regionale o nazionale attraverso processi di federazione con il Movimento, salva la possibilità per i singoli associati di poter anche partecipare personalmente compilando la scheda personale di adesione. Le Assemblee eleggono i propri rappresentanti nei Congressi regionali di Cittadinanzattiva e questi eleggono, a loro volta, il Congresso nazionale. Tali elezioni assumono il nome di “elezioni civiche”<sup>43</sup> e costituiscono per Giovanni Moro una modalità nuova di raccolta di consenso e legittimazione della cittadinanza attiva che si inserisce tra le forme di mobilitazione dei cittadini.

Tra le varie iniziative del movimento Cittadinanzattiva occorre segnalare i PIT ovvero i Progetti Integrati di Tutela Salute e Servizi.

Il Progetto Integrato di Tutela (PIT) nell’ambito della salute è promosso dalla rete del Tribunale per i diritti del malato (TDM) ed è reso operativo a partire dal 1996, tale progetto si sostanzia nell’attività di consulenza ed ascolto ai cittadini–utenti in ambito sanitario ed assistenziale, nella raccolta e elaborazione dei dati, nella formulazione di una Relazione annuale e nella promozione di iniziative per la tutela dei diritti nell’ambito all’interno del quale si sono riscontrate più violazioni. La recente apertura di canali di comunicazione, da parte della pubblica amministrazione, verso i cittadini e il conseguente sviluppo di forme di attività di raccolta e elaborazione di dati dai cittadini–utenti, non ha intaccato l’attività specifica fornita dal Movimento Cittadinanzattiva e dalle altre organizzazioni di tutela dei diritti. Dotata di caratteristiche proprie che potremmo chiamare “civiche” in quanto realizzata da cittadini (dotati di un certo *know-how*) per i cittadini, Cittadinanzattiva ricerca soluzioni alternative rispetto al semplice ascolto o alla fornitura di informazioni ed è capace di offrire interventi a basso costo e rapidi perché non rallentati dal rispetto di procedure burocratiche. Il servizio è garantito grazie ai finanziamenti provenienti da vari soggetti privati, ciò per garantire l’indipendenza dell’operato del servizio da qualsiasi fonte di finanziamento pubblico.

L’attività del PIT Salute si sostanzia in un servizio di ascolto, assistenza e consulenza a tutti i cittadini che ritengano di essere stati lesi nei loro diritti nel settore sanitario e socio–assistenziale, in ambito pubblico e privato, in particolar modo nel settore dell’assistenza ospedaliera e delle connesse questioni burocratiche, come nel caso di prenotazioni e liste d’attesa, delle esenzioni, dell’uso dei farmaci e dei rapporti con gli operatori sanitari, della funzionalità e adeguatezza delle strutture, dell’emergenza sanitaria, dell’assistenza sul territorio (in particolare agli anziani e ai malati cronici).

---

<sup>43</sup> Il Programma “Cento progetti al servizio dei cittadini” è finalizzato a promuovere e valorizzare le esperienze realizzate da amministrazioni pubbliche, a diversi livelli istituzionali e nei diversi settori pubblici, per lo sviluppo dell’innovazione ed il miglioramento della qualità dei servizi attraverso una maggiore attenzione ai cittadini.

Sulla base delle segnalazioni trattate, PIT Salute produce un Rapporto conclusivo annuale su “Cittadini e servizi sanitari”.

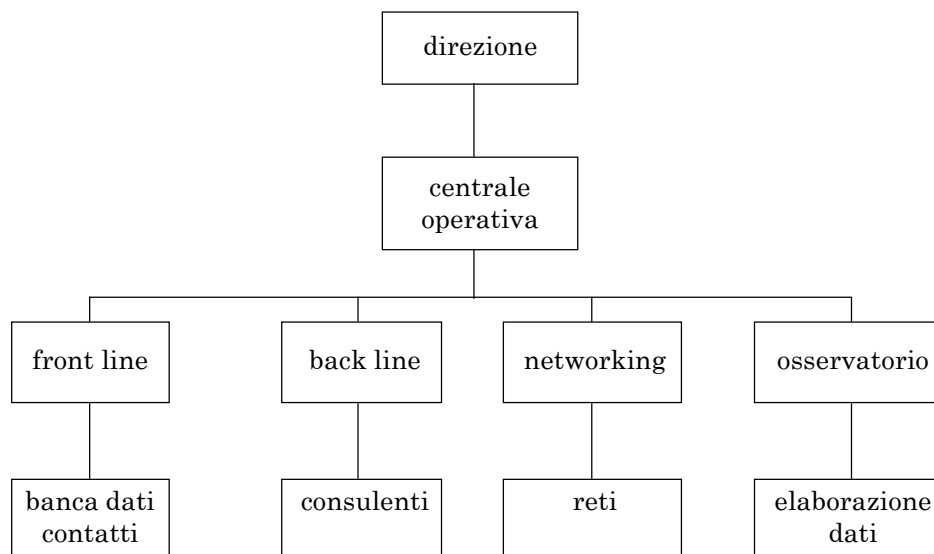
Il processo di raccolta dei dati realizzato direttamente attraverso il ricorso a varie tecnologie (interviste, questionari, schede di monitoraggio...) o indirettamente tramite l'uso di dati raccolti da altri soggetti su certi temi di interesse civico, fornisce dati il cui trattamento permette di ottenere uno strumento per interpretare la realtà e produrre così informazione. Tale informazione non avrà rappresentatività statistica, non sarà in grado di produrre correlazioni tra fenomeni, o ancora non potrà permettere di fare previsioni su un certo fenomeno, tuttavia potrà consentire di registrare situazioni particolari ed emblematiche di una questione generale, di sondare tendenze sinora non colte ed individuare problematiche nuove. L'informazione civica non è finalizzata a produrre conoscenze attendibili ma serve a dare una solida base di realtà ed una più forte legittimazione all'azione dei soggetti civici, permettendo loro di definire, comunicare e far valere il loro punto di vista in ordine alle questioni di rilevanza sociale.

I dati raccolti tramite il servizio PIT rappresentano, pur nella loro non scientificità, un'importante fonte di informazione poiché sono raccolti ed elaborati quasi in tempo reale, cosa che non è possibile per l'elaborazione dei dati ufficiali che solitamente hanno tempi più lunghi di elaborazione. Lo scarto di tempo tra la raccolta e l'elaborazione è quindi ridotto.

Tali risultati sono ragguardevoli e costituiscono un esempio di come anche i cittadini-utenti possono e sono in grado, se dotati delle giuste tecnologie e di un adeguato *know-how*, di produrre un'informazione a misura di cittadino e di aver così voce in capitolo nella gestione della “cosa pubblica” attraverso la partecipazione nelle politiche pubbliche.

Per una migliore comprensione dell'organizzazione del PIT di seguito è riportato l'organigramma:

**Figura 1**  
**Organigramma di PIT servizi**



Fonte: G. Moro, Manuale di Cittadinanza attiva, 1998.

La direzione (costituita da un direttore e un vice-direttore) supervisiona e collabora con la centrale operativa la quale, a sua volta, si occupa del coordinamento delle quattro aree che compongono il servizio ed è composta a sua volta da quattro responsabili (uno per area).

Il *front-line* gestisce le relazioni con i cittadini che contattano il PIT tramite linea telefonica, e-mail, fax o per posta, ed è costituito da cinque addetti adeguatamente preparati e aggiornati tramite incontri periodici con esperti. I dati riguardanti i contatti con i cittadini ed i soggetti interpellati per rispondere alle richieste, sono memorizzati su supporti informatici e costituiscono la fonte da cui derivano i Rapporti conclusivi a cadenza annuale del PIT Salute. Gli addetti al *front line* sono in grado di gestire direttamente circa l'80% dei casi, i casi che, per varie ragioni, necessitano di conoscenze più specifiche, sono trasmessi al *back line* o alle reti più competenti in materia.

L'attività del *back line*, svolta da sei addetti, si sostanzia nel supporto da fornire al *front office* attraverso la raccolta e l'archiviazione dei documenti utili, la produzione di sussidi, la formazione del personale e lo svolgimento periodico di un *audit* per testare la qualità del servizio prestato oltre alla gestione dei rapporti con i circa 30 consulenti operanti in vari ambiti (medici, esperti in diritto,

operatori sociali), la promozione di accordi con i referenti istituzionali per la gestione delle questioni oggetto di trattazione, infine la promozione di campagne di tutela tramite la scelta di casi singoli o gruppi di casi emblematici per porli all'attenzione degli interlocutori istituzionali, attraverso la diffusione tramite la stampa e altri mezzi di comunicazione (ad esempio sulle liste d'attesa o sul costo troppo elevato dei farmaci).

Il *networking* corrisponde al coordinamento tra le reti attraverso le attività più varie, come la raccolta degli *input* dalle reti, l'organizzazione di seminari di formazione, la mobilitazione delle reti tramite iniziative specifiche come nel caso del pullman viaggiante PITBUS, la comunicazione tra le reti attraverso un bollettino periodico, la raccolta delle adesioni al PIT e la stesura di protocolli d'intesa con organizzazioni interessate a collaborare al servizio. Del *networking* si occupano quattro addetti.

L'osservatorio si occupa prevalentemente dell'elaborazione di statistiche sui contatti del PIT, dei rapporti periodici o su argomenti specifici sulle attività del PIT, cura la redazione della Relazione annuale<sup>44</sup>.

Il PIT Servizi nasce nel 1999 ed assume da subito forma di rete collegata all'attività dei Procuratori dei cittadini. Finalizzata alla fornitura di un servizio di consulenza e di informazione ai cittadini, PIT Servizi si costituisce in seguito all'utile esperienza maturata in ambito sanitario con PIT Salute. Al PIT servizi i cittadini possono comunicare tramite vari mezzi (telefono, posta, e-mail, fax) le loro segnalazioni e lamentele negli ambiti più diversi; trasporti (ferroviari, aerei, urbani, marittimi, stradali), poste (servizi di spedizione pubblici e privati), telecomunicazioni (telefonia fissa e mobile), energia (acqua, luce, gas), servizi assicurativi (credito, servizi di sportello), servizi amministrativi (servizi di sportello di enti pubblici e privati) ovvero a tutti quei servizi di utilità sociale e di natura rilevante per i cittadini.<sup>45</sup>

PIT Servizi pubblica periodicamente una Relazione conclusiva con le stesse modalità del PIT Salute.

Tali dati mostrano come ampia e articolata sia l'azione di un soggetto civico che interviene nel processo di *policy making*, ovvero nel governo della società.

---

<sup>43</sup> G. Moro, op.cit., p. 104. La convocazione delle elezioni civiche ha qualcosa in comune con le assemblee elettive americane, più conosciute come "primarie", attraverso le quali si designano a livello locale i candidati rispettivamente democratici e repubblicani alle cariche politiche e amministrative. Tuttavia ne differiscono in quanto non costituiscono una fase all'interno di un processo più ampio di votazione, ma sono un modo attraverso il quale un'organizzazione civica elegge i propri rappresentanti, facendo emergere così un nuovo tipo di rappresentanza; quella dei cittadini, che si aggiunge a quella politica, attraverso i partiti, e a quella sociale, per mezzo dei sindacati e delle organizzazioni di imprenditori. Tale rappresentanza costituisce un modo attraverso il quale sensibilizzare l'opinione pubblica circa l'importanza di una rappresentanza civica e favorire la responsabilizzazione dei partecipanti alle assemblee, tutto ciò all'interno di un quadro di maggiore visibilità per i cittadini e per la loro azione di tutela dei diritti.

<sup>44</sup> Per un approfondimento cfr.: G. Moro, op.cit., p. 95 e sgg.

Per questo motivo i campi di azione sono infiniti perché si estendono a tutti i settori in cui la cittadinanza attiva si avvicina per contribuire alla gestione dei problemi che la coinvolgono, in quanto connessi alla gestione dell'interesse generale.

Dalle esperienze sopra descritte si rivela come la *governance* sia un elemento che è possibile rintracciare come modalità generale di governo, pur nella diversità dei settori toccati. Tale presenza è stata progressivamente considerata a livello pubblico, generando riforme improntate allo sviluppo di forme di relazione bidirezionale con i cittadini e le loro organizzazioni. Le strategie e le modalità di costituzione di tali relazioni sono variegata e difficilmente schematizzabili, tuttavia ciò non impedisce la possibilità di trovare punti di contatto tra esperienze così diverse. Proprio questa irriducibilità in schemi precostituiti caratterizza la *governance*, in quanto attività di governo allargato a soggetti istituzionali ma anche economici e sociali. Spesso tale incerta nozione è ritenuta sinonimo di governo allargato a più enti ma pur sempre limitato ad enti di natura istituzionale. Qui si vuole rilevare, facendo riferimento all'esperienza di Cittadinanzattiva, come tale governo allargato abbia bisogno e quindi apra notevoli spazi di partecipazione ad organizzazioni civiche in grado però di mostrarsi autonome e indipendenti, dotate di una propria identità, di una certa capacità e preparazione ed in grado quindi di collaborare in posizione di parità con gli enti istituzionali. Di conseguenza tale rapporto di collaborazione necessita della diffusione della presenza, nelle organizzazioni di cittadini, della capacità di produrre informazioni e di saper interloquire, in posizione di pari dignità, con gli enti pubblici. Contemporaneamente è necessario che si diffonda nelle istituzioni pubbliche una mentalità in grado di superare i pregiudizi connessi al modo di guardare le organizzazioni civiche. Un vero governo allargato può nascere solo dall'incontro di soggetti istituzionali e sociali pienamente maturi, responsabili e capaci di agire adeguatamente per la gestione della "cosa pubblica".

Il punto centrale della *mission* di Cittadinanzattiva prima illustrato con la descrizione del caso pratico dei PIT sembra, per Giovanni Moro, non essere stato focalizzato appieno nel Libro bianco della Governance europea del 2001, i cui sforzi sembrano maggiormente finalizzati alla ridefinizione delle relazioni tra le istituzioni europee e tra loro e gli stati membri, sulla base di un principio di sussidiarietà limitato a questo ambito istituzionale. Per Giovanni Moro, in sostanza, il tanto auspicato coinvolgimento dei cittadini non sembra aver ottenuto molto spazio all'interno di questo importante documento, in quanto rimane sullo sfondo come astratto ed imprecisato.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Cittadinanzattiva, Procuratori dei cittadini, PIT servizi, *Cittadini e servizi di pubblica utilità, Relazione 1999-2000*, Roma, 2000.

<sup>46</sup> Cittadinanzattiva (Active Citizenship), "An unfulfilled promise? First reaction to the EC White Paper on European Governance By Giovanni Moro, General Secretary" Rome, September, 2001, in sito internet; <http://www.activecitizenship.net/citizenpolitics/wg.htm>



Il tema del coinvolgimento dei cittadini, delle organizzazioni civiche e delle autorità regionali e locali nel processo di *policy making* dell'Unione Europea costituisce comunque la parte sostanziale dello sforzo per la realizzazione della *governance* europea descritta nel Libro Bianco sulla Governance<sup>47</sup>, che resta in ogni caso finalizzata ad avvicinare i cittadini alle istituzioni comunitarie in modo da fornire ai primi gli strumenti per partecipare pienamente alle politiche dell'Unione Europea.

### **Bibliografia**

- J.G. March, J.P. Olsen, *Democratic Governance*, The Free Press, New York, 1995, trad. it., *Governare la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1997
- G. Moro, *Manuale di Cittadinanza attiva*, Carocci, Roma, 1998
- Cittadinanzattiva, Procuratori dei cittadini, PIT servizi, *Cittadini e servizi di pubblica utilità, Relazione 1999-2000*, Roma, 2000.

### **Linkografia**

- [http://www.publicwork.org/3\\_1\\_papers.html](http://www.publicwork.org/3_1_papers.html).
- <http://www1.wordlbank.org/gdln/fsharing/uploads/file2240.testo.doc.htm>
- <http://www.activecitizenship.net/citizenpolitics/wg.htm>

### **Lexografia**

- Commissione europea, *La governance europea, un libro bianco*, COM (2001) 428

## **6. GOVERNANCE E MARGINALITÀ SOCIALE (PER UNA PRASSI DI RECUPERO)**

*Rachele Benedetti*

### **6.1 Lo spazio urbano come metafora dell'esclusione**

La città rappresenta oggi uno spazio particolarmente complesso e controverso, nel quale prendono vita processi di trasformazione che, se spazialmente configurano nuove articolazioni della vita collettiva, osservati da una prospettiva sociologica possono essere interpretati come forme emblematiche delle criticità e dei contrasti, forse più sfuggenti, ma non per questo meno problematici, insiti nella società attuale.

---

<sup>47</sup> Commissione europea, *La governance europea, un libro bianco*, COM (2001) 428.

La questione della nuova “advanced marginality”<sup>48</sup>, tipica delle società post-industriali (o, appunto, avanzate), trova infatti una sua specifica collocazione proprio nei contesti urbani, definendo un nuovo regime della marginalità dello spazio metropolitano,<sup>49</sup> in cui le questioni socio-economiche e quelle più propriamente legate alla sfide dell’integrazione e della coesione sociale si saldano nella definizione di nuovi, potenziali quanto pericolosi spazi dell’esclusione<sup>50</sup>.

La dimensione urbana, nel suo procedere tra spinte verso modelli di tecnologizzazione crescente, quale nodo di comunicazioni e scambi di conoscenze e contro spinte (de)generative di nuove conflittualità sociali, si pone proprio come territorio privilegiato per un’analisi che muove dalle contraddizioni del presente per interpretare in una prospettiva costruttiva quelle dimensioni del rischio e delle vulnerabilità sociale che sempre di più sembrano caratterizzare drammaticamente lo svolgere della nostra contemporaneità sociale.

La città emergente, in cui “la frammentazione sociale, visibile nelle ineguaglianze crescenti fra zone e quartieri interni alle grandi agglomerazioni e nei crescenti processi di segregazione sociale”<sup>51</sup> delinea chiaramente uno spazio “a due velocità”<sup>52</sup>, quello dei vincenti e quello degli esclusi<sup>53</sup>, diviene insomma metafora delle più globali contraddizioni in atto nell’attuale transizione da una società industriale ad una post-industriale, in cui la dicotomizzazione tra inclusi ed esclusi<sup>54</sup>, tra vincenti e perdenti, diviene sempre più un tratto drammaticamente tipico delle nuove dinamiche sociali:

<sup>48</sup> L. Waquant, *Urban Marginality in the Coming Millennium*, in “Urban Studies”, vol. 36, N° 10, 1999, pp.1639-1647: 1639.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Concentrandosi sulla dimensione urbana dell’esclusione, e quindi sulla dicotomizzazione tra centro e periferia come concetti spazialmente definiti, un approccio particolarmente originale è quello sviluppato da Krekel, che applica il modello centro/periferia (tradizionalmente utilizzato nella spiegazione delle relazioni di dipendenza economica nei rapporti nord/sud del mondo) per interpretare la dinamica inclusione-esclusione, concentrandosi sull’accesso ineguale alle risorse materiali e simboliche.

<sup>51</sup> R. Camagni, *Città, governance urbana e politiche urbane europee, working paper*, Dipartimento di Economia e Produzione, Politecnico di Milano, 2003, pp.26-36: 30.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Cfr. in particolare con R. Camagni, v. *supra*, G. Esping-Andersen, *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, Il Mulino, Bologna 2000 (Ed. originale: *Social Foundations of Postindustrial Capitalism*, Oxford University press, 1999), U. Beck, *La società del rischio*, Carocci, Roma 2000.

<sup>54</sup> Per un’analisi critica sul dibattito esclusione-inclusione sociale si rimanda in particolare a: S Paugam., *L’exclusion l’état des savoirs*, La Découverte, Paris 1996; A.Wooddard, M.Kohli, *Inclusions and Exclusions in European Societies*, Routledge/ European sociological Association Studies in European Societies, 2001; M. Kronauer, ‘Esclusione sociale’ e ‘underclass’: nuovi concetti per l’analisi della povertà’, in “Vulnerabilità, inclusione sociale e lavoro”, V. Borghi (a cura di), FrancoAngeli Milano 2002 pp.37-63; I. H Møller, *Comprendere l’integrazione e la differenziazione: inclusione, emarginazione ed esclusione*, in *ibidem*, pp.65- 103; R. Castel, *Le insidie dell’esclusione*, in “Assistenza sociale”, n.3-4 luglio-dicembre 2003, pp.193-208.

“Scopriamo ovunque nuove classi di perdenti; si parla di “società dei due terzi” o a “due velocità”; emergono nuovi strati di marginali –le squadre B, le madri dipendenti dal sistema di welfare, i beneficiari del reddito minimo di inserimento, o la nuova sottoclasse. Essi annunciano implicitamente il profilarsi di una serie di nuovi rischi sociali, e segnalano la possibilità che molti si scoprono relegati in posizioni secondarie, o persino intrappolati in qualche forma di emarginazione. La vecchia speranza pluralista del confluire di ogni gruppo in una classe media soddisfatta è stata sostituita dalla paura di nuove fratture sociali e nuove chiusure.”<sup>55</sup>

Il contesto urbano si configura perciò (ed è questa l’ottica con cui lo andremo ad analizzare) come uno strumento attraverso il quale indagare le contraddizioni del presente, muovendo da un’analisi critica delle sue sfide emergenti verso la ricerca, aperta e costantemente *in fieri*, di ipotesi di intervento e di strategie del recupero che in Europa, attraverso il paradigma della *governance*, hanno assunto e stanno ancor più assumendo negli ultimi anni una rinnovata centralità, quale spazio di una riflessione che deve tradursi nell’elaborazione di una nuova progettualità, urbana, ma prima ancora sociale.

## 6.2 La marginalità urbana: tendenze, trasformazioni, caratteristiche.

L’assunto centrale dal quale muove la nostra argomentazione riguarda sicuramente l’insieme delle trasformazioni che stanno investendo gli spazi urbani delle contemporanee società avanzate, in cui, come afferma Le Galès, “le disuguaglianze si trasformano e spesso si rafforzano, ma le linee del divario sociale spesso si confondono”<sup>56</sup>.

Si tratta infatti di un processo di mutamento che coinvolge sfere differenti del vivere sociale quotidiano, dalla vita economica all’organizzazione del lavoro e della famiglia, ma che sempre di più incide nella definizione di nuove dinamiche di apertura e contemporaneamente di involutivi circuiti di chiusura sociale, delineando uno spazio contrastato tra innovazione e sradicamento, tra promozione della comunicazione, degli scambi e della conoscenza e riaffermazione del disagio, della precarietà, dell’isolamento, in una prospettiva in cui, come sostiene Sen, gli spazi dell’uguaglianza coincideranno sempre più con nuovi spazi della disuguaglianza<sup>57</sup>.

<sup>55</sup>G. Esping-Andersen, *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, o.c., p. 249.

<sup>56</sup> P. Le Galès, *Le città europee. Società urbane, globalizzazione, governo locale*, Il Mulino, Bologna 2006, p.118.

<sup>57</sup> Cfr. G. Procacci, *Studiare la disuguaglianza oggi*, in “*Rassegna Italiana di sociologia*”, n.1, 1997, pp.5-17.

Ma in quest'insieme complesso e controverso di cambiamenti<sup>58</sup>, cambia anche l'idea della città come identità collettiva di appartenenza, una concezione che, specialmente nel conteso europeo, ha rappresentato storicamente una componente centrale della dimensione urbana quale spazio della coesione e pratica della partecipazione. Come afferma Camagni, infatti:

“[I]a città europea è stata nella storia il luogo della democrazia e della innovazione –politica, istituzionale, tecnologica ed economica– e questi ruoli la città come forma efficiente e avanzata di organizzazione sociale ha sempre svolto [...]. Oggi la città – o la sua parte in movimento– sta cambiando drasticamente i suoi connotati genetici: le esigenze di interazione sociale, di integrazione economica e di partecipazione politica si realizzano e si esprimono attraverso mezzi che sempre meno richiedono prossimità [...]. Mentre permane la necessità di fruire di un'atmosfera urbana, intesa come accessibilità generalizzata ai nodi del conteso globale e come riduttore di incertezza dinamica, viene perduto il carattere di agglomerazione fisica della città e dissolto il confine, una volta chiaro, tra urbano e rurale.”<sup>59</sup>

Il passo citato risulta particolarmente significativo perché pone in evidenza diversi ambiti della trasformazione urbana, nelle sue contrastanti connotazioni sociali: la città è prima di tutto centro di un cambiamento insediativo ed organizzativo degli spazi, un cambiamento però che non può essere interpretato unicamente come 'fatto morfologico', ma anzi diviene sintomo di un più profondo processo di transizione sociale. L'ambiente urbano è infatti contemporaneamente nodo degli scambi economici e delle comunicazioni globali, centro di interazioni dinamiche e di accesso alla dimensione globale del divenire sociale, ma è al tempo stesso terreno di nuove dinamiche di incertezza, di disancoramento sociale e di periferizzazione identitaria, facile anticamera di forme più radicate di isolamento e marginalizzazione.

Ed in questo spazio della complessità e dei contrasti crescenti, mutano anche i confini stessi dell'identità urbana: divengono più sfuggenti, labili e confusi, quasi a riflettere l'indefinita vulnerabilità sociale che sempre più caratterizza l'esperienza sociale degli insediamenti urbani<sup>60</sup>: il confine tra centro e periferia, insomma, perde la sua chiara connotazione sociale, ma si apre alla coesistenza falsamente integrata tra inclusi ed esclusi, in una prospettiva però che tende poi

<sup>58</sup> Secondo Le Galès nelle città contemporanee si combinano tre processi: le trasformazioni del mercato del lavoro (deindustrializzazione, precarizzazione di una parte degli attivi, forme di esclusione parziale o temporale dai circuiti lavorativi e rischio di esclusione di lunga durata dal mercato del lavoro per certe categorie sociali); l'indebolimento dei legami sociali, primi tra tutti quelli familiari, che espongono ad una condizione di rischio in particolare donne sole con figli e giovani; i limiti ed i ridimensionamenti delle politiche sociali, con le gravi ripercussioni che questo determina in termini di cittadinanza. (P. Le Galès, *Le città europee*, o.c., p.118)

<sup>59</sup> R. Camagni, o.c., p. 26.

<sup>60</sup> Cfr. a tale proposito O. Maschet, *Du "bastion" au "ghetto". Le communisme municipal en butte à l'immigration*, in "Actes de la recherche en sciences sociales", n.159, settembre 2005, pp.11-25: 11.

a riaffermare, secondo logiche spaziali ed etichettature sociali differenti, una nuova frammentazione –per molti: dicotomizzazione– sociale.

Ed è proprio in questo svolgimento contrastato che la città si propone come metafora del processo di esclusione contemporanea: al suo interno trovano infatti spazio i soggetti di un'integrazione apparente, che vivono nella città prendendo parte solo in maniera periferica, passiva e residuale alla grande dinamicità urbana, che non partecipano direttamente della città come flusso di conoscenza, possibilità, dinamicità; piuttosto sono essi stessi fluttuanti in uno spazio sociale che, con gradi e velocità diversi, tende a ricondurli sempre ai margini, risucchiati in una spirale di rischio, vulnerabilità e progressiva esclusione<sup>61</sup>.

Questa città a due velocità è proprio il tratto che caratterizza la nuova marginalità urbana rispetto a quella tipica della città fordista, in cui gli spazi dell'esclusione e della segregazione sociale sono sempre esistiti, ma inseriti all'interno di una logica ben diversa.

Nella città fordista, infatti, i fenomeni di marginalità e/o povertà erano intesi come fenomeni circoscritti, residuali e tendenzialmente ciclici, che coinvolgevano una specifica fascia della popolazione e risolvibili attraverso la progressiva crescita economica<sup>62</sup>. Dal punto di vista della coesione sociale, poi, tali fenomeni si inquadravano perfettamente in quella che viene definita come una "segregazione associata"<sup>63</sup>, cioè una forma di marginalità in cui la ridotta mobilità e più di tutto il forte radicamento di forme solidaristiche di classe permettevano comunque il mantenimento e lo sviluppo della socializzazione.

La marginalità urbana attuale –o, più precisamente, il nuovo regime della marginalità avanzata– si iscrive invece all'interno di quelle realtà che si caratterizzano sempre più come esplose, diffuse (le c.d. nebulose urbane) ed in cui la stessa segregazione diviene frammentata, priva di una propria logica aggregativa, ma sempre più espressione di una pluralità di "segregazioni dissociate", di forme di povertà e di esclusione sempre più isolate, localizzate confusamente all'interno di un contesto urbano discontinuo e diffuso<sup>64</sup>.

Proprio per la sua insita pluralità, discontinuità e frammentarietà, la forma emergente della marginalità urbana si manifesta attraverso caratteristiche

---

<sup>61</sup> Rientrano in questo spazio degli esclusi le categorie 'classiche' dei senza tetto, dei poveri, ma sempre di più anche degli immigrati, degli *working poor* e dei lavoratori precari.

<sup>62</sup> Cfr in particolare L. Waquant, *Urban Marginality in the Coming Millennium*, o.c., pp.1640-41 ed L. Waquant, *Ghetto, Banlieu, Favela, et Caetera, Tools for Rethinking Urban Marginality*, in L. Waquant, "Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality", Cambridge Polity Press, 2007, p.4

<sup>63</sup> R. Camagni, o.c., p.30.

<sup>64</sup> Cfr. in particolare R. Camagni, M.C. Gibelli, *Città in Europa: globalizzazione, coesione e sviluppo sostenibile*, in: Presidenza del Consiglio dei Ministri, "Sviluppo del Territorio europeo". Poligrafo dello Stato, Roma 1996; R. Camagni, M.C. Gibelli, P. Rigamonti, *I costi collettivi della città dispersa*, Alinea, Firenze 2002.

distintive più complesse, sfuggenti e latenti rispetto a quella tradizionale. Tuttavia è possibile interpretare questa nuova marginalità come il risultato di quattro logiche strutturali interagenti, che ridefiniscono secondo criteri e spazi nuovi l'idea stessa di disuguaglianza e povertà nelle società ricche ed avanzate.

Ed è proprio sulle dinamiche e sulle caratteristiche di queste nuove logiche, così differenti rispetto all'assetto sociale tipico dell'epoca fordista, che è necessario soffermarci prima di entrare nel merito di come una specifica realtà sociale, quella europea, si sta confrontando con le nuove emergenze della povertà, della marginalità e dell'esclusione urbana.

### 6.3 Le logiche strutturali della nuova marginalità urbana

La dinamica urbana contemporanea, analizzata in una prospettiva che è insieme socio-economica e culturale, si delinea come risultante di diverse, nuove o rinnovate logiche, nelle quali si producono e si riflettono i maggiori vettori del mutamento contemporaneo. Waquant, nella sua analisi sulla marginalità nei contesti urbani avanzati, individua quattro logiche strutturali, che influiscono in maniera radicale nella definizione dei nuovi spazi della disuguaglianza, in una prospettiva in cui la dimensione socio-istituzionale, il funzionamento del mercato e la dialettica spaziale-culturale si intersecano, aprendo ad una visione poliedrica e multidimensionale del disagio urbano.

\*\*\*

#### *La dinamica macrosociale: verso un nuovo spazio della disuguaglianza?*

L'elemento macro-sociale, vale a dire il riaffermarsi di una nuova dimensione della disuguaglianza come tratto dinamico, complesso e tendenzialmente dicotomico della società attuale, si riflette in tutta la sua problematicità nello spazio urbano.

Ed assume una particolare, rinnovata (quanto forse inaspettata) rilevanza proprio in quei contesti 'ricchi' ed 'avanzati', dove il fantasma della povertà e dell'esclusione sembrava essere un brutto quanto sgradito fenomeno da etichettare come marginale, sporadico, da contenere, quasi nascondere, quale conseguenza residuale di un certo sviluppo tecnologico diseguale<sup>65</sup>.

Nella città si esplica infatti, in tutta la sua contraddittorietà, lo sviluppo simultaneo di nuova ricchezza e nuova povertà, quali esiti contrapposti di un processo di tecnologizzazione crescente e non sempre responsabile, che là dove apre nuove opportunità, contemporaneamente incrementa il grado di vulnerabilità e marginalità per chi non detiene le possibilità, le capacità e le competenze per

---

<sup>65</sup> Cfr. in particolare L. Gallino, *Disuguaglianza ed equità in Europa*, Laterza 1993; R. Castel, *Le insidie dell'esclusione*, o.c.; G. Esping-Andersen, *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, o.c.; S. Paugam, *L'exclusion: l'état du savoir*, o.c.

l'accesso al mondo della conoscenza. Tale *digital divide* diviene uno dei fattori principali di progressiva disconnessione dai nodi centrali della vita urbana, riflettendosi direttamente sulla dimensione economica ed in particolare sull'inserimento nel mercato del lavoro.

#### *La dinamica economica: il cambiamento nel mercato del lavoro*

Come sostiene Waquant la nuova marginalità urbana è il prodotto di una duplice trasformazione nella sfera lavorativa: la prima, di ordine quantitativo, ha visto la progressiva estromissione dal mercato di una amplissima fascia di lavoratori impegnati nei cosiddetti *low-skilled lob*, cioè in quelle occupazioni che richiedevano scarse competenze e specializzazioni, considerate residuali in una società sempre più centrata sulla tecnologizzazione e la competizione crescenti; la seconda, qualitativa, coinvolge la progressiva frammentazione, dispersione e degradazione delle condizioni, fino a pochi decenni fa considerate come tipiche ed ormai acquisite, dell'occupazione, aprendo –ed anzi ormai drammaticamente consolidando– quell'area della flessibilità che sempre più si declina come precarizzazione diffusa, incertezza identitaria ed insicurezza sociale.

#### *La dinamica politica nella ridefinizione del welfare state*

L'indebolimento e la frammentazione del concetto di lavoro come spazio della socializzazione e della partecipazione si riflette anche sui sistemi di *welfare*, che, già scalfiti nelle loro fondamenta dall'insieme delle trasformazioni socio-economiche in atto, vedono nel progressivo svuotamento del lavoro stabile un urgente sfida da affrontare elaborando nuove strategie, nuovi ammortizzatori sociali e nuove politiche, sia di recupero che di prevenzione<sup>66</sup>. Ma è proprio nel suo porsi come strumento di intervento che il *welfare* può configurarsi, esso stesso, come uno dei principali sistemi di stratificazione sociale, definendo, come sostiene Esping-Andersen, forme, modi e criteri della partecipazione alla vita sociale.

La questione di una necessaria revisione critica, più adeguata e rispondente ai nuovi bisogni della cittadinanza, degli attuali sistemi di *welfare*, si somma così alla loro connotazione di per sé critica e potenzialmente contraddittoria, ampliando i confini di una criticità che nel conteso urbano si fa particolarmente evidente, palesando in tutte le sue implicazioni (aumento della sfera del rischio sociale, insicurezza, crescente vulnerabilità, nuova marginalità...) il processo di disarticolazione e indebolimento del *welfare* contemporaneo.

---

<sup>66</sup> In questa prospettiva si inseriscono le politiche attive del lavoro che, pur tra interpretazioni contrastanti e spesso critiche, muovono dalla necessità di prevenire forme di disoccupazione (specialmente di lunga durata) sviluppando l'occupabilità dei lavoratori e potenziandone l'adattabilità attraverso programmi di formazione e aggiornamento continui, il più possibile costruiti sulle caratteristiche soggettive del lavoratore, per renderli meno vulnerabili di fronte alla transizioni, sempre più frequenti, nel proprio percorso lavorativo.

### *La dinamica culturale tra stigmatizzazione sociale e nuova "geografia urbana"*

La necessità di elaborare nuove politiche sociali per l'ambiente urbano diviene prioritaria anche se si analizza tale questione nelle sue dimensioni culturali ed integrative della differenza<sup>67</sup>. L'idea di una *mixité* come elemento positivo della dinamica urbana, quale strumento di valorizzazione e promozione tanto della coesione quanto dell'integrazione, si scontra infatti con una certa consolidata stigmatizzazione collettiva, dualisticamente centrata sulla dicotomizzazione noi/loro, inclusi/esclusi, centrali/periferici, che, anche spazialmente, assume una nuova configurazione rispetto all'etichettamento tipico della società del secondo dopo guerra. Ciò che caratterizza gli spazi della segregazione urbana nei contesti avanzati contemporanei, infatti, è principalmente il convergere di un crescente indebolimento del senso di appartenenza territoriale (il quartiere sempre meno vissuto come contesto di socializzazione e di partecipazione, ma anzi sempre più interpretato come spazio potenziale del conflitto e del rischio), con uno speculare, quanto pericoloso rafforzamento della propria identificazione sociale di isolamento da parte di chi vive perifericamente la città (in senso geografico quanto sociologico): I nuovi 'ghetti' delle periferie urbane divengono cioè il prodotto di un duplice processo di stigmatizzazione sociale da parte degli 'inclusi' e di identificazione della propria condizione da parte degli 'esclusi', minando nel profondo la solidarietà locale ed aprendo a nuove stigmatizzazioni sociali e culturali.

#### **6.4 Dalla marginalità urbana alla *governance* europea: la città in Europa tra esclusione e partecipazione**

Queste logiche caratterizzanti le nuove forme della marginalità urbana acquistano una specifica rilevanza nelle società europee, dove la transizione in atto tra globalizzazione, trasformazione del mercato del lavoro, flessibilizzazione e crisi del modello sociale europeo, si ripercuotono con esiti ancora indefiniti in particolare nei contesti urbani, aprendo su nuovi rischi di una conflittualità a sprazzi già drammaticamente esplosa<sup>68</sup> e nuove sfide per la coesione sociale.

Questa tensione critica è stata evidenziata anche recentemente, nell'allarme lanciato durante il sesto convegno annuale del *network* RETIS (Réseau Européen

---

<sup>67</sup> A tale proposito cfr. in particolare S. Tissot et F. Poupeau, *La spatialisation des problèmes sociaux*, in "Actes de la recherche en sciences sociales", n.159, settembre 2005 pp.5-9.

<sup>68</sup> Il riferimento più lampante e recente è sicuramente quello relativo alla rivolta delle *banlieue* parigine del novembre 2005 (per la cui analisi ed interpretazione si rimanda in particolare a H. Lagrange, M. Oberti, *La rivolta delle periferie. Precarietà urbana e protesta giovanile: il caso francese*, Mondadori, Milano 2006 e R. Benedetti, *Protesta e precarietà in Francia*, in M.A. Toscano (a cura di), *Homo instabilis. Sociologia della precarietà*, Il Grandevetro/Jaca Book, 2007, pp.125-131), sebbene anche le numerose vicende della più attuale cronaca nazionale facciano emergere il rischio di una sempre più acuta, drammatica conflittualità potenziale, tra cittadini italiani e nuovi immigrati dall'est europeo (in particolare, Romania).



Transrégional pour l'Inclusion Sociale) riguardo al rischio crescente di povertà in Europa, dove i gravi problemi sociali di disoccupazione, precarizzazione, discriminazione e vulnerabilità si configurano principalmente in termini di problemi urbani e di crescenti squilibri a livello territoriale<sup>69</sup>.

I soggetti di questa (potenziale o già manifesta) esclusione urbana possono essere rintracciati, secondo le ricerche sviluppate dal *network* suddetto, in quelle categorie sociali, primi tra tutti i giovani, gli anziani, le donne, i disoccupati e gli immigrati, che più risentono, seppur sotto diverse angolazioni ed implicazioni, della transizione attraversata dalle società attuali e del conseguente indebolimento dei tradizionali sistemi di integrazione sociale: famiglia, *welfare state* e mercato<sup>70</sup>.

La specifica connotazione metropolitana di questi fenomeni di esclusione, che ha fatto parlare da più parti di un vero e proprio spostamento da una “nuova questione sociale”<sup>71</sup> ad una “nuova questione urbana”<sup>72</sup> tende a definirsi anche spazialmente individuando una peculiare geografia della segregazione, prodotto di un'esclusione ormai trasformatasi in fenomeno strutturale per alcuni quartieri e periferie urbane, alimentando circuiti viziosi di forme cumulative di disagio, esclusione e marginalità da cui è difficile uscire<sup>73</sup>.

Se a questa transizione critica attraversata dalle città europee si aggiunge un altro fattore caratterizzante la realtà contemporanea dell'Europa metropolitana, vale a dire la sua peculiare complessità emergente da un tessuto urbano fortemente diversificato, risulta ancora più difficile, quanto urgente, la necessità di elaborare strategie d'intervento maggiormente pro-attive, integrate nei loro diversi livelli (europeo, nazionale, regionale e locale) e centrate sulla definizione di *best-practices*, quale stimolo per il rafforzamento di una progettualità sociale con ampie ricadute territoriali, capaci di sviluppare la collaborazione tra pubblico-privato e la partecipazione della società civile.

---

<sup>69</sup> RETIS, *Cities and Regions of Europe: for a Union contract*, Bruxelles, 18-19.12.2007.

<sup>70</sup> Cfr. C. Ranci, *Le nuove disuguaglianze in Italia*, Il Mulino, Bologna 2002, p.23.

<sup>71</sup> Cfr. in particolare P. Rosanvallon, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État Providence*, Seuil, Paris 1995 ; R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, Paris 1995; C. RANCI, *Le nuove disuguaglianze in Italia* o.c.

<sup>72</sup> Cfr. in particolare P. Le Galès *Le città europee. Società urbane, globalizzazione, governo locale*, o.c.; J. Danzelot, *De la question sociale à la question urbaine*, pp.83-87. La nouvelle question urbaine, in “Esprit” Paris 1999, pp.87-115 ; Idem, *De la question sociale à la question urbaine*, in Ivi, pp.83-87. S. Tissot et F. Poupeau, *La spatialisation des problèmes sociaux*, in “Actes de la recherche en sciences sociales”, n.159, settembre 2005, pp.5-9.

<sup>73</sup> E' quanto emerge dalle relazioni e dagli interventi tenuti durante il suddetto convegno del *network* RETIS nello scorso dicembre 2007.

Come affermato durante il convegno europeo sul futuro della città, infatti,

“[L]es pouvoirs qui agissent sur un territoire sont contraints d’intégrer les projets urbains dans une stratégie globale et différenciée. Ils doivent tenir compte –pour l’évaluation de leurs projets et services– de la complexité croissante de l’environnement et des systèmes dans lesquels ils évoluent. Le territoire est devenu à ce point complexe que les interactions entre les citoyens et les autres parties concernées doivent être de plus en plus intégrées dans la politique publique.”<sup>74</sup>

In questa prospettiva il discorso sulla marginalità avanzata nell’ambiente urbano si salda alla riflessione sulla *governance*, centrale nello sviluppo della politica europea<sup>75</sup> più recente, ma che nell’ambito della progettualità urbana aveva già acquisito uno spazio autonomo e rilevante. In particolare è con la comunicazione della Commissione *Sustainable Urban Development in the European Union: a Framework for Action* (1998) che la dimensione della *governance* anticipa rispetto al successivo Libro bianco la sua centralità come nucleo sul quale impostare una politica urbana che, in particolare nel settore sociale, sappia sviluppare l’integrazione socio-economica, promuovendo le pari opportunità e favorendo il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, intervenendo in particolare sull’occupazione e diffondendo pratiche di *benchmarking* che utilizzino in maniera funzionale e costruttiva la diversità del tessuto urbano europeo:

“Urban areas are the locus of multiple forms of discrimination. [...] The high incidence and spatial concentration of exclusion and deprivation in many cities create scope for co-operation between Member States on policies and measures that promote inclusion in an urban context. Although many of these problems are similar throughout Europe, the different approaches taken in different places provide a wealth of experience which action at EU level help to evaluate and share.”<sup>76</sup>

A partire da questa base si articoleranno numerosi studi, che interpretano il ruolo della *governance* nell’implementazione di politiche sociali per il recupero urbano. In questa prospettiva di indagine ed approfondimento muove, per esempio, lo studio comparativo *The Spatial Dimensions of Urban Social Exclusion and Integration*, che, partendo proprio dall’assunto dell’insita diversità delle esperienze urbane europee e dalla nuova emergenza di una concentrazione spaziale quale anticamera di una pericolosa dicotomizzazione sociale, indaga sulle

<sup>74</sup> Relazione dei lavori del convegno *Demain La ville, Colloque international sur le devenir des villes*, Bruxelles, 19-20.11.2007, p.19.

<sup>75</sup> Cfr. Commissione europea, *Governance. Un libro bianco*, Bruxelles 2001.

<sup>76</sup> Commissione europea, *Sustainable Urban Development in the European Union: a Framework for Action*, Bruxelles 1998, p.12.

dinamiche fortemente interconnesse di marginalità, nuova povertà e segregazione sociale urbana in undici aree urbane europee<sup>77</sup>.

Ma quel è la reale portata della *governance* come paradigma di riferimento per le nuove politiche urbani? Tale approccio si dimostra veramente capace di incidere nelle dinamiche urbane, rompendo le aree di nuova o innovata marginalità ed aprendo a nuove possibilità inclusive di coesione, integrazione e partecipazione sociale? La questione resta sicuramente aperta, sviluppandosi con implicazioni differenti a seconda delle capacità dei diversi attori pubblici (governi centrali e locali, ma anche società civile e cittadinanza), favorendo lo sviluppo di partenariati pubblici e privati.

In particolare la sfida resta aperta per la coesione sociale, dove l'idea di una *mixité sociale* non è traducibile in una strategia della 'coesistenza della e nella diversità', quale risposta politica applicabile universalmente ed omogeneamente, ma deve svilupparsi come un campo di dinamiche funzionali interattive, che agiscono in e su un territorio realizzando progressivamente un equilibrio negoziato che condizioni positivamente la tipologia delle relazioni sociali, la gestione del territorio inteso come spazio della socialità e lo sviluppo di una pratica di integrazione che, non solo nei confronti degli immigrati, ma anche più ampiamente delle nuove categorie vulnerabili, sappia porsi come momento di graduale allentamento delle nuove tensioni sociali.

## Bibliografia

- Beck U., *La società del rischio*, Carocci, Roma 2000.
- Benedetti R., *Protesta e precarietà in Francia*, in M.A. TOSCANO (a cura di), *Homo instabilis. Sociologia della precarietà*, Il Grandevetro/Jaca Book, Santa Croce sull'Arno 2007, pp.125–131.
- Camagni R., *Città, governance urbana e politiche urbane europee, working paper*, Dipartimento di Economia e Produzione, Politecnico di Milano, 2003, pp.26–36: 30.
- Camagni R., Gibelli M.C., *Città in Europa: globalizzazione, coesione e sviluppo sostenibile*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri, "Sviluppo del Territorio europeo". Poligrafo dello Stato, Roma 1996.
- Camagni R., Gibelli M.C., Rigamonti P., *I costi collettivi della città dispersa*, Alinea, Firenze 2002.

---

<sup>77</sup> S. Mustered and A. Murie (Eds.), *The Spatial Dimensions of Urban Social Exclusion and Integration*, Final Report, Urbex Series, n.22, Amsterdam, June 2002. (Progetto interno al Fourth RTD Framework Programme Targeted Socio-Economic Research- TSER).

\* a cura di Simone Gabbriellini - email: [simone.gabbriellini@sp.unipi.it](mailto:simone.gabbriellini@sp.unipi.it)

- Castel R., *Le insidie dell'esclusione*, in "Assistenza sociale", n.3-4 luglio-dicembre 2003, pp.193-208.
- Castel R., *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, Paris 1995.
- Commissione europea, *Sustainable Urban Development in the European Union: a Framework for Action*, Bruxelles 1998.
- Commissione europea, *Governance. Un libro bianco*, Bruxelles 2001.
- Danzelot J., *De la question sociale à la question urbaine*, in "Esprit" Paris 1999, pp.83-87.
- Danzelot J., *De la question sociale à la question urbaine*, pp.83-87. La nouvelle question urbaine, in "Esprit" Paris 1999, pp.87-115 .
- Esping-Andersen G., *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, Il Mulino, Bologna 2000
- Gallino L., *Disuguaglianza ed equità in Europa*, Laterza Bari, 1993.
- Kronauer M., *'Esclusione sociale' e 'underclass': nuovi concetti per l'analisi della povertà*, in "Vulnerabilità, inclusione sociale e lavoro", BORGHİ V. (a cura di), FrancoAngeli Milano 2002, pp.37-63.
- Lagrange H., OBERTI M., *La rivolta delle periferie. Precarietà urbana e protesta giovanile: il caso francese*, Mondadori, Milano 2006.
- Le Galès P., *Le città europee. Società urbane, globalizzazione, governo locale*, Il Mulino, Bologna 2006.
- Maschet O., *Du "bastion" au "ghetto". Le communisme municipal en butte à l'immigration*, in "Actes de la recherche en sciences sociales", n.159, settembre 2005, pp.11-25.
- Møller I. H., *Comprendere l'integrazione e la differenziazione: inclusione, emarginazione ed esclusione*, in "Vulnerabilità, inclusione sociale e lavoro", Borghi V. (a cura di), FrancoAngeli Milano 2002, pp.65- 103.
- Mustered S. and Murie A. (eds.), *The Spatial Dimensions of Urban Social Exclusion and Integration*, Final Report, Urbex Series, n.22, Amsterdam, June 2002.
- Paugam S., *L'exclusion l'état des savoirs*, La Découverte, Paris 1996.
- Procacci G., *Studiare la disuguaglianza oggi*, in "Rassegna Italiana di sociologia", n.1, 1997, pp.5-17.
- Ranci C., *Le nuove disuguaglianze in Italia*, Il Mulino, Bologna 2002.
- Relazione dei lavori del convegno *Demain La ville, Colloque international sur le devenir des villes*, Bruxelles, 19-20.11.2007.

- RETIS, *Cities and Regions of Europe: for a Union contract*, Bruxelles, 18–19.12.2007.
- Rosanvallon P., *La nouvelle question sociale. Repenser l'État Providence*, Seuil, Paris 1995.
- Tissot S. e Poupeau F., *La spatialisation des problèmes sociaux*, in “Actes de la recherche en sciences sociales”, n.159, settembre 2005 pp.5–9.
- Waquant L., *Ghetto, Banlieu, Favela, et Caetera, Tools for Rethinking Urban Marginality*, in L. Waquant, “*Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality*”, Cambridge Polity Press, 2007.
- Waquant L., *Urban Marginality in the Coming Millennium*, in “Urban Studies”, vol. 36, No.10, 1999, pp. 1639–1647.
- Wooddard A., Kohli M., *Inclusions and Exclusions in European Societies*, Routledge/ European sociological Association Studies in European Societies, 2001.

## 7. GOVERNANCE E E-PARTECIPATION (una riflessione e una proposta)

*Leonardo Bertini e Simone Gabbriellini*

In questo articolo analizzeremo il tema dell'evoluzione tecnologica degli strumenti di comunicazione ed il potenziale uso che la società civile può farne per implementare forme di resistenza alle tendenze postdemocratiche, tipiche delle democrazie avanzate. Ci concentreremo in particolare sulla piattaforma software *Demagora*.

Una riflessione\*

Se il dibattito teorico sull'influenza che i *media*<sup>78</sup> –specialmente quelli nuovi– esercitano sulle nostre vite è quanto mai vivo ed interessante, il concetto di partecipazione politica richiama subito alla mente una incisiva frase di Giovanni Sartori:

“esiste un rapporto inverso tra efficacia del partecipare e numero dei partecipanti” (G. Sartori 2008, p. 20).

Con questa affermazione egli intende porre un freno all'idea di democrazia intesa come partecipazione diretta del cittadino alla scelta delle questioni dell'agenda politica. Il senso della frase è che più siamo, meno conta il voto di ognuno. Dunque, ci dice Sartori, essere partecipe del decimilionesimo di una

---

<sup>78</sup> Le posizioni che vi troviamo possono essere ben rappresentate, nei rispettivi orizzonti, da Giovanni Sartori (2007) per quanto riguarda i critici, e da Pierre Levy (2008) per quanto riguarda i *tecnoutusi*. Su questo ultimo fronte, benché di taglio diverso, è molto interessante anche il punto di vista di Johnson (2005).

decisione non sembra avere molto senso. Se però pensiamo che il contesto in cui si sviluppano tutte le nostre decisioni, incluse quelle politiche, è un contesto di interdipendenza relazionale con gli altri (Granovetter 1978), per valutare l'importanza del nostro voto non dobbiamo considerare solo il *peso* del voto in sé, ma anche il *peso* della nostra importanza relazionale nei confronti della rete in cui ci troviamo inseriti, così come il peso relazionale degli altri membri della rete stessa. Il risultato sarà il prodotto della complessa ricomposizione delle nostre decisioni e delle nostre reciproche influenze. Un più elevato numero di attori coinvolti contribuirà semmai a rendere più complessa la dinamica delle interazioni e l'esito di questi effetti sociali a cascata.

Ciò che preoccupa Sartori è l'implicito direttismo che questo tipo di partecipazione implica, un direttismo prodotto dal fatto che la partecipazione, se i numeri sono grandi, nasconde un ricorso a tecniche di comunicazione mediate dal computer, riducendo di fatto l'azione politica alla scelta tra un "sì" ed un "no" in una votazione su Internet – un atto solitario e non partecipativo (G. Sartori 2008, p. 21). Non è da sottovalutare in questi contesti il rischio di un uso populista dei media interattivi: Formenti lo rileva addirittura nel modo in cui Beppe Grillo usa il proprio blog, scrivendo il proprio *editto*, ma sostanzialmente non dialogando con nessuno (Formenti 2008, p. 265 e sgg.). Se questa visione di Grillo ci sembra ingenerosa, è però vero che l'interattività non è di per sé garanzia di democrazia: non solo permettere agli utenti di votare una proposta non è un processo partecipativo, ma dobbiamo aggiungere che "alla possibilità di risposta dei cittadini non corrisponde necessariamente un aumento del loro potere" (Rodotà 2004, p. 40). Se la creazione forzata di opinioni a causa di un cattivo modo di porre le domande è un vecchio problema per la metodologia della ricerca sociale, può invece rappresentare una vantaggiosa manipolazione dell'opinione pubblica per i professionisti della politica. A meno che gli utenti stessi non abbiano partecipato, attraverso una discussione aperta, anche alla formulazione della proposta. Ancora meglio, a meno che non siano gli utenti stessi, senza input dall'alto, a decidere le questioni di cui discutere, fino a produrre una proposta da auto-somministrarsi per la votazione. Dobbiamo a questo punto introdurre meglio le tecnologie di cui, implicitamente, stiamo discutendo.

L'analisi delle reti sociali (Salvini 2007) identifica un *social network* come un insieme di attori, di relazioni che li legano e di una struttura che deriva dalle interazioni, la quale rappresenta a sua volta un vincolo ed una opportunità per gli attori che l'hanno creata. La natura pone alcuni limiti all'estensione di tali reti, alla velocità della comunicazione ed alla distanza dalla quale è possibile farlo. La tecnologia, in particolare il Web 2.0, ci permette di estendere la rete sociale naturale al di là di questi limiti (Rheingold 2008), inserendoci così nel contesto di una *rete sociale aumentata*.

La nascita della Rete come luogo di comunicazione globale è stata segnata dal succedersi di strumenti sempre più evoluti per soddisfare la volontà degli utenti di trovarsi –in un luogo virtuale– per parlare insieme. Secondo Tim Ber-

ners–Lee (2006) questo spirito ha caratterizzato il World Wide Web sin dalla sua nascita: l'evoluzione dei software verso il cosiddetto Web 2.0 ha semplicemente elevato a potenza la naturale ricerca di interazione tra gli utenti e ampliato, al tempo stesso, la tipologia di contenuti che l'utente medio può gestire con una relativa facilità, dando vita a *social network online* caratterizzati dal fenomeno di massa degli *User Generated Content* (Di Bari 2007a).

Questi *social network online* sono generalmente molto estesi, molto mobili ed in rapida evoluzione (Wellman e Haythornthwaite 2005): spesso cessano di esistere dopo essere arrivati al focus di ogni *social network* online consiste nella possibilità di una condivisione più ampia di contenuti più ampi in una interazione più stretta fra gli utenti (Di Bari 2007a). L'idea che informa questi utenti non è quella di avere un ruolo in una *community*, ma semplicemente di esprimere se stessi (De Biase 2007), per questo non stupisce che le principali comunità siano ludico–hobbistiche (YouTube, MySpace, Facebook, Flickr) o *business-oriented* (LinkedIn, XING, Plaxo).

Per quanto l'attività più praticata dagli internauti resti scrivere e leggere email (Madden e Fox 2006), il Web 2.0 ha visto la diffusione esponenziale degli strumenti di *istant messaging*, dei *wiki*, dei *blogs*, dei *podcast* e dei video. In particolare per questi ultimi, dal rapporto Pew Internet & American Life Project del giugno 2007 apprendiamo che la pratica di vedere video sul Web ha raggiunto negli Stati Uniti una audience da *mainstream*: non solo il 57% degli adulti online ha visto un video, ma per il 20% dei navigatori è diventata una abitudine quotidiana (Madden 2007). Sebbene gli adulti preferiscano contenuti prodotti da professionisti, mentre i giovani contenuti prodotti da loro pari, quelli più scaricati sulla rete restano i video di news giornalistiche.

In una battuta, la cosiddetta *YouTube Politic* è allora possibile? E, non meno importante, è *da fare*?

Internet permette a molti giovani utenti di sentirsi “protagonisti di una comunità che contribuisce, con le proprie scelte e opinioni, alla selezione delle notizie. La grande forza della rete è l'interattività [...]” (Ciuffoletti e Tabasso 2007, p. 200), quell'interattività che permette ai movimenti più vari di trovare un supporto tecnico–logistico economicamente accessibile per dare visibilità alle proprie iniziative di protesta.

Secondo Joi Ito, attivista, imprenditore e *venture capitalist* nippon–statunitense, i nuovi media sociali (i blog in particolare), non solo rappresentano i *legami deboli* (Granovetter 1998) di una rete capace di diffondere informazioni globalmente, ma al tempo stesso incoraggiano il dibattito democratico e la nascita delle cosiddette *democrazie emergenti* (Ito 2003). In altre parole, la rete fornisce il supporto tecnico ad un pubblico attivo che vuole esercitare pensiero critico all'interno dei propri *social network*. Formenti, in un capitolo eloquentemente intitolato *Mitologie III*, è molto critico verso questa visione “emergentista”, che paragona alla metafora della “mano invisibile” di Adam Smith: come questa vedeva

il bene collettivo (la ricchezza delle Nazioni) nel prodotto combinato delle azioni egoistiche dei singoli, così gli emergentisti vedono nell'interazione di milioni di persone online l'origine non solo di benessere economico, ma anche di libertà politica e partecipazione democratica, riduzione delle diseguaglianze e *empowerment* del cittadino.

Formenti sembra scettico riguardo a questa presunta "saggezza delle folle", ovvero alla capacità dell'intelligenza collettiva di produrre sicuramente risultati soddisfacenti, o comunque migliori di quelli raggiungibili da un gruppo più ristretto di professionisti, in particolare su periodi temporali lunghi (Formenti 2008). L'efficienza della competenza collettiva sembra comprovata da molte ricerche empiriche (Gallino 2007). Quello che però sottolinea Formenti, al di là del lato procedurale, è il rischio, rilevato anche da Sartori (2008), che le minoranze restino schiacciate sotto una dittatura della maggioranza<sup>79</sup>.

Dobbiamo inoltre tenere presente che Internet non è una realtà intrinsecamente "democratica": Albert-Laszlo Barabasi (2004) ha dimostrato come la topologia del Web sia caratterizzata da reti *scale-free*, ovvero reti in cui i nodi non sono tutti uguali, ma ce ne sono alcuni che contano –molto– più di altri. È grazie a questi nodi che noi "vediamo" gli altri nodi della rete. Essi rappresentano i filtri attraverso i quali passiamo, volenti o nolenti: il potere che hanno di censurare il dialogo è notevole (Ciuffoletti e Tabasso 2007). Ciononostante il dibattito sembra molto acceso tra chi profetizza che l'entrata di sempre più utenti nel web sia un trend democratizzante destinato a durare e anche a crescere (Di Bari 2007b) e chi invece sottolinea che Internet, nato come strumento elitario, sia destinato a rimanere tale (Formenti 2008). Sappiamo che il *digital divide* rappresenta un problema consistente tutt'altro che marginale o transitorio (L. Sartori 2006). Il punto da cui partire è la constatazione che gli utenti di internet non superano 1.2 miliardi di persone su un totale di quasi 7 miliardi e che l'essere –o meno– online è fortemente correlato con lo status socio-economico degli individui. Dunque, non solo un *digital divide* tra paesi sviluppati e non, ma anche un *divide* culturale interno ad ogni paese, compresi quelli sviluppati, tra persone che hanno accesso e persone che non hanno risorse, informazioni e cultura per richiederlo. Affrontare e riequilibrare i *digital divide* internazionali e intranazionali sarà non solo un problema legato alla diffusione dell'infrastruttura tecnologica necessaria, ma anche un problema culturale relativo alla necessità di

---

<sup>79</sup> Rimane infatti senza risposta il problema della gestione delle minoranze: se nella democrazia rappresentativa le decisioni dei rappresentanti sono negoziate in modo che ognuno riceva qualcosa, nella democrazia diretta, per così dire, il vincitore prende tutto. E la democrazia elettronica, nei termini del voto elettronico, è questo, una sorta di incarnazione avanzata della democrazia referendaria in cui i cittadini sono chiamati a rispondere alle *poll* senza che ci sia più una discussione a precedere la decisione.



diffondere *know-how*<sup>80</sup>: portare nuove masse all'uso di questo potente mezzo è impensabile senza una adeguata alfabetizzazione (Rheingold 2008).

Riprendendo Sennett, i mass media, pur aumentando la nostra conoscenza del mondo, sembrano agire sostanzialmente da inibitori dell'azione politica (Formenti 2008). Al contrario i nuovi media *sociali* sembrano riuscire ad abbassare le barriere alle azioni collettive (Rheingold 2008): ma quale modello di *business* si nasconde dietro questi servizi online?

Molto spesso gli utenti hanno accesso ai servizi gratuitamente. Ma in pratica quello che accade è che per usare il servizio, gli utenti inseriscono i propri dati personali, mentre un ristretto gruppo di aziende realizza – con questi dati – profitti miliardari. Per Lovink (2008) è in questo modello che si annidano i problemi maggiori per un uso politico del Web 2.0: non esiste nessun collegamento diretto tra gratuità e libertà, così come non esiste nessuna identità tra il concetto di istruzione e quello di alfabetizzazione informatica, se non qualche sovrapposizione. In pratica, per poter sviluppare degli spazi sociali destinati all'azione, dobbiamo evitare *questa* logica del gratuito, sempre equivalente ad una azienda che, in qualche punto della catena del valore, riuscirà a guadagnare (Ciuffoletti e Tabasso 2007).

Nonostante le posizioni critiche di cui sopra, alcuni studiosi come Pierre Levy già da alcuni anni hanno interpretato il risvolto serio del *social networking* nei termini di un “nuovo spazio pubblico”, di una “società trasparente”, di “cyberdemocrazia” (con le conseguenti implicazioni per il dialogo democratico ed i sistemi elettorali). In particolare, secondo Levy (2008), il voto via Internet permetterà di far aumentare la partecipazione elettorale, avvicinando gli indifferenti e permettendo di soddisfare il diritto di voto in maniera più facile per tutti, dato che:

“il dibattito politico si svolgerà sempre di più all'interno di comunità virtuali ben informate e abituate ai sondaggi elettronici su ogni argomento” (Levy 2008, p. 112).

L'essere ben informate e competenti dovrà davvero essere il tratto distintivo di queste comunità. Costruire sistemi partecipativi per *demos* estranei alla società della conoscenza potrebbe essere non solo inutile, ma anche rischioso. E dobbiamo ammettere, per quanto la realizzazione di una società fondata sulla conoscenza sia un obiettivo prioritario per l'Europa, che la società italiana non può ancora essere definita tale (Gallino 2007). In ogni caso, le parole di Levy non sembrano profezie, ma constatazioni, dato che vengono pronunciate dopo aver visto l'e-government e le agorà virtuali davvero al lavoro – nel caso di Brest, in Francia, per il referendum del settembre 2000 e nel caso dell'Arizona, negli Stati Uniti, per le elezioni primarie, sempre nel 2000.

---

<sup>80</sup> Ad esempio, per quello che riguarda l'Italia, significativo il *Quarto rapporto sulla comunicazione in Italia* del CENSIS: Internet è percepito come un *medium* difficile, e quasi il 74% del campione dichiara di non essere capace di usare un computer (Ciuffoletti e Tabasso 2007).

L'Unione Europea è da anni impegnata a finanziare studi ed applicazioni per la comprensione di tale fenomeno e incoraggia quelle azioni che vanno sotto il nome identificativo di *e-participation* perché:

“Better decision-making and more extensive involvement of citizens in all phases of democratic decision-making, including at European level, are critical for the cohesion of European society” (COM 2006).

Sono obiettivi raggiungibili attraverso un uso sistematico delle nuove tecnologie informatiche e della comunicazione, in modo da stimolare una effettiva partecipazione nei processi decisionali e legislativi a tutti i livelli delle pubbliche amministrazioni (dai municipi alle Istituzioni Europee stesse).

Nelle parole di Gallino:

“l'idea dell'approccio partecipativo si fonda sul presupposto che il pubblico, qualora gli sia dato modo di discutere ed esprimersi in forme e luoghi appropriati, sia atto a orientare gli esperti verso ciò che non sanno [...] o non sanno nemmeno di non sapere” (Gallino 2007, p. 27).

L'intento nello sviluppare uno strumento di *social networking* dedicato alla partecipazione non è dunque quello di invocare la fine dei partiti politici, sebbene si sia d'accordo nel ritenerli spesso fomentatori di logiche anestetizzanti rispetto al pensiero critico – il partito non chiede di decidere, chiede di schierarsi pro o contro, atteggiamento che Simone Weil paragonò ad una vera e propria lebbra del pensiero (Weil 2008). Tuttavia, se i partiti rappresentano un istituto imprescindibile per la democrazia, non devono però essere pensati come gli unici attori in grado di interpretare e/o costruire la volontà e i desideri della società civile (Marcon 2005).

Demagora vuole essere uno strumento dedicato allo sviluppo della cittadinanza democratica attiva in quella accezione positiva che Crouch definisce come la capacità da parte di un gruppo di sviluppare un'identità collettiva sulla base di interessi comuni e sempre sulla stessa base di formulare autonomamente richieste da girare al sistema politico (Crouch 2005). In questo senso Demagora non propone attivismo, ma cittadinanza attiva. E se è vero che la linfa vitale della democrazia sono i cittadini attivi e (pro)positivi, Demagora rende possibile la loro azione: rende possibile per i cittadini riunirsi in gruppi, anche molto vasti, per proporre temi e discuterli, così come per deliberare ed allo stesso tempo rappresenta per il partito politico una preziosa raccolta di *User Generated Content* tutti legati alle questioni che i cittadini vorrebbero veder discusse e risolte dai propri politici<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Potenzialmente, questo mettere in contatto dilettanti e professionisti della politica potrebbe generare anche un meccanismo virtuoso di reclutamento, in quell'ottica di promozione di una cultura di internet che non sia solo celebrativa del dilettantismo (Lovink, 2008).

Il partito politico resta dunque un elemento fondamentale: il ruolo di un gruppo che usa Demagora è quello di farvi pressione dall'esterno in modo costruttivo attraverso proposte articolate, arricchendo il dibattito e rappresentando una alternativa democratica per rinnovare la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica.

#### Una proposta\*

L'obiettivo di Demagora come applicazione software è quello di razionalizzare l'iter di un processo decisionale, fornendo una struttura logica e coerente per la costruzione di una *proposta*, uno strumento per condividerla, commentarla ed evolverla ed un sistema di approvazione, il tutto centrato sull'usabilità. Il valore aggiunto di questa metodologia sta nel permettere, a differenza di un semplice sondaggio, la costruzione comunitaria della proposta su cui poi esprimere il proprio assenso: la partecipazione si ha non solo in fase deliberativa, ma in tutte le fasi del processo, dalla pubblicazione alla votazione alla eventuale rimessa in discussione della proposta stessa. La scelta di Plone<sup>82</sup> è stata consequenziale alla necessità di sviluppare un prodotto solido ed allo stesso tempo noto per l'essere *user-friendly*. Attraverso l'impiego di nostre risorse progettuali, finanziarie e tecniche rese disponibili dalla collaborazione di un team di esperti con competenze specifiche nel settore della progettualità, dell'analisi delle reti sociali e della programmazione –in ambiente *open source*– di *Content Management System* (CMS), abbiamo realizzato un prototipo per rispondere alle esigenze e le aspettative sopra menzionate.

Il prototipo consente ad ogni utente, successivamente ad una comune registrazione, di richiedere la partecipazione ai gruppi già presenti sul portale e la possibilità di creare propri gruppi con i quali condividere progetti e prendere decisioni rispetto a più alternative.

I nodi strategici del sistema si materializzano in:

- creare proposte
- sottoporle alla discussione
- prendere decisioni rispetto a proposte alternative
- andare oltre e prendere nuove decisioni

Il sistema è concepito intorno alla capacità progettuale che ogni gruppo è in grado di manifestare. Riteniamo indispensabile, per rendere effettiva la

---

\* a cura di Leonardo Bertini – email: [leonbertini@gmail.com](mailto:leonbertini@gmail.com)

<sup>82</sup> Cfr. <http://plone.org>

“competizione” tra diverse proposte, che queste vengano redatte attraverso un modello di riferimento che metta in evidenza quei parametri fondamentali che trasformano un qualsiasi documento in un progetto. Per semplificare al massimo questo concetto, abbiamo lavorato ad un modello di riferimento generale strutturato su cinque elementi caratterizzanti: la definizione delle motivazioni che sorreggono una proposta; gli obiettivi che la proposta intende realizzare; il metodo con cui si prevede di raggiungere detti obiettivi; video di riferimento e documenti tecnici allegabili. Rispetto a questi cinque *tools* ogni utente sarà in grado di proporre progetti alla propria comunità, svilupparle attraverso strumenti di condivisione “team working” e prendere decisioni finali rispetto a più alternative possibili, di cui eventualmente ogni membro del gruppo è in grado di formulare. Quest’aspetto è tutt’altro che scontato nell’attuale panorama degli strumenti ITC disponibili, non si tratta infatti di fornire semplici sistemi di “poll” rispetto a proposte “calate dall’alto” e rispetto alle quali dare o meno il proprio assenso, in Demagora si realizzano condizioni di “competitività” ed “aggregazione” rispetto a proposte alternative definendo spazi davvero inimmaginabili alla partecipazione ed il confronto all’interno delle stesse comunità. Infatti il sistema delle proposte è guidato su un binario circolare così progettato: si redigono proposte e si indicizzano rispetto a categorie definite da ogni singolo gruppo; si condividono attraverso la discussione e si sviluppano anche grazie ai contributi degli altri membri; si mettono in votazione per prendere una decisione e quindi una posizione (in automatico) che sarà quella della comunità su uno specifico argomento. Il processo è comunque sempre reversibile per rendere dinamiche le posizioni rispetto a comunità tendenzialmente aperte ed in crescita.

Il progetto Demagoga è stato sperimentato durante le elezioni primarie svolte nell’ottobre 2007, per la fondazione del Partito Democratico. Queste elezioni sono state indette per eleggere il segretario del nascente Partito Democratico e per comporre l’assemblea costituente, che avrebbe poi avuto il compito di definire lo statuto, il codice etico ed la carta dei valori del futuro partito. Questa legge elettorale prevedeva la candidatura alla carica di segretario attraverso l’appoggio di liste che a loro volta avrebbero dovuto comporre la successiva assemblea costituente, ricalcando la legge elettorale del 1993<sup>83</sup> (Mattarellum). Tra i sei

---

<sup>83</sup> La Legge Mattarella configurava un sistema elettorale maggioritario, corretto da una sensibile quota proporzionale pari ad un quarto dei seggi di ciascuna assemblea. In prima istanza, il territorio nazionale era suddiviso in 475 collegi uninominali per la Camera, e in 238 per il Senato. L’attribuzione di questo primo gruppo di seggi avveniva molto semplicemente in base ad un sistema maggioritario a turno unico *plurality*: veniva eletto parlamentare il candidato che avesse riportato la maggioranza relativa dei suffragi nel collegio. I rimanenti seggi erano invece assegnati con un metodo tendenzialmente proporzionale, funzionante però con meccanismi differenziati fra le due assemblee. Con riguardo alle primarie del Partito democratico i candidati alla segreteria dovevano presentare la propria candidatura attraverso il deposito di 2000 firme validate. Ebbene, dall’ufficializzazione della candidatura alla presentazione delle firme sono trascorse due settimane, nelle quali attraverso la rete ed i blog, la candidatura di Adinolfi ha ottenuto l’ufficializzazione con 2314 firme raccolte in sette regioni italiane. Un successo importante soprattutto se si pensa allo strumento utilizzato.

candidati alla carica di segretario, ai fini di questo documento, occorre segnalare quella di Mario Adinolfi. Questa candidatura è significativa ai fini dell'approfondimento su e-participation e e-democracy in quanto ha fatto, sull'idea di fondo del "direttismo"<sup>84</sup>, del web e del *social networking* il proprio metodo di promozione. Le elezioni primarie erano state fissate per il 14 ottobre del 2007 ed all'inizio di luglio, Adinolfi insieme ad alcuni collaboratori hanno dato vita ad una campagna, che aveva come obiettivo portare all'interno del costituendo partito la voce degli under 40 indicando una serie di proposte sintetizzate nello slogan 100.2.0. In tal senso le parole che meglio descrivono questa esperienza possiamo ricavarle dall'intervista fatto allo stesso Adinolfi dal giornalista Luca Spinelli successivamente alle primarie, rimarcando che "il 14 ottobre più di tre milioni di persone hanno votato per eleggere il segretario del nascente Partito Democratico. Cinque i candidati (Veltroni, Bindi, Letta, Adinolfi, Gawronski), un favorito (Veltroni). Ha stravinto il favorito. Ma tra i cinque concorrenti c'è un nome che ha puntato quasi tutta la propria campagna elettorale sul Web: reclutando persone, organizzando le liste, cercando risorse, solamente via blog. Mario Adinolfi, forse l'unico nome davvero "nuovo" che si affacciava sul nuovo partito, ha affrontato la sfida basandosi prevalentemente sul suo blog e sulla comunicazione diretta via internet, molto probabilmente uno dei primi casi europei [...]" ed inoltre "ora mi auguro che facciamo dei passi in avanti proprio sul terreno della e-democracy collegata ai meccanismi di democrazia diretta. Voglio un Partito che si spinga a immaginare forme di decisione sui temi più importanti passando, ad esempio, attraverso referendum interni in cui si possa votare anche on-line... ed i giovanissimi, gli stessi soggetti che in generale si dicono lontani dalla politica e i suoi strumenti di partecipazione [...]" (Spinelli 2007).

L'idea del "direttismo", della partecipazione non mediata e la centralità dell'uso di internet, che altri candidati avevano visto come un media da aggiungere a quelli classici (TV e giornali) in modo unidirezionale, è portatrice di una evoluzione nel rapporto tra cittadini ed i propri rappresentanti che porterà quanto meno ad un maggior "rendere conto" degli eletti agli elettori, un elemento che sarà centrale nelle democrazie occidentali, ed in tal senso sono illuminanti le iniziative ed i confronti via YouTube durante le primarie democratiche negli Stati Uniti d'America, e più recentemente, anche del Primo Ministro inglese Gordon Brown, che ha deciso di utilizzare questo strumento per comunicare regolarmente e direttamente con i cittadini attraverso un meccanismo di voto delle domande da porre al Premier.

La rete intesa non come cassa di risonanza rispetto a decisioni prese altrove ma come strumento privilegiato per costruire proposte e rispetto alle quali aggregare il consenso in modo orizzontale e non mediato, un modo per costruire *bottom up* programmi e candidature politiche.

---

<sup>84</sup> Cfr. Adinolfi (2007).

Proprio per questi motivi, nella fase di sviluppo del prototipo di Demagora abbiamo presentato il progetto a Mario Adinolfi ed ai ragazzi di Generazione U, che stavano partecipando a quest'avventura, nell'opinione che potesse essere importante avere i *feedback* da un movimento reale che si stava organizzando esclusivamente attraverso la rete per competere in altrettante elezioni reali. Un test per comprendere se la strada che avevamo imboccato attraverso questo progetto pilota potesse essere quella giusta per realizzare strumenti di partecipazione ed aggregazione in grado in un prossimo futuro, di rendere effettivo e "progettuale" il concetto di e-participation e per estensione di e-democracy. Per rispondere a questa "sfida", considerando il budget limitatissimo a nostra disposizione, abbiamo accelerato lo sviluppo di una prima versione del prototipo, concentrandoci principalmente sugli aspetti tecnici e poco su quelli di comunicazione e navigabilità, seppur importantissimi per un progetto web. In poche settimane abbiamo rilasciato una versione beta online del software e lo abbiamo messo nella disponibilità dei ragazzi di generazione U, ai quali abbiamo chiesto di testarne le funzioni e di provare ad utilizzarlo secondo le loro necessità.

La scadenza elettorale ha imposto una tabella di marcia "forzata": dovevamo sperimentare il tutto attraverso una comunità "politica" in via di costituzione attraverso la rete e avevamo a disposizione poco più di tre settimane. Ma la risposta c'è stata. In pochi giorni si sono registrati sul portale decine di ragazzi e ragazze che erano alla loro prima esperienza "politica" e che hanno dato vita alla propria campagna elettorale sviluppando proposte sul prototipo che avevamo messo loro a disposizione. Tra questi abbiamo ricevuto importanti contributi per lo sviluppo tecnico del sistema stesso, per rispondere meglio alle esigenze di partecipazione e condivisione. L'idea di fondo, quella della moderna Agorà, sembra meno irraggiungibile dopo quest'avventura che riprendiamo con lo slogan stesso di generazione U<sup>85</sup>: SI PUO' FARE. Slogan che è diventato anche quello del Partito Democratico alle successive elezioni politiche.

Di seguito la proposta di Adinolfi "modellata" nel sistema Demagora:

### *Titolo*

In Nome di quel che sarà

### *Breve descrizione*

Le idee di fondo (democrazia diretta, rappresentanza generazionale, rottura degli schemi oligarchici dei partiti, sostegno al referendum elettorale) che hanno animato la candidatura sono contenute nell'appello "In nome di quel che sarà".

---

<sup>85</sup> La Lista che sosteneva la candidatura di Adinolfi alle elezioni primarie del Partito Democratico. Cfr. <http://generazioneu.ilcannocchiale.it/>

Ci impegniamo però anche su delle proposte concrete su cui intendiamo orientare il partito democratico, se dovessimo vincere la competizione del 14 ottobre, quella a cui ci presentiamo da “velleitari”. Le proposte si articolano su tre numeri: cento, due, zero.

### *Motivazione*

Ventotto milioni di italiani hanno meno di quarant'anni. Su oltre trecento eletti in Parlamento, l'Ulivo non ha in rappresentanza di questi 28 milioni di cittadini neanche un eletto. A questo “genocidio politico” generazionale, non si può rispondere con un tentativo di cooptazione, come quello di fantomatiche liste under 30 in appoggio agli esponenti più in vista del futuro Partito democratico. Ora è il momento di correre il rischio. Altrimenti ogni trattativa sulle pensioni, ogni mancata trattativa su ammortizzatori sociali e nuove garanzie nel mondo del lavoro, ogni nuova elezione, saranno luoghi dove un intero segmento del tessuto sociale (non “i giovani”, ma le energie migliori di questo paese) verrà sistematicamente ignorato, imbrogliato, umiliato.

Mi candido da outsider alle primarie del 14 ottobre 2007. Da outsider vero: non sono né ministro, né sindaco, né senatore, né sottosegretario. Non posso contare sui denari del finanziamento pubblico alla politica, né sul potere derivante da posizioni di rilievo. Mi metto nudo davanti alla carroarmato, perché l'ho già visto fare ai miei coetanei che combattevano per la democrazia in un paese che democrazia non ne ha.

### *Obiettivi*

- 100 . 2 . 0

### *Modalità*

Cento è la quota che consideriamo credibile per sostenere il sistema pensionistico e non avviare la generazione dei nati negli Anni Settanta e Ottanta a pensioni da fame. Quota cento significa sessant'anni di età e quaranta di contributi, sessantacinque anni di età e trentacinque di contributi, e così via, fatti salvi i lavori veramente usuranti, con parificazione dell'età tra uomini e donne. A quota cento può diventare credibile che noi trentenni e quarantenni di oggi, dopo aver lavorato quarant'anni, possiamo andare in pensione con un assegno che garantisca la sussistenza. Altrimenti, con l'accordo che si profila a quota 96, un'altra ipoteca pesantissima sarà messa sul nostro futuro e, dopo lo scippo del Tfr, ci ritroveremo definitivamente a vederci scippata una vecchiaia almeno vivibile.

Due è la percentuale del Pil italiano che vogliamo sia investita in ricerca scientifica, da subito, partendo dall'assegnazione di strumenti di decenza economica per i giovani ricercatori universitari, svincolandoli dal baronismo e dalla fame in cui versano oggi. Due è anche il numero della coppia, della giovane coppia, che deve essere tutelata in quanto tale se assume l'impegno ad essere un nucleo stabile di amore e lavoro comune all'interno della società, a prescindere dall'orientamento sessuale. Due sono i bisogni primari da soddisfare in questo senso: casa e lavoro. E da qui deriva lo zero.

Zero. Vogliamo zero interessi sugli interessi dei mutui per le giovani coppie che acquistano la prima casa, con risorse pubbliche che si liberano dalla ristrutturazione del welfare attraverso la proposta "quota cento", che potrà prevedere ammortizzatori sociali degni di questo nome, che trasformino la flessibilità in una condizione dell'opportunità, non nella schiavitù che è oggi per milioni di giovani lavoratori precari. Vogliamo zero vincoli all'ingresso nelle libere professioni, che devono essere libere appunto, dopo l'ottenimento dei titoli di studio per esercitarle. Vogliamo zero dubbi sul fatto che lo Stato è laico e lo stesso zero dubbi sul fatto che la Chiesa abbia diritto di esprimere in piena libertà le proprie opinioni, perché il partito democratico è l'occasione storica per abbattere definitivamente un anacronistico steccato. Vogliamo zero discussioni attorno al fatto che l'emergenza ambientale è una questione primaria, che se non recuperata ora nell'agenda delle priorità della politica, rischia di scaricare i suoi prezzi letali su di noi e sui nostri figli. Vogliamo zero costi della politica che dovrebbe essere costruita tutta su base volontaria, come questa candidatura e vogliamo zero caste: azzerare non solo la casta dei politici corrotti, cancellando dalla possibilità di ricandidatura i condannati con sentenze passate in giudicato, ma tutte le caste che dalle loro torri d'avorio hanno trasformato questo splendido paese in una terra del neofeudalesimo. Vogliamo zero vincoli all'accesso alla rete, alla scaricabilità di contenuti in peer to peer per l'utilizzo personale, alla diffusione della banda larga anche attraverso il WiMax, alla libertà del web. [...] Zero sfruttamento dell'uomo sull'uomo, in qualsiasi forma, anche in quella moderna di un contratto co.co.pro in un call center a seicento euro al mese.

### *Opere citate*

- Adinolfi, Mario. *Generazione U*. Matelica: Hacca, 2007.
- Barabasi, Albert-Laszlo. *Link. La scienza delle reti*. Torino: Einaudi, 2004.
- Berners-Lee, Tim. "developerWorks Interviews." *IBM*. 2006. <http://www.ibm.com/developerworks/podcast/dwi/cm-int082206txt.html>.
- Ciuffoletti, Zeffiro, e Edoardo Tabasso. *Breve storia sociale della comunicazione*. Roma: Carocci, 2007.
- COM. "i2010 eGovernment Action Plan: Accelerating eGovernment in Europe for the Benefit of All." *EUROPA – European Commission*. 25 aprile 2006.



[http://ec.europa.eu/transparency/archival\\_policy/docs/moreq/action\\_plan\\_i2010\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/transparency/archival_policy/docs/moreq/action_plan_i2010_en.pdf).

- Crouch, Colin. *Postdemocrazia*. Roma–Bari: Laterza, 2005.
- De Biase, Luca. *Economia della felictà*. Milano: Feltrinelli, 2007.
- Di Bari, Vito. “Cosa è il Web 2.0.” In *Web 2.0*, a cura di Vito Di Bari, 1–40. Milano: Il Sole 24 Ore, 2007a.
- Di Bari, Vito. “Il Web nel 2015 e nel 2020: la Longer Tail e la Longest Tail.” In *Web 2.0*, a cura di Vito Di Bari, 297–327. Milano: Il Sole 24 ore, 2007b.
- Formenti, Carlo. *Cybersoviet*. Milano: Cortina, 2008.
- Gallino, Luciano. *Tecnologia e democrazia*. Torino: Einaudi, 2007.
- Granovetter, Mark. *La forza dei legami deboli*. Napoli: Liguori, 1998.
- Granovetter, Mark. “Threshold models od collective behavior.” *American Journal of Sociology* 83 (1978): 1420–1443.
- Ito, Joi. “Emergent Democracy Paper.” <http://joi.ito.com>. 29 Aprile 2003. <http://joi.ito.com/joiwiki/EmergentDemocracyPaper>.
- Johnson, Steven. *Tutto quello che fa male ti fa bene*. Milano: Mondadori, 2005.
- Levy, Pierre. *Cyberdemocrazia*. Milano: Mimesis, 2008.
- Lovink, Geert. “Decostruire l’inganno del Web 2.0.” In *Web 2.0*, a cura di Vito Di Bari, 41–54. Milano: Il Sole 24 Ore, 2008.
- Madden, Mary. “Online Video.” *Pew Internet & American Life Project*. 25 luglio 2007. [http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP\\_Online\\_Video\\_2007.pdf](http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Online_Video_2007.pdf).
- Madden, Mary, e Susannah Fox. “Riding the Waves of “Web 2.0.”” *Pew Internet & American Life Project*. 05 Ottobre 2006. [http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP\\_Web\\_2.0.pdf](http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Web_2.0.pdf).
- Marcon, Giulio. *Come entrare in politica senza entrare in un partito*. Milano: Feltrinelli, 2005.
- Rheingold, Howard. “Le azioni collettive.” In *Web 2.0*, a cura di Vito Di Bari, 119–122. Milano: Il Sole 24 Ore, 2008
- Rodotà, Stefano. *Tecnopolitica*. Roma–Bari: Laterza, 2004.
- Salvini, Andrea. *Analisi delle reti sociali. Teorie, metodi, applicazioni*. Milano: Franco Angeli, 2007.
- Sartori, Giovanni. *Homo videns*. Roma–Bari: Laterza, 2007.
- *La democrazia in trenta lezioni*. Milano: Mondadori, 2008.

- Sartori, Laura. *Il divario digitale*. Bologna: il Mulino, 2006.
- Spinelli, Luca. “Scripta Volant.” *Mario Adinolfi – Scripta Volant*. Ottobre 2007. <http://lucaspinelli.com/?p=15>.
- Weil, Simone. *Manifesto per la soppressione dei partiti politici*. Roma: Castelvecchi, 2008.
- Wellman, Barry, e Caroline Haythornthwaite. *The internet in the everyday life*. Malden: Blackwell,

## 8. GOVERNANCE COMUNICATIVA E CAPITALE SOCIALE

(Il caso dell'Università di Pisa)

Stefania Milella<sup>86</sup>

Abstract:

The matter of governance has acquired a central position in the European and international debate, referring to the possibility to define institutional models being adequate to modern society, that is based upon knowledge and interdependence.

The strategic matter of communication governance, meant as the ability of managing communication processes, focuses on public communication dynamics, relationships between citizens and institutions, and participative dimension. Communication represents today a strategic function for public administrations oriented to answer in suitable way to growing needs being expressed by community.

In this framework, we intend to stress the connections existing the theme of communication governance and the concept of social capital, meant as the resources coming from social relations. In fact, every organisation, public or private, that is oriented to manage its communication processes must consider the potential of resources represented by social relations existing inside and outside of itself.

---

<sup>86</sup> Stefania Milella, dottore di ricerca e responsabile dell'Unità di Progetto M.A.P.P.E. (Monitoraggio di Ateneo per i Progetti di Pisa in Europa) dell'Università di Pisa, si dedica alla ricerca empirica sui temi del capitale sociale e dell'organizzazione universitaria; si è occupata anche di comunità italiane all'estero. Tra i suoi ultimi saggi: Milella S. (2007) “Atipici” e “strutturati” nel contesto pubblico: il caso dell'Università di Pisa, in Toscano M.A., a cura di, *Homo Instabilis. Sociologia della precarietà*, Jaca Book, Milano, pp. 559-585; Milella S., *Il capitale sociale. Analisi comparata delle strategie di misurazione* (2007) in Salvini A., a cura di, *Analisi delle Reti Sociali. Teorie, Metodi, Applicazioni*, Franco Angeli, Milano, pp. 203-229.

That having been said, we pass to examine a case of communication governance carried out by an Italian public administration, the University of Pisa.

Il tema della *governance* appare oggi un tema centrale nel dibattito europeo e internazionale, in relazione alla possibilità di definire modelli istituzionali che risultino adeguati alla moderna società fondata sulla conoscenza e sull'interdipendenza. In particolare, il tema strategico della *governance* comunicativa, intesa come capacità di governo della comunicazione, pone il focus sulle dinamiche della comunicazione pubblica, del rapporto cittadinanza–istituzioni, della dimensione partecipativa e associativa.

Oggi la comunicazione rappresenta una funzione strategica per le amministrazioni pubbliche che si pongono l'obiettivo di rispondere in maniera adeguata ai crescenti bisogni espressi dalla collettività. È noto come la pubblica amministrazione italiana, attraverso un cammino legislativo iniziato negli anni '90, è venuta ad abbandonare –seppur parzialmente– la sua connotazione di ente autoritativo e ad acquisire progressivamente il ruolo di soggetto erogatore di servizi rivolti alla comunità, diretti a rispondere alla crescente domanda di qualità ed efficienza da parte del cittadino–utente. Questo processo di rinnovamento, che ha portato l'organizzazione amministrativa ad avvicinarsi gradualmente a modelli gestionali di tipo “manageriale” mutuati dal settore privato, ha configurato un nuovo tipo di rapporto tra istituzione e cittadino improntato ad una comunicazione di tipo bi–direzionale, fondata sul dialogo permanente; comunicazione che non si esaurisce con il cittadino–utente, ma si allarga al rapporto con le altre istituzioni, con i vari *stakeholder*, con l'intera società civile. Tale cambiamento ha investito gli assetti organizzativi dei pubblici apparati, richiedendo la creazione di adeguati supporti gestionali, determinando la sperimentazione di nuovi modi di lavorare e l'emergere di nuove professionalità nell'ambito della comunicazione.

All'interno del complesso e articolato panorama che caratterizza la comunicazione che le istituzioni pubbliche attuano verso l'esterno, è possibile individuare alcuni specifici ambiti: la comunicazione istituzionale; quella politico–istituzionale, quella sociale o di pubblica utilità. Tra queste, la modalità più utilizzata dalle istituzioni pubbliche è rappresentata dalla comunicazione istituzionale, ossia quella diretta a rendere conoscibili all'esterno le proprie funzioni ed attività; ad informare gli utenti circa le modalità di funzionamento degli uffici e di erogazione dei servizi; a far conoscere all'esterno l'identità dell'istituzione.

La riflessione sulla comunicazione pubblica come disciplina, e l'impiego di questa forma di comunicazione da parte delle istituzioni pubbliche, hanno avuto inizio a partire dagli anni '90, durante i quali si attua nel nostro paese un generale ripensamento dell'attività della p.a., soprattutto con l'approvazione della L. 241/90, in cui vengono sanciti per la prima volta i principi di trasparenza, pubblicità e informazione dell'azione amministrativa, squarciando il velo del segreto che

avvolgeva tradizionalmente l'operato delle p.a., sottraendolo alla conoscibilità dei cittadini-utenti<sup>87</sup>. La funzione di comunicazione delle amministrazioni pubbliche ha trovato una sua legittimazione e sistematizzazione nella Legge 7 giugno 2000, n. 150, la quale ha legittimato e definito funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, e ha riconosciuto in maniera definitiva la comunicazione e l'informazione come attività istituzionali e costanti nell'azione di governo nella P.A.<sup>88</sup>. Per la prima volta, grazie alla legge vengono individuate le specifiche strutture deputate alle attività di informazione e comunicazione delle p.a.: Ufficio Stampa e Portavoce, per quanto riguarda l'attività di informazione, e l'Ufficio per le Relazioni con il Pubblico, per quella di comunicazione<sup>89</sup>. Relativamente all'ambito delle attività di informazione, il dettato normativo prevede che le amministrazioni pubbliche possano dotarsi di un ufficio stampa, formato da personale iscritto all'albo nazionale dei giornalisti, e diretto da un coordinatore il quale, sulla base delle direttive impartite dall'organo di vertice dell'amministrazione, cura i collegamenti con gli organi di informazione, assicurando il massimo grado di trasparenza, chiarezza e tempestività delle

---

<sup>87</sup> Tra i provvedimenti legislativi che hanno preso in considerazione l'aspetto della comunicazione delle amministrazioni pubbliche, ricordiamo i seguenti: Legge 8.6.1990 n. 142, di riforma e riorganizzazione degli enti locali, nella quale viene affermato il diritto/dovere delle istituzioni di comunicare; la sopracitata Legge 7 agosto 1990 n. 241, legge sulla trasparenza e sul diritto di accesso; D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, ora D.Lg. 165/2001, in cui si individua l'URP (Ufficio Relazioni con il Pubblico) come la struttura a cui è affidato il compito di rendere effettivi i principi di partecipazione, trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa; Legge n. 59 del 15 marzo 1997 (Legge Bassanini 1) e Legge n. 127 del 15 maggio 1997 (Legge Bassanini bis), in cui la comunicazione viene posta al servizio della semplificazione e dello snellimento dell'attività amministrativa, intervento normativo completato con la Legge n.191/1998 e la Legge n.50/ del 1999 (Leggi Bassanini ter e quater); Legge 7.6.2000 n. 150, che disciplina l'attività di comunicazione della Pubblica Amministrazione.

<sup>88</sup> Secondo la legge, le attività di informazione e di comunicazione delle amministrazioni pubbliche sono, in particolare, finalizzate a: a) illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni normative, al fine di facilitarne l'applicazione; b) illustrare le attività delle istituzioni e il loro funzionamento; c) favorire l'accesso ai servizi pubblici, promuovendone la conoscenza; d) promuovere conoscenze allargate e approfondite su temi di rilevante interesse pubblico e sociale; e) favorire processi interni di semplificazione delle procedure e di modernizzazione degli apparati nonché la conoscenza dell'avvio e del percorso dei procedimenti amministrativi; f) promuovere l'immagine delle amministrazioni, nonché quella dell'Italia, in Europa e nel mondo, conferendo conoscenza e visibilità ad eventi d'importanza locale, regionale, nazionale ed internazionale. Art.1, comma 5, lex 150/2000.

<sup>89</sup> La legge individua nella sfera di competenza dell'Urp le seguenti funzioni: a) garantire l'esercizio dei diritti di informazione, di accesso e di partecipazione di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni; b) agevolare l'utilizzazione dei servizi offerti ai cittadini, anche attraverso l'illustrazione delle disposizioni normative e amministrative, e l'informazione sulle strutture e sui compiti delle amministrazioni medesime; c) promuovere l'adozione di sistemi di interconnessione telematica e coordinare le reti civiche; d) attuare, mediante l'ascolto dei cittadini e la comunicazione interna, i processi di verifica della qualità dei servizi e di gradimento degli stessi da parte degli utenti; e) garantire la reciproca informazione fra l'ufficio per le relazioni con il pubblico e le altre strutture operanti nell'amministrazione, nonché fra gli uffici per le relazioni con il pubblico delle varie amministrazioni. Legge 7 giugno 2000, n. 150.

comunicazioni da fornire nelle materie di interesse dell'amministrazione. Le amministrazioni pubbliche possono inoltre dotarsi di un portavoce, anche esterno all'amministrazione, che coadiuva l'organo di vertice dell'amministrazione, con compiti di diretta collaborazione ai fini dei rapporti di carattere politico-istituzionale con gli organi di informazione<sup>90</sup>.

Date queste brevi premesse di ordine giuridico, in questo contributo intendiamo sottolineare le connessioni esistenti tra il tema della *governance* comunicativa e il capitale sociale, concetto ormai ampiamente trattato dalla letteratura sociologica, che fa riferimento alle risorse –materiali, immateriali, simboliche– che sono incardinate nelle reti sociali (quali: supporto sociale, informazioni). All'interno del quadro delle molteplici definizioni presenti in letteratura è possibile identificare due differenti approcci di lettura del capitale sociale, uno di tipo micro-relazionale e l'altro di tipo macro-relazionale. L'approccio micro (capitale sociale individuale) considera il capitale sociale dal punto di vista individuale, quale insieme di risorse che l'attore è in grado di ottenere dalla sua rete di relazioni sociali<sup>91</sup>. Nell'approccio macro (capitale sociale collettivo) il capitale sociale è invece inteso nella sua accezione di bene pubblico, quale attributo del sistema sociale che deriva dal sistema delle relazioni individuali e dall'attitudine degli attori sociali a cooperare, e assume il significato di coesione sociale, condivisione di norme e valori, fiducia generalizzata (Putnam, 1993).

Ogni organizzazione, sia pubblica che privata, orientata a gestire e governare i propri processi comunicativi, deve tenere in considerazione il potenziale di risorse rappresentato dalle reti di relazioni sociali esistenti al suo interno e al suo esterno, ciò che costituisce il proprio capitale sociale. Nel caso specifico dell'istituzione Università, la sua specifica mission<sup>92</sup>, ossia la produzione di conoscenza – declinata secondo le sue tipiche attività istituzionali, didattica e ricerca – viene perseguita attraverso la valorizzazione di due tipologie di risorse: il capitale umano, inteso come l'insieme delle conoscenze e competenze acquisite da un soggetto necessarie per intraprendere una professione o partecipare in modo attivo alla società, e il capitale sociale. Nel produrre conoscenza, e dunque capitale umano, l'Università concorre alla creazione di capitale sociale nella società, valorizzando le capacità di relazione, partecipazione e cooperazione tra individui, comunità accademica e istituzioni, producendo valori che si diffondono nella società civile.

Facendo riferimento alle visioni teoriche citate, potremmo leggere le diverse forme di capitale sociale inerenti all'istituzione universitaria in un'ottica di

---

<sup>90</sup> Successivamente, un ulteriore impulso a tali strutture è stato fornito dalla Direttiva del Ministro per la Funzione Pubblica sulle attività di comunicazione 7 febbraio 2002, che le colloca all'interno di una cornice sinergica e integrata, in cui sono comprese anche le redazioni dei siti web.

<sup>91</sup> Tra gli autori che appartengono a questa prospettiva ricordiamo Pierre Bourdieu (1980), James Coleman (1990); Nan Lin (2001).

<sup>92</sup> Missione, scopo ultimo di un'impresa, ciò che la contraddistingue da tutte le altre. Urp degli Urp. Comunicazione Pubblica in rete, <http://www.urp.it>

governance della comunicazione. In tale chiave di lettura, il capitale sociale di tipo micro è dato dalle risorse originate dalle reti di relazioni che si instaurano tra i membri dell'istituzione, e che possono essere di tipo formale, informale, gerarchico, ecc. Questo tipo di capitale sociale fa riferimento anche alla cosiddetta "vision": la visione, ciò che rispecchia gli ideali e i valori dell'Università, e può essere veicolato attraverso la comunicazione interna, intesa come sistema di processi denotati da un diverso grado di rilevanza strategica, volto a creare, veicolare, scambiare e mettere in condivisione messaggi, contenuti informativi, valori riferiti all'organizzazione, attraverso canali formali ed informali. La funzione della comunicazione interna è dunque quello di veicolare tali contenuti all'interno dell'Università, al fine di rafforzare l'identità dell'istituzione, facilitando l'identificazione dei singoli membri con i valori dell'ente, e l'allineamento degli obiettivi individuali con quelli dell'organizzazione. In base alla visione macro, il capitale sociale dell'Università può essere rappresentato dai valori condivisi derivanti dalle relazioni interne tra i suoi membri e dalle reti di relazioni che l'ente intrattiene con i suoi pubblici esterni: i cittadini–utenti, e le altre istituzioni –locali, nazionali, europee ed internazionali, pubbliche e private– che rappresentano i diversi portatori di interesse rilevanti per i processi decisionali della stessa istituzione. Tali risorse sociali possono essere veicolate attraverso la comunicazione che l'Università attua verso l'esterno, e che è volta a rendere conoscibili le proprie funzioni ed attività, a informare i cittadini–utenti sui servizi offerti, a rendere partecipi gli stakeholder ai processi di decision–making, a diffondere nella società civile l'identità, i valori, il capitale sociale dell'istituzione.

Come è evidente, capitale sociale individuale e collettivo non rappresentano due realtà distinte e contrapposte, ma soltanto due diversi modi di leggere una realtà unitaria; nello stesso modo, la governance comunicativa fa riferimento ad una pluralità di processi che devono tradursi in una strategia comunicativa integrata, nella quale la comunicazione interna non può essere disgiunta da quella rivolta all'esterno, nel veicolare ai diversi pubblici di riferimento la vision, la mission, i valori, il capitale sociale dell'Università.

### *Un modello di governance comunicativa: l'Università di Pisa*

Date queste premesse, passiamo ad analizzare uno specifico modello di *governance* comunicativa in un'università universitaria, l'Università di Pisa. La ricerca è stata condotta attraverso una ricognizione di atti, documenti interni e atti normativi dell'Ateneo, nonché attraverso l'effettuazione di un'intervista semi–strutturata al Direttore amministrativo dell'Università di Pisa, quale testimone privilegiato, realizzata nel 2007. Nell'Università di Pisa, fino all'ultimo processo di riorganizzazione, le attività di comunicazione erano demandate all'Ufficio per le Relazioni con il Pubblico il quale, tra le altre competenze, quali l'informazione agli utenti e i reclami avverso i procedimenti, si occupava in modo prioritario del procedimento di accesso agli atti e ai documenti amministrativi. Al momento vige nell'Ateneo una situazione organizzativa transitoria, dovuta ai

recenti processi di riorganizzazione, che al momento della realizzazione della ricerca non si erano ancora definitivamente completati. In questa fase, le funzioni dell'Ufficio Relazioni con il pubblico, struttura che non appare più presente nello schema organizzativo dell'Amministrazione centrale, sono state provvisoriamente demandate ad altri uffici. In particolare, le richieste di accesso ai documenti amministrativi, procedimento disciplinato da un apposito Regolamento di Attuazione della L. 241/90<sup>93</sup>, vengono attualmente esercitate, in maniera decentrata, da tutte le strutture amministrative interessate (ad esempio, per l'accesso agli atti delle gare, l'accesso si attua presso l'Ufficio Gare). Attualmente, una parte consistente delle attività di comunicazione dell'Università è coordinata dall'Ufficio Comunicazione, Promozione e Relazioni Esterne, Ufficio di staff del Rettore che svolge anche attività di portavoce e rapporto con i media. Tali attività coprono un ambito piuttosto ampio, che riguarda la comunicazione esterna, in particolare quella pubblica, finalizzata a far conoscere le numerose attività promosse dall'Ateneo nei diversi settori d'interesse (didattica, ricerca, servizi, iniziative culturali, ecc.), ed anche alcuni aspetti di comunicazione interna, principalmente rivolta ai docenti e al personale tecnico-amministrativo.

Nelle parole del Direttore amministrativo, si legge l'intenzione dell'amministrazione universitaria di voler procedere, nei successivi aggiustamenti organizzativi che si porranno a completamento del processo di riorganizzazione, ad una vera e propria "riscrittura" del sistema comunicazione d'Ateneo. Ciò dovrebbe comportare l'adozione di un modello più rispondente alle previsioni normative della lex 150/00, nel quale siano chiaramente distinte le funzioni di comunicazione da quelle indirizzate in via prioritaria ai mezzi di informazione di massa, con la eventuale creazione di due strutture distinte in cui l'Urp potrebbe essere riappropriato delle sue funzioni originarie:

*(...) il nostro Ufficio Comunicazione è più sul versante della comunicazione politica, pubblica, che sul versante della comunicazione interna, tant'è che stiamo pensando già da qualche mese di riscrivere un po' quello che è il sistema comunicazione di Ateneo, ... già un progetto che devo ancora analizzare nel dettaglio affronterà questo nodo, proprio perché il nodo comunicazione per come attualmente è previsto dall'attuale organizzazione è comunque un qualcosa che non soddisfa appieno quelle che sono le nostre esigenze. La direzione ancora non posso dire qual'è: certamente andremo nella direzione di assegnare ruoli diversi a strutture diverse (...) dovremo andare nella direzione di distinguere l'attività di comunicazione istituzionale dall'attività di stampa, pubbliche relazioni e quant'altro, anche attraverso due strutture organizzative diverse. Ad esempio, il marketing di Ateneo dovrebbe essere affrontato proprio in questa riorganizzazione, che riguarderà comunque tutto il sistema comunicazione. E in questo ambito*

---

<sup>93</sup>UNIVERSITÀ DI PISA, *Regolamento di attuazione della Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*

*potrebbe anche riavere un peso la questione legata alle relazioni con il pubblico* (Testimone qualificato, Università di Pisa).

La comunicazione esterna, all'interno del quadro della comunicazione organizzativa, è quella che viene utilizzata dall'ente per dialogare con i suoi interlocutori esterni: gli utenti dei suoi servizi (nel caso dell'Università, gli studenti e le loro famiglie), ma anche gli *stakeholder*, rappresentati dagli altri enti, aziende e istituzioni con cui l'Ateneo entra in relazione nello svolgimento delle sue attività istituzionali (didattica e ricerca), fino ad abbracciare la società civile nel suo complesso. Di conseguenza, le strategie di comunicazione esterna potranno essere rivolte a specifici target, oppure, se l'intento è di informare o sensibilizzare la collettività rispetto a determinati temi, verranno adottati strumenti più vicini alla comunicazione attuata dai media.

In sintesi, i principali scopi per cui si utilizza la comunicazione esterna possono essere ravvisati nei seguenti: far conoscere l'Amministrazione, i servizi e i progetti dell'ente; facilitare l'accesso ai servizi e agli atti dell'Amministrazione; conoscere e rilevare i bisogni dell'utenza; migliorare l'efficacia e l'efficienza dei servizi; favorire i processi di sviluppo sociale, economico e culturale; accelerare la modernizzazione di apparati e servizi; svolgere azioni di sensibilizzazione e policy making<sup>94</sup>. Tra la vasta gamma di strumenti di comunicazione esterna adottati dalle organizzazioni, alcuni dei quali vengono utilizzati anche per quella interna, ricordiamo: comunicazioni scritte (lettere, opuscoli, newsletter, cartellonistica e affissioni, comunicati stampa, manuali, cataloghi); strumenti di rilevazione della *customer satisfaction* ossia la soddisfazione del cliente (questionari, interviste, focus group); strumenti tecnologici (telefono, posta elettronica, Internet, televisione, video-conferenze, fotografia); eventi (conferenze stampa, mostre, fiere e rassegne espositive, lezioni, seminari, convegni e conferenze, cerimonie ed eventi speciali).

Tra gli strumenti di comunicazione adottati dall'ateneo pisano, il sito web rappresenta senza dubbio lo strumento dal maggior contenuto informativo sia ad uso interno, che da parte degli utenti esterni. Il sito, che è stato recentemente ristrutturato in una nuova veste grafica, appare suddiviso in tre macro-sezioni: "Ateneo", "Studenti" e "Ricerca". Queste ultime sono particolarmente rivolte all'esterno: nella sezione "Studenti", quelli che possiamo definire i principali clienti esterni dell'Università possono reperire tutte le informazioni utili relative all'offerta didattica, alle attività ed ai servizi dell'Ateneo; "Ricerca" è invece diretta in modo particolare ai docenti e ai ricercatori, ma anche alle aziende interessate a collaborare con le strutture di ricerca dell'Università. I contenuti del sito sono disponibili anche in lingua inglese, mentre è stata recentemente avviata una traduzione in lingua in cinese, rivolta ai numerosi studenti e ricercatori cinesi che scelgono di venire a Pisa per motivi di studio e ricerca. Sempre sul fronte della comunicazione esterna, per quanto riguarda l'attività specificatamente

---

<sup>94</sup>Urp degli Urp. Comunicazione Pubblica in rete, <http://www.urp.it>



rivolta ai mass media, i principali strumenti utilizzati dall'Università di Pisa, disponibili anche in versione elettronica, sono i comunicati stampa, i quali presentano notizie, comunicazioni e le ultime novità dall'Ateneo, e la rassegna stampa, che contiene le notizie dai quotidiani locali e nazionali in formato elettronico per effettuare rapide ricerche in archivio. Un posto di rilievo è occupato dagli eventi organizzati dall'Università, quali conferenze, seminari, convegni, mostre, spettacoli ed altre iniziative culturali; le cosiddette cerimonie di Ateneo, ossia le onorificenze concesse a personaggi illustri (ad esempio le lauree honoris causa), le celebrazioni solenni legate all'attività istituzionale, le cerimonie dedicate a studenti ed ex-allievi.

Tra gli strumenti tecnologici, possiamo annoverare "Unimedia", il portale della web TV (webcasting) dell'Università di Pisa, dove è disponibile diverso materiale multimediale, tra cui alcune rubriche radiofoniche di approfondimento culturale e scientifico del mondo universitario, unitamente ad una selezione di alcuni programmi di emittenti radiofoniche locali. Vi è poi un'apposita sezione dedicata alla ricerca, che contiene filmati di presentazione delle principali attività e dei progetti di ricerca scientifica dell'Ateneo, ed una dedicata agli eventi dell'Ateneo. L'Università di Pisa realizza delle proprie trasmissioni televisive, con servizi sul mondo universitario e rubriche di approfondimento. Tra gli altri strumenti che rivestono una valenza comunicativa sia interna che esterna, ricordiamo come l'Università di Pisa organizza continuamente giornate informative, conferenze e convegni scientifici, soprattutto attraverso le sue strutture didattiche e di ricerca, nonché rassegne e fiere espositive come ad esempio i Saloni Territoriali dell'Orientamento, durante i quali viene presentata agli studenti delle scuole superiori l'offerta didattica universitaria.

La comunicazione interna, elaborata all'interno della cornice generale rappresentata dalla comunicazione organizzativa dell'ente, è complementare alla comunicazione esterna ma se ne distingue in quanto destinata ad un pubblico interno. La comunicazione interna si è evoluta di pari passo con la trasformazione degli assetti organizzativi delle aziende, sia pubbliche che private, che sono gradualmente passate dall'adozione di un modello gerarchico ad uno processivo ed interfunzionale, al punto che "la comunicazione interna si è allargata fino a coincidere con il complesso delle relazioni fra individuo, gruppo, organizzazione, azienda e a superare i confini tra interno e esterno dell'impresa" (Di Raco y Santoro 1996: 25). La comunicazione interna dovrebbe essere attentamente pianificata dalla direzione aziendale, in quanto la sua funzione strategica, al di là di quella meramente informativa, si lega al rafforzamento del senso di appartenenza e della condivisione dei valori dell'azienda, del suo capitale sociale. I circuiti di comunicazione interna seguono canali formali ed informali, e si muovono lungo direttrici bi-direzionali top-down, bottom-up e "a rete", avvalendosi di una pluralità di strumenti: comunicazione *face to face*, house organ aziendali, rassegne stampa, reti telematiche, lettere dedicate, meeting e corsi di formazione.

L'Università di Pisa utilizza una pluralità di strumenti di comunicazione interna: comunicazioni scritte, quali circolari, note informative, sia in formato cartaceo che elettronico; strumenti tecnologici, quali la posta elettronica, il sito web d'Ateneo e un embrione di rete Intranet<sup>95</sup>; pubblicazioni periodiche; formazione e aggiornamento professionale; eventi quali seminari, conferenze, convegni, eventi particolari, affissioni. La sezione del sito web maggiormente informativa dal punto di vista della comunicazione interna è "Ateneo", che contiene informazioni sulla storia, le strutture, l'organizzazione ed il funzionamento dell'Università, le attività svolte nell'ambito delle relazioni internazionali e gli eventi culturali di rilievo organizzati dall'Ateneo. Vi è inoltre un'apposita sezione dedicata al personale e ai servizi ad esso dedicati<sup>96</sup>.

L'Università di Pisa ha due pubblicazioni periodiche: la prima, una sorta di house organ, è "Athenet", rivista di approfondimento dell'Ateneo, pubblicata a cadenza quadrimestrale disponibile anche in formato elettronico on line, destinata a tutto il personale tecnico-amministrativo e al personale docente, in cui vengono affrontati temi di interesse culturale che riguardano in modo particolare l'attività di ricerca dell'Ateneo. La seconda pubblicazione periodica è la newsletter "strettamentepersonale", che, come suggerisce il nome, si rivolge al personale tecnico-amministrativo, che contribuisce alla sua realizzazione con la stesura di propri articoli. Nel giornalino, curato dal Direttore amministrativo, vengono trattati temi che rivestono particolare interesse per i dipendenti, oltre ad argomenti di interesse generale. Sono presenti al suo interno alcune rubriche fisse, come ad esempio quella dedicata alle tematiche di interesse sindacale denominata "Orizzonte sindacale", oltre ad uno spazio che raccoglie segnalazioni di iniziative culturali, racconti ideati dai dipendenti, ecc. Periodicamente vengono inoltre allegati alla rivista degli inserti monografici dedicati a temi di particolare rilevanza.

*Gli strumenti che usiamo normalmente per la comunicazione...io credo che siano abbastanza efficaci, cioè noi attualmente utilizziamo il sito, credo che sia abbastanza informativo da questo punto di vista, c'è tutto nel sito, quindi secondo me è lo strumento migliore...(..) Tutto sommato la comunicazione interna che attualmente curiamo attraverso il sito e la posta elettronica credo che sia attualmente sufficiente. In più abbiamo questo giornalino (strettamentepersonale, n.d.r.) che curo e che mi sembra abbastanza efficace, che affronta questioni tematiche che hanno un certo gradimento per il personale, sia c'è una parte che è dedicata ad informazioni di natura spicciola, ci sono pagine di questo notiziario dedicate ad informazioni di natura*

---

<sup>95</sup> Il sito web contiene una sezione Intranet, che contiene documenti il cui accesso è riservato al personale che si collega dal dominio "unipi", tra i quali sono comprese le circolari dell'Amministrazione centrale; alcune statistiche sull'Università; le delibere degli organi accademici; informazioni relative all'attività di gruppi di valutazione interna, ai progetti di miglioramento presentati dal personale tecnico-amministrativo e al sistema degli obiettivi gestionali, unitamente ad una serie di altre informazioni di servizio.

*sindacale, attività organizzative, quindi... mentre la prima parte è dedicata ad argomenti che seppur magari non hanno un impatto diretto con il lavoro del personale comunque secondo me contribuiscono a far conoscere l'azienda, l'Università. Per esempio l'ultimo numero di Strettamente Personale (...) affronta il tema del risparmio energetico, che è un tema che ci sta molto a cuore, cioè che sta molto a cuore al pubblico in genere, al cittadino, ma che in Ateneo è particolarmente sentito perché le risorse che investiamo sono tante e quindi si dovrebbe cercare di recuperare risorse proprio per indirizzarsi verso settori più produttivi rispetto ai consumi energetici (Testimone qualificato, Università di Pisa).*

La formazione del personale è uno strumento di comunicazione interna che rappresenta un elemento strategico all'interno delle organizzazioni, ed un elemento qualificante per il suo capitale umano. In base allo Statuto, l'Università di Pisa "valorizza la professionalità del personale tecnico-amministrativo, ne precisa compiti e responsabilità, ne favorisce e ne cura con apposite iniziative l'aggiornamento e la qualificazione professionale"<sup>97</sup>.

L'Università di Pisa si avvia a mostrare un sensibile interesse nei confronti di due ulteriori strumenti di governo della comunicazione: la carta dei servizi e il bilancio sociale. La carta dei servizi è stata introdotta dalla Direttiva Cassese (Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994), con l'obiettivo di mutare i rapporti tra la p.a. e il cittadino-utente, ponendo quest'ultimo al centro dell'attenzione. Essa rappresenta uno strumento attraverso il quale le amministrazioni pubbliche forniscono ai cittadini informazioni sui servizi erogati e, nel contempo, si assumono impegni di garanzia di qualità; è un documento che descrive gli aspetti qualitativi del servizio e le modalità di erogazione, attraverso standard sia qualitativi che quantitativi, con l'indicazione delle garanzie e delle tutele accordate al cittadino. Si tratta di un documento "contrattuale", con il quale l'organizzazione esplicita i parametri del servizio

---

<sup>96</sup> Nella sotto-sezione "Governo e Amministrazione" di "Ateneo" sono accessibili diverse informazioni relative agli organi di governo e gestionali e alla struttura organizzativa dell'Ateneo, nonché i fondamentali documenti dell'ordinamento interno (Statuto e Regolamenti di Ateneo e delle Strutture didattiche, scientifiche e di servizio).

<sup>97</sup> Art. 8, comma 2, Statuto Università di Pisa. Una particolare attenzione è posta alla programmazione degli interventi di formazione, che viene realizzata sulla base dei risultati delle analisi dei fabbisogni formativi del personale tecnico-amministrativo che vengono effettuate periodicamente. A tale proposito, si sottolinea come nella recente riorganizzazione sia stata prevista un'apposita area dirigenziale che ha tra le sue competenze quelle dello sviluppo del personale attraverso la formazione (Area Programmazione e Sviluppo del Personale). I corsi attivati spaziano dall'area informatica e delle ITC, a quella della comunicazione, alle lingue straniere, a temi amministrativo-contabili (ad esempio, la rendicontazione dei progetti europei; la ricaduta della manovra finanziaria sulle Università). Da alcuni anni viene organizzato un evento che coinvolge anche enti esterni all'Ateneo sugli aspetti di comune interesse relativi all'applicazione della legge finanziaria. È inoltre concessa ai dipendenti la possibilità di seguire alcuni Master dell'Università di Pisa mediante posti a loro riservati, beneficiando di un co-finanziamento messo a disposizione dell'Ateneo.

offerto impegnandosi al loro rispetto; deve essere pertanto essere resa conoscibile e disponibile all'utente in ogni modalità possibile (Barbarino y Leonardi 1997: 185–186). L'Università di Pisa sta lavorando da tempo alla costruzione di una carta dei servizi, dietro l'input del Direttore amministrativo. Si tratta di un'operazione non semplice, proprio perché quella universitaria è un'organizzazione denotata da una notevole complessità, e che presenta una pluralità di tipologie di utenza, la più rilevante delle quali è costituita dagli studenti. Un'ulteriore difficoltà deriva dalla mancanza di un modello da seguire costruito specificatamente per le Università, mentre in altri settori da parte ministeriale sono state fornite delle apposite direttive:

*.. mi chiedi di parlare un po' di carta dei servizi, perché quello è un settore che purtroppo in Ateneo, anche se c'è stato qualcuno che l'ha studiato e approfondito, ci sono funzionari che dietro mia spinta se ne sono occupati, sulla carta dei servizi purtroppo siamo un po' indietro, ma qui secondo me giocano altri fattori: uno secondo me è che in campo universitario non è mai uscita la famosa direttiva che doveva fissare un po' i modelli di riferimento; a differenza ad esempio dei modelli che ci sono stati per la sanità o per la scuola, no? Che sono tra i settori che hanno avuto la maggior diffusione di carte dei servizi, o per esempio nel settore dei servizi di pubblica necessità; quelli ormai sono settori in cui le carte dei servizi sono più diffuse. C'è bisogno di una carta dei servizi, perché c'è bisogno di stipulare un patto con i nostri maggiori utenti che sono gli studenti. So che il Ministero, in particolare il sottosegretario che è molto vicino all'Università, il prof. Modica, si stanno muovendo per far in modo che vi sia una carta dei servizi per gli studenti, un modello di carta per gli studenti. Riprendono una vecchia idea che aveva Modica quando era Presidente della CRUI (Conferenza Rettori Università Italiane, n.d.r.), che era quella di creare una carta per gli studenti, che però il successivo... non ha portato avanti. So che l'ha scritto nel suo programma ministeriale, però ad oggi dove sono arrivati non lo so. Certamente se vi fosse un modello da seguire tante Università si adeguerebbero... (Testimone qualificato, Università di Pisa).*

Il bilancio sociale, uno dei principali strumenti innovativi della comunicazione pubblica rappresenta il veicolo che consente ad imprese e amministrazioni di comunicare ai propri interlocutori, attraverso l'utilizzo di un modello di "rendicontazione sociale", l'impatto prodotto dalle proprie scelte politiche e gestionali sulla collettività, nonché valutare la coerenza tra quanto programmato e quanto concretamente realizzato. Il bilancio sociale rappresenta una delle forme attraverso cui le istituzioni pubbliche possono favorire la partecipazione dei cittadini all'implementazione delle politiche pubbliche, nonché uno strumento utile per rendere più trasparenti e comprensibili al pubblico esterno i propri programmi, le attività e i risultati conseguiti; assolve dunque ad una rilevante funzione di tipo comunicativo, dal momento che consente di strutturare e

migliorare i processi di comunicazione esterna, in particolare nei confronti degli *stakeholder*. L'Università di Pisa non ha al momento adottato un bilancio sociale:

*(...) gli stakeholder indubbiamente andrebbero maggiormente coinvolti, però, per far questo avremmo bisogno anche di uno strumento che adesso non abbiamo, cioè il bilancio sociale... perché è uno di quegli strumenti semplici che consentirebbe all'Ateneo di avere relazioni soprattutto con questo tipo di soggetti esterni all'Ateneo* (Testimone qualificato, Università di Pisa).

Da questa breve ricognizione emerge come la *governance* comunicativa dell'Università di Pisa adotti un *communication mix* di strumenti di comunicazione, diversificati in base ai diversi pubblici di riferimento, stante la complessità della struttura organizzativa dell'ente e delle sue funzioni. I risultati che qui presentiamo non sono naturalmente esaustivi né definitivi, e si aprono a successivi approfondimenti. In conclusione, l'Ateneo pisano sembra oggi muoversi lungo due direttrici principali: l'adeguamento delle proprie strutture deputate alla comunicazione alle richieste della normativa di riferimento, e la ricerca di continue soluzioni legate all'innovazione, nel perseguire l'obiettivo di realizzare un modello di governo della comunicazione sempre più orientato alla qualità del servizio, al dialogo con i pubblici di riferimento, alla continua valorizzazione del proprio capitale sociale.

### Riferimenti bibliografici

- Andreotti A., Barbieri P., a cura di (2003) *Reti e capitale sociale*, Inchiesta 139.
- Barbarino F.C., Leonardi E. (1997) *Servizi di Qualità*, Il Sole 24 Ore Media e Impresa, Milano.
- Bourdieu P. (1980) *Le capital social: notes provisoires*, Actes de la Recherche en Science Sociales, 31. Ceinar V., Bertani L., a cura di (2002) Laboratorio "La comunicazione organizzativa", Report conclusivo, Urp degli Urp.
- Coleman J. (1990) *Foundations of Social Theory*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London.
- Di Raco A., Santoro G.M. (1996) *Il manuale della comunicazione interna*, Guerrini e associati, Milano.
- Esposito G. (2000) *Elementi di comunicazione pubblica per gli operatori degli URP*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli.
- Lin N. (2001) *Social Capital. A Theory of Social Structure and Action*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Milella S. (2007) *Il capitale sociale. Analisi comparata delle strategie di misurazione*, in Salvini A., a cura di, *Analisi delle Reti Sociali. Teorie, Metodi, Applicazioni*, Franco Angeli, Milano, pp. 203–229

- Putnam R. (1993) *Making democracy work*, Princeton University Press, Princeton (NJ).
- Romano D.F., Felicioli R.P. (1992) *Comunicazione interna e processo organizzativo*, Raffaello Cortina, Milano.
- Salvini, A. (2005) *L'analisi delle reti sociali. Risorse e meccanismi*, Edizioni Plus, Pisa.
- Salvini, A. (2007), a cura di, *Analisi delle reti sociali. Teorie, metodi, applicazioni*, Franco Angeli, Milano.
- Università di Pisa, *Regolamento di attuazione della Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* [http://www.unipi.it/ateneo/governo/regolament/ateneo/generale1/Reg2411.htm\\_cvt.htm](http://www.unipi.it/ateneo/governo/regolament/ateneo/generale1/Reg2411.htm_cvt.htm)
- Università di Pisa, *Regolamento di organizzazione delle strutture amministrative centrali di Ateneo*  
[http://www.unipi.it/ateneo/governo/regolament/ateneo/generale1/organizza.htm\\_cvt.htm](http://www.unipi.it/ateneo/governo/regolament/ateneo/generale1/organizza.htm_cvt.htm)
- Università di Pisa, *Statuto dell'Università di Pisa*, [http://www.unipi.it/ateneo/governo/regolament/statuto/statuto.htm\\_cvt.htm](http://www.unipi.it/ateneo/governo/regolament/statuto/statuto.htm_cvt.htm)

## 9. GOVERNANCE E MICROCREDITO

### (L'ESPERIENZA TOSCANA IN TEMA DI FINANZA ETICA)

Barbara Bonciani

#### 9.1. Credito ed esclusione sociale in Europa

Secondo alcuni dati riportati in un recente studio dell'Eurobarometro<sup>98</sup>, circa il 25% dei cittadini europei ritiene di essere a rischio di povertà, mentre il 62% pensa che questo potrebbe capitare a chiunque in qualsiasi momento della vita<sup>99</sup>. A sentirsi più a rischio di povertà sono le persone che vivono problematiche occupazionali, prevalentemente connesse con la disoccupazione<sup>100</sup>. Ciò riflette la

<sup>98</sup> Cfr. Special Eurobarometer 273, *European Social Reality*, 2007.

<sup>99</sup> In base ai dati riportati nella proposta di relazione congiunta per il 2007 sulla protezione e sull'esclusione sociale, elaborata dalla Commissione Europea nel 2004, il 16% dei cittadini europei vivevano al di sotto della soglia di povertà, fissata al 60% del reddito medio di ciascun paese. Proposta di relazione congiunta per il 2007 sulla protezione e sull'inclusione sociale, approvata dal Consiglio il 22 febbraio 2007 (COM(2007)13 def. Del 19.01.2007).

<sup>100</sup> L'indagine realizzata dall'Eurobarometro evidenzia come essere disoccupati costituisca il più importante fattore di rischio di povertà. Quasi metà degli europei disoccupati (44%) sente di essere a rischio di povertà. Se si guarda alle classi di età, si nota come il rischio di povertà è avvertito in misura maggiore dai giovani di 15 anni (30%) e dalle persone tra i 40 e i 54 anni (30%). Dal punto di vista del genere, le donne si sentono maggiormente a rischio di povertà (26%) rispetto agli uomini (24%).

presenza, in Europa di forme di disagio e precarietà occupazionale che incidono pesantemente in termini di coesione sociale.<sup>101</sup> Nonostante i dati europei evidenzino la presenza di gruppi sociali più esposti, rispetto ad altri al rischio di situazioni di indigenza – quali, i disoccupati, le persone con disabilità, gli individui a basso reddito e a bassa scolarità, gli immigrati e le minoranze etniche, oltre che gli anziani e i minori<sup>102</sup> – la povertà è avvertita, da gran parte dei cittadini d'Europa come una possibilità reale, tanto che una persona su quattro ritiene di poter cadere in tale condizione nel corso della propria vita.

Ad incidere pesantemente sulle condizioni di povertà e di precarietà economica in cui vivono o sentono di essere prossimi moltissimi cittadini europei sono due fenomeni di grande importanza, entrambi legati al credito e fra loro correlati, quali: Il sovraindebitamento e l'esclusione finanziaria.

Oggi, l'Europa conta venti milioni di persone in condizione di sovraindebitamento<sup>103</sup>, vale a dire incapaci di pagare i propri debiti o in condizione a rischio di non pagamento degli stessi, quando essi diventano esigibili<sup>104</sup>. Se da un lato, il credito ha permesso ai cittadini europei di migliorare la loro qualità di vita e di avere accesso a beni e servizi essenziali, la sua mancata negoziazione in forma sostenibile sta determinando condizioni di indebitamento eccessivo. A scatenare il fenomeno del sovraindebitamento in Europa sono cause di natura diversa. Vari studi realizzati nei diversi Paesi dell'Unione hanno messo in rilievo, fra le cause più importanti: La disoccupazione e il generale deterioramento delle condizioni lavorative, i cambiamenti nella struttura del nucleo familiare<sup>105</sup>, l'insuccesso nel lavoro autonomo o il fallimento di piccole imprese familiari finanziate grazie a

---

<sup>101</sup> Cfr. Taliani E, Bonciani B, Benedetti R., "Il lavoro tra precarietà e flessibilità. Il ruolo della Strategia Europea per l'occupazione". In Toscano M.A., (2007) *Homo Instabilis. Sociologia della precarietà* (a cura di) Jaca Book Milano.

<sup>102</sup> Cfr. *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Credito ed esclusione sociale in una società opulenta* (2008/C44/19)

<sup>103</sup> Cfr. European Commission., *Policy Measures to promote the use of Microcredit for social inclusion*.

Per approfondimenti sulle politiche europee: Cfr. il sito web: [http://ec.europa.eu/employment\\_social/spsi/financial\\_exclusion\\_en.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/financial_exclusion_en.htm)

<sup>104</sup> Parlare di sovraindebitamento o indebitamento eccessivo significa parlare di situazioni in cui il debitore si trova durevolmente nell'impossibilità di pagare tutti i suoi debiti, o di situazioni in cui c'è il reale pericolo di non poter far fronte al pagamento dei debiti quando essi diventano eleggibili. Oggi in Europa non esiste una definizione univoca di sovraindebitamento; una delle più convincenti è quella fornita da Udo Reifner che sostiene che "Si è sovraindebitati quando si è nell'impossibilità oggettiva di pagare; più precisamente quando il reddito disponibile dopo aver detratto le spese di sostentamento non è più sufficiente a rimborsare i debiti quando divengono esigibili". Reifner., *Consumer lending and Over Indebtedness among German House-holds*.

<sup>105</sup> In questo caso si fa riferimento, ad esempio ad un divorzio, alla morte di un coniuge, alla nascita non programmata di un figlio, alla necessità imprevista di dover farsi carico di persone anziane o invalide, ad una malattia o ad un incidente.

prestiti con garanzie personali, oltre che incentivi eccessivi al consumo e il richiamo al credito facile<sup>106</sup>.

Il fenomeno del sovraindebitamento assume contorni allarmanti nelle società contemporanee divenendo un'emergenza sociale di ampia portata. Tale fenomeno ha infatti quali conseguenze sociali primarie, l'esclusione e la disuguaglianza sociale. In una società caratterizzata da sempre maggiori contrasti, in cui le disuguaglianze sociali, in particolare quelle legate al reddito, si fanno più marcate e in cui la solidarietà sociale appare indebolita, il sovraindebitamento diviene principale causa di povertà e marginalità sociale. Le situazioni di indebitamento eccessivo e di nuova povertà, vengono spesso a determinarsi, nella vita degli individui, a seguito di circostanze fortuite, legate a problematiche occupazionali o familiari,<sup>107</sup> spesso di carattere temporaneo che generano una perdita di reddito significativa.

In questi casi, la mancata presenza di risparmi, capaci di ammortizzare situazioni specifiche di diminuzione del reddito, si traduce per molte persone nella caduta in povertà. Tali circostanze, sono aggravate dall'impossibilità, da parte dei soggetti che vivono problematiche economiche e in generale delle persone povere e di tutti coloro non in grado di fornire quelle garanzie reali e/o personali alle banche ai fini dell'erogazione dei prestiti, di accedere al credito. L'accesso al credito, consentirebbe in molti casi, di evitare che persone socialmente ed economicamente inserite o recuperabili cadano irrimediabilmente nella povertà e nell'esclusione sociale.

L'esclusione finanziaria<sup>108</sup> colpisce i soggetti poveri e a rischio di povertà in tutto il mondo. Contrariamente a quanto si possa pensare, la difficoltà di accesso

---

<sup>106</sup> L'elenco delle cause di sovraindebitamento contempla anche: L'aumento del tasso di interesse e un cattivo bilancio familiare, l'occultamento deliberato da parte del cliente di informazioni rilevanti per la valutazione della sua solvibilità finanziaria da parte delle istituzioni finanziarie; l'uso eccessivo delle carte di credito, del credito rinnovabile e delle forme di credito personale concesse da società finanziarie a tassi di interesse elevati; l'ottenimento di un credito sul mercato parallelo a tassi di usura; i crediti usati per i crediti; la facilità con cui le persone diversamente abili socialmente isolate e le persone con capacità cognitive limitate possono cadere preda di organismi di credito troppo aggressivi; l'indisponibilità, da parte di taluni organismi finanziari a rinegoziare con i consumatori la cui situazione patrimoniale è meno solida il pagamento dei loro debiti quando essi provano difficoltà finanziarie. Cfr Relazione informativa del CESER del 26.06.2000 sul tema *Il sovraindebitamento delle famiglie*. Relatore Atàide Ferriera.

<sup>107</sup> L'indebitamento eccessivo può determinarsi quando ci sono problemi di lavoro molto gravi, a seguito delle spese mediche relative ad una malattia grave, quando l'onere mensile del debito supera una quota ragionevole del reddito mensile disponibile, quando il numero dei crediti è molto alto e quando non esistono risparmi per ammortizzare situazioni specifiche di perdita di reddito.

<sup>108</sup> L'esclusione di tipo finanziario comporta normalmente la difficoltà o l'impossibilità di accedere al mercato dei servizi finanziari di base, ostacolando soprattutto l'apertura di conti correnti, il possesso di mezzi di pagamento elettronici, la possibilità di effettuare bonifici bancari e di stipulare contratti di assicurazione del credito. In Europa oggi, l'accesso ad un conto bancario, a determinate forme di credito è una condizione essenziale per accedere a beni e servizi fondamentali. L'occupazione, la piccola impresa, l'abitazione in cui si vive, i mobili, gli elettrodomestici, il trasporto, l'informazione e anche l'alimentazione, l'abbigliamento e il tempo libero dipendono dall'accesso al credito.



al credito per i soggetti definiti “non bancabili”<sup>109</sup> non costituisce un fenomeno tipico dei paesi del Sud del mondo, ma rappresenta bensì una realtà che accomuna tutti coloro che in diverse parti del globo vivono in una situazione di precarietà economica. I dati forniti dalle Nazioni Unite, evidenziano come, l’80% della popolazione mondiale ottiene solo il 5,4% del credito erogato dal sistema bancario. Nel mondo, metà della popolazione vive senza accesso ai servizi finanziari di base.<sup>110</sup> Nei Paesi del Nord, molte persone rimangono fuori dai canali del credito bancario. In Europa, ad essere esclusi dal sistema finanziario sono i poveri, i soggetti sovraindebitati e in generale le persone incapaci di fornire le garanzie richieste dal sistema bancario<sup>111</sup>. Fra gli esclusi, troviamo i lavoratori precari, le donne, soprattutto sole e con figli, gli immigrati, ma anche imprenditori che operano in contesti economici poco dinamici. Per tutti questi soggetti, l’esclusione dal sistema creditizio si traduce nell’impossibilità di accedere ad ogni forma di prestito in denaro da utilizzare per fini di assistenza o per la creazione di un’attività autonoma. Per queste persone, il mancato ricorso al credito significa un generale peggioramento della situazione di povertà, oppure l’ingresso in tale condizione. Il credito negato favorisce la caduta in povertà di persone inserite socialmente e recuperabili, alimentando nuovi processi di esclusione sociale e si traduce per tutti coloro che vivono in povertà, nell’impossibilità di riscatto dalla posizione di marginalità occupata all’interno della società<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Non bancabili vengono definiti tutti coloro che non offrono alle banche garanzie sufficienti per avere accesso al credito.

<sup>110</sup> L’evoluzione della finanza e dei mercati finanziari è lontana dall’economia reale. Come sottolinea Maria Nowak, economista dello sviluppo e fondatrice dell’Associazione per i diritti all’iniziativa economica, “Una larga parte dell’economia reale, concernente tre miliardi di individui – metà, cioè della popolazione mondiale – vive senza accesso ai servizi finanziari di base, sia di risparmio che di credito”. Nowak M., (2005) *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*. Einaudi. Cit. pag.46.

<sup>111</sup> In particolare, in Italia, il 14,1% del totale delle famiglie (oltre due milioni e novecentomila persone) non accede ai servizi bancari, vale a dire non è titolare di nessuna attività finanziaria, neanche nelle forme di conto corrente bancario o postale. Cfr. Banca d’Italia., indagine sui bilanci delle famiglie italiane.

<sup>112</sup> Il mancato accesso al credito è causa dell’esclusione sociale, in quanto non consente alle persone che desiderano creare un’attività autonoma di avere accesso al capitale, limitando in questo modo le loro opportunità di vita e di mobilità sociale.

<sup>113</sup> L’Italia è uno dei paesi europei più interessato dal fenomeno dell’usura. Gli ultimi rapporti di Istat e Eurispes evidenziano la grande presenza del fenomeno dell’usura, nel contesto italiano. In Italia, il 16% dei commercianti è vittima dell’usura. I dati riportati mettono in rilievo come, nel nostro Paese, ogni anno 40.000 fra piccole e imprese e attività artigianali falliscono a causa dell’usura, un sistema illegale che ha un giro di affari stimato, su cifre indicative pari a 12-13 miliardi di euro. Il dato italiano deve far riflettere, in quanto si può argomentare che l’incrementarsi del divario fra il bisogno di credito espresso dalle persone e dalle imprese presenti nella società e offerta di credito, da parte del sistema creditizio legale, fa aumentare il ricorso, da parte di persone con difficoltà economiche, al sistema dell’usura.

Possiamo quindi argomentare che il negato accesso al credito, di fatto, limita le opportunità di vita di persone, già coinvolte in processi di povertà, alimentando fenomeni quali l'esclusione e la marginalità sociale. Il rifiuto, da parte delle istituzioni finanziarie tradizionali di elargire credito alle persone "non bancabili" favorisce, inoltre fenomeni molto gravi, primo fra i quali, quello dell'usura<sup>113</sup>. Sono molte infatti le persone che non riuscendo ad ottenere prestiti dal sistema creditizio legale, si rivolgono alla rete degli usurai, finendo così per aggravare ulteriormente la propria situazione economica, con conseguenze drammatiche anche sul piano psicologico<sup>114</sup>.

L'esclusione finanziaria costituisce uno dei fattori cruciali e più sottovalutati in materia di creazione di esclusione sociale. Nonostante il credito sia di fatto considerato dall'economia uno strumento finalizzato allo sviluppo e alla creazione di ricchezza, il prestito su garanzia viene concesso, dal sistema creditizio tradizionale, sulla base della ricchezza posseduta e non sulla valutazione delle opportunità di creare, attraverso lo stesso, ricchezza futura. Ciò fa sì che l'esclusione finanziaria sia oggi uno dei maggiori fattori di discriminazione sociale basati sulla povertà.

## 9.2 Il ruolo del microcredito

A fronte dell'incremento nei livelli di povertà e all'incedere dei processi di esclusione sociale in Europa, le esperienze di finanza etica<sup>115</sup> e di microfinanza<sup>116</sup> hanno acquistato una grande rilevanza per la loro capacità di far fronte a situazioni di emergenza sociale proponendo modelli di sviluppo centrati sull'uomo e sulla comunità, di tipo non assistenzialistico. La nascita di una finanza diversa, utile alla società nasce, dalla constatazione del fatto che la finanza tradizionale, in continua crescita ed evoluzione, è completamente sganciata dall'economia reale,

---

<sup>114</sup> In Italia ogni anno 40.000 tra piccole imprese e attività artigianali falliscono a causa dell'usura ed è significativo il numero di suicidi per cause legate all'usura. Cfr. Bellotto G, Gioielli G.,(2007) *I nuovi poveri. Storie di ordinaria emarginazione nell'Italia di oggi*. Piemme

<sup>115</sup> Il termine finanza etica racchiude tutte quelle realtà finanziarie che si pongono il problema dell'etica nelle proprie azioni. La finanza etica nasce, negli ultimi trent'anni come finanza critica di fronte alla necessità di creare un sistema finanziario più vicino all'economia reale e alle persone e quindi utile alla società. Oggi, nell'ambito della finanza etica troviamo diverse realtà, quali i fondi etici, banca etica, progetti di microcredito, titoli di solidarietà. La storia di una finanza critica, utile alla società ha comunque radici profonde, parallele a quelle della finanza tradizionale, vedi le esperienze

<sup>116</sup> La microfinanza può essere definita come quel settore dell'economia che ha come obiettivo principale quello di offrire servizi finanziari alle persone che si trovano escluse dal sistema bancario tradizionale, in quanto non in grado di fornire garanzie reali e/o personali, o senza lavoro fisso o non presenta altre caratteristiche richieste dalle strutture creditizie ai fini dell'erogazione del prestito. Si parla di microfinanza perché i servizi finanziari offerti per quanto attiene al risparmio e al credito sono di tipo 'micro', vale a dire che si tratta generalmente di piccoli crediti e di piccoli risparmi. Il microcredito è un aspetto della microfinanza, ed è sicuramente il più conosciuto e diffuso.

dai bisogni dei cittadini, in particolare di quelli più esposti ai processi di esclusione sociale<sup>117</sup>.

Negli ultimi anni, in Europa, sono in aumento le esperienze di microfinanza e di microcredito e il valore di tali strumenti nella gestione di problematiche legate al sovraindebitamento e alla povertà è stato riconosciuto nell'ambito delle politiche europee finalizzate alla costruzione di una società più inclusiva<sup>118</sup>. In particolare, il microcredito rappresenta oggi una delle forme di *governance* più valide per il recupero dei soggetti marginali e a rischio di povertà, soprattutto nei contesti urbani. Seppure il microcredito nasca come mezzo rivolto alla lotta contro la povertà e l'esclusione sociale nei Paesi poveri del mondo,<sup>119</sup> questo diviene strumento sempre più richiesto per far fronte ai nuovi bisogni di un'Europa in profondo cambiamento<sup>120</sup>. Ma che cosa c'è di rivoluzionario nel microcredito che ci permette di parlarne in termini di strumento innovativo a sostegno di una società europea più inclusiva? Innanzi tutto il fatto che rispetto al credito tradizionale riconosce come propri destinatari i poveri e i marginali e in generale coloro non in grado di fornire garanzie alle banche per l'accesso al prestito. Sul piano operativo, il microcredito non è altro che un piccolo prestito che viene

---

<sup>117</sup> A fronte di uno scenario globale caratterizzato da livelli crescenti di povertà e da forti disuguaglianze sociali che differenziano, non soltanto i cittadini del Nord da quelli del Sud del mondo, ma si riversano in modo trasversale su gran parte dei suoi abitanti, negli ultimi trent'anni è nata una finanza diversa che seppur non possa essere paragonata, in termini numerici al sistema della finanza tradizionale, sta dimostrando, sul piano dei contenuti e degli obiettivi, una grande capacità nella promozione di processi di sviluppo che trovano nell'etica il punto di riferimento principale. Cfr. Andruccioli P, Messina A.,(2007) *La finanza utile*. Carocci,Roma.

<sup>118</sup> Cfr politiche europee in materia di protezione sociale e esclusione sociale. Sito web: [http://ec.europa.eu/employment\\_social/spsi/financial\\_exclusion\\_en.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/financial_exclusion_en.htm)

<sup>119</sup> L'esperienza più nota di microcredito è quella legata a Muhammad Yunus e alla Grameen Bank, la "banca villaggio" fondata dallo stesso nel 1976 in Bangladesh. La Grameen Bank nasce per concedere prestiti a supporto organizzativo ai più poveri, esclusi dal sistema creditizio tradizionale. La metodologia e l'iter di restituzione dei prestiti si basa sul *solidarity group*. Il prestito viene elargito ad un gruppo di beneficiari. Ogni membro del gruppo risponde del credito degli altri membri in proporzione alla quota del proprio prestito. Cfr., Yunus M.,(2003) *Il banchiere dei poveri*. Feltrinelli. Nonostante l'esperienza di Yunus in Bangladesh sia la più conosciuta, nel mondo esistono molte e diverse esperienze di microcredito e sono nate diverse organizzazioni non governative che hanno adottato programmi di microfinanza e microcredito (es Accion international, care InternationalFINCA International, ACODEP e altre).

<sup>120</sup> Come spiega Maria Nowak, presidente dell'*European Microfinance Network*, rete europea delle associazioni che si occupano di microfinanza, le grandi trasformazioni strutturali intervenute in Europa nel corso degli anni ottanta hanno creato nuove condizioni per l'utilizzo della microfinanza e del microcredito. La permanenza di significativi livelli di disoccupazione, l'aumento nel numero dei lavoratori precari e degli immigrati che tendono ad essere esclusi dal sistema bancario costituisce uno scenario importante per l'avvio di politiche di microcredito. Nell'ambito delle politiche sociali europee, il microcredito è stato recentemente riconosciuto come strumento a supporto delle politiche di lotta all'esclusione sociale per la sua capacità di prevenzione e gestione di emergenze sociali quali, il sovraindebitamento e la povertà. Cfr. European Commission., *Policy Measures to promote the use of Microcredit for social inclusion*.

Per approfondimenti sulle politiche europee cfr. il sito web: [http://ec.europa.eu/employment\\_social/spsi/financial\\_exclusion\\_en.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/financial_exclusion_en.htm)

concesso alle persone escluse dal sistema bancario tradizionale per la creazione di piccole attività autonome.<sup>121</sup> Le modalità di concessione, erogazione e riscossione dei crediti sono pensate appositamente per favorire le persone a cui il prestito è rivolto.

Il microcredito si basa su meccanismi economici di diversa natura che rappresentano forme di incentivo e selezione<sup>122</sup>, ma si fonda anche su elementi non economici, quali la fiducia, la creazione di autostima, la solidarietà di gruppo. Il fatto che il prestito venga concesso ad individui esclusi dal sistema creditizio tradizionale, lo rende un mezzo finalizzato alla valorizzazione degli stessi e delle loro potenzialità. Il denaro prestato ai soggetti non bancabili si traduce in una concessione di fiducia, da parte della comunità<sup>123</sup>, nei confronti delle persone e delle loro capacità nella realizzazione dell'attività autonoma. In questo senso, la piccola quota di denaro concessa diviene strumento finalizzato allo sviluppo delle potenzialità degli individui, mezzo di riscatto da una situazione di povertà ed esclusione sociale, modalità attraverso la quale cambiare la propria vita e la posizione occupata fino a quel momento all'interno della società. Uno dei fattori di successo del microcredito sta proprio nel fatto che il tasso di insolvenza si aggira intorno allo zero. Ciò dimostra il forte senso di responsabilità nell'utilizzo del denaro, legato a reali necessità di accesso al credito. Come mette in evidenza Maria Nowak: "Esso consente così di scoprire come gli esclusi dal credito bancario, alla stregua degli altri, siano dotati di spirito imprenditoriale, di capacità di giudizio, e come in aggiunta, siano decisamente più affidabili dei ricchi quanto a restituzione".<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Come metteremo in rilievo nel paragrafo successivo, nell'ambito di alcune esperienze toscane, il microcredito è finalizzato, non soltanto alla realizzazione di attività imprenditoriali, ma anche a fini di mutuo soccorso.

<sup>122</sup> Esistono diverse metodologie di microcredito che possono essere suddivise in termini generali in prestiti individuali e prestiti di gruppo. I metodi basati sul credito al gruppo sono utilizzati per lo sviluppo di attività generatrici di reddito in situazioni in cui il tessuto sociale è molto solidale (prevalentemente usato nei Paesi poveri), i prestiti individuali sono indirizzati in particolare alle microimprese. Al fine della restituzione del prestito, esistono diverse metodologie che vengono utilizzate in termini di incentivo e selezione (restituzione settimanale, risparmio forzato, non rinnovo del prestito in caso di mancata restituzione). Cfr. Nowak M., (2005) *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*. Einaud

<sup>123</sup> Parliamo di comunità per sottolineare le peculiarità europee della gestione e attivazione di percorsi di microcredito. In Europa, come metteremo in rilievo nel testo a seguito, le esperienze di microcredito nascono e sono implementate da una rete di solidarietà formata generalmente da associazioni, enti non *profit*, parrocchie, centri di ascolto, cooperative che divengono punto di riferimento per l'avvio e la riuscita di programmi di microcredito. Dal punto di vista dell'*iter* del prestito e della restituzione dello stesso, nei paesi industrializzati il legame sociale che nei paesi più poveri è costituito da una vicinanza fisica o di parentela, è sostituito dalla presenza di una rete sociale che raccoglie l'impegno della comunità nei confronti degli esclusi.

<sup>124</sup> Nowak M., (2005) *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*. Einaudi. Cit. pag.71.

L'altro fattore di successo delle esperienze di microcredito sta nelle modalità e i meccanismi che seguono l'*iter* del prestito e della restituzione dello stesso che contribuiscono alla creazione di nuove relazioni sociali basate su meccanismi di aiuto e solidarietà attraverso la responsabilizzazione degli individui coinvolti. In Europa, il fattore di successo di tali esperienze è riconducibile all'esistenza di reti di solidarietà attraverso le quali, la società civile si organizza per dare sostegno ai soggetti marginali. Le esperienze di microcredito in Europa nascono prevalentemente dalla spinta di associazioni impegnate nella lotta contro la povertà e l'esclusione sociale. Dal punto di vista dell'*iter* del prestito e della restituzione dello stesso, nei paesi industrializzati il legame sociale che nei paesi più poveri è costituito dall'esistenza di una comunità coesa,<sup>125</sup> è sostituito dalla presenza di una rete sociale costituita da associazioni, enti non *profit*, parrocchie, centri di ascolto, cooperative che divengono punto di riferimento per l'avvio e la riuscita di programmi di microcredito. Il microcredito, nelle forme in cui si realizza nei paesi del Nord diviene strumento partecipato di cittadinanza attiva orientata alla soluzione di problematiche sociali legate alla povertà e all'esclusione sociale. Le reti solidali che si costituiscono in Europa per la realizzazione di progetti di microcredito cercano insieme di affrontare il disagio sociale, ponendosi come intermediari fra istituzioni creditizie e cittadini in difficoltà economica.

Uno dei punti di forza del microcredito è che non si tratta di un mezzo a favore dello sviluppo di tipo assistenzialistico<sup>126</sup>. Tale strumento, infatti, favorisce la responsabilizzazione degli individui e della comunità, fornisce l'opportunità a molte persone marginali all'interno della società di riscattare il passato e ricrearsi una vita attraverso la realizzazione di idee imprenditoriali utili per la comunità. Gli esclusi diventano, grazie al credito che gli viene elargito, creatori di ricchezza. In questo senso, il microcredito diviene strumento finalizzato alla realizzazione di una società inclusiva e solidale.

Di fronte all'emergenza economica e sociale registrata in Europa a seguito dei livelli sovraindebitamento dei suoi cittadini e dell'aumento delle situazioni a rischio di povertà, il microcredito diviene una delle forme di 'governance' più costruttive in termini di azione di responsabilizzazione sociale e di impegno etico, concepiti per rispondere in maniera collettiva alle esigenze che prendono forma sotto la sferza dei fenomeni di depauperamento in atto, soprattutto nei contesti urbani.

---

<sup>125</sup> Nell'ambito delle diverse esperienze di microcredito realizzate nei paesi poveri, la metodologia di concessione dei crediti si fonda sull'esistenza di un gruppo coeso e fortemente solidale. Ogni partecipante del gruppo risponde al credito degli altri membri in proporzione alla quota del proprio prestito. Il credito può essere concesso seguendo diverse procedure: A rotazione, dove il membro successivo riceve il prestito soltanto quando il precedente ha completamente ripagato il proprio prestito; oppure il credito viene concesso contemporaneamente ad ogni membro del gruppo e nessuno può ricevere un secondo prestito se tutti i componenti del gruppo non hanno ripagato.

<sup>126</sup> Il microcredito non rende le persone dipendenti da un aiuto, ma si fonda sulle loro capacità. Inoltre, rimette in circolo denaro quando questo viene restituito, autoalimentandosi, almeno in parte.

### 9.3 Microcredito e ‘disagio urbano’: il caso del Fondo Etico e Sociale delle Piagge

La Toscana è una delle regioni italiane più impegnate nella realizzazione di progetti di microfinanza e microcredito. In particolare, nella città di Firenze, viene erogato il 55% dei finanziamenti del microcredito italiano<sup>127</sup>. Fra le esperienze di microcredito realizzate a Firenze, particolare importanza assumono quelle finalizzate all'utilizzo del denaro, in piccoli prestiti, per lo sviluppo della periferia urbana e il sostegno ai suoi cittadini, coinvolti in processi di povertà ed esclusione sociale. I progetti di microcredito a sostegno del ‘disagio urbano’ nascono da una lettura profonda delle situazioni di nuova povertà ed esclusione sociale che caratterizzano alcuni quartieri periferici della città. In queste realtà, si registra un aumento nei livelli di povertà e una crescita delle famiglie che versano in situazioni di precarietà economica. Ad aumentare, sono soprattutto le situazioni, definite a rischio di povertà, in cui il presentarsi di alcune circostanze ed eventi anche temporanei, quali la perdita del lavoro, la presenza di una malattia, un investimento sbagliato sono in grado di determinare la caduta in povertà. In queste circostanze il mancato accesso al credito determina un peggioramento, talvolta irreversibile nella vita delle persone coinvolte.

Fra i progetti di microcredito realizzati nella periferia urbana di Firenze, il primo a nascere è stato il progetto Fondo Etico e Sociale delle Piagge. Tale iniziativa prende avvio con la finalità di dare una risposta alle tante persone della periferia urbana che vivono in situazioni di difficoltà economica capaci di incidere, talvolta in modo irreversibile nella determinazione di condizioni di marginalità sociale. Il Progetto Fondo Etico e Sociale delle Piagge nasce nel 2000, quando la Comunità fiorentina Le Piagge in collaborazione con la Cooperativa sociale ‘Il Cerro’ da avvio alla raccolta di prestiti e risparmi presso i propri soci per la creazione di un fondo da destinare ai soggetti non bancabili presenti in questo quartiere periferico, sia a fini di mutuo soccorso che per la realizzazione di attività imprenditoriali autonome<sup>128</sup>. La concessione dei prestiti si basa sulla fiducia che deriva dalla conoscenza reciproca e dall’instaurarsi di una relazione umana. La restituzione delle somme prestate viene concordata con i beneficiari e viene rateizzata secondo le loro necessità, senza interessi.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> La ricerca di Lunaria, realizzata per conto dell’Associazione Finanza Etica ha messo in evidenza come, in Italia sono stati erogati, fra il 2000 e il 2004, 550mila euro in microfinanziamenti e sono stati raggiunti 330 mila beneficiari. Di questa somma complessiva, quasi 300mila euro sono stati raccolti e prestati a Firenze a 130 persone “non bancabili”.

<sup>128</sup> Il Progetto Fondo Etico e Sociale delle Piagge riconosce come e soggetti ammessi al finanziamento in microcredito due tipologie di beneficiari: Le cooperative sociali, piccole imprese, associazioni di volontariato, associazioni culturali e tutte le attività o progetti che abbiano sede nel territorio le Piagge, o comunque una ricaduta socialmente utile nel territorio Le Piagge. Singole persone o famiglie residenti nel territorio, compresi cittadini stranieri presenti nel territorio, anche sprovvisti di residenza.

<sup>129</sup> I Soggetti proponenti del Progetto sono la Cooperativa sociale il Cerro per la raccolta di capitale sociale e prestiti sociali per la costruzione del Fondo Etico e Sociale delle Piagge a cui è affidata la progettualità dell’esperienza, la gestione tecnica volontaria, l’indirizzo e utilizzo del

In queste condizioni, il prestito in denaro si traduce in una concessione di fiducia da parte della società civile verso soggetti che vivono problematicità economiche che possono ora contare, su una rete sociale che va al di là dei criteri di ‘solvibilità bancaria’. Il denaro raccolto diviene strumento finalizzato a promuovere lo sviluppo del quartiere restituendo dignità e fiducia agli abitanti e aprendo nuove opportunità di sviluppo urbano. Il denaro diventa strumento volto a rafforzare o creare nuove relazioni fra gli abitanti del quartiere creando l’opportunità a tutti gli aderenti, che si tratti dei risparmiatori o dei richiedenti il prestito, di entrare in una rete di relazioni orientata alla solidarietà. A determinare il successo di questa iniziativa in particolare e dei progetti di microcredito in generale è il tasso di insolvenza registrato che si aggira intorno allo zero. Ciò dimostra il senso di responsabilità attraverso il quale i beneficiari del prestito utilizzano e gestiscono il denaro concesso. L’altro elemento di successo di tali iniziative è riconducibile alla presenza di un territorio che risponde in maniera attiva all’emergenza sociale, attraverso la costituzione di reti sociali finalizzate alla soluzione di problemi urgenti che si manifestano nei quartieri periferici. Basti pensare che la raccolta del credito ha superato i 300mila euro. Ciò ha reso possibile l’erogazione di molti prestiti di somme differenti che hanno permesso a molte persone di sollevarsi da un momento difficile e di non scivolare nella povertà. Nell’ambito del Fondo etico e sociale delle Piagge, i prestiti finalizzati al mutuo soccorso di persone o famiglie hanno superato quelli elargiti al fine della realizzazione di attività autonome<sup>130</sup>. Tali prestiti sono stati utilizzati dalle persone e dalle famiglie del quartiere per fini diversi, quali ad esempio, il pagamento di spese mediche, la copertura di rate di condominio e di bollette, il pagamento dell’affitto, la gestione di problematiche legate a mutamenti familiari, quali la perdita di un coniuge o la separazione. In tutti i casi, il piccolo prestito concesso ha costituito un solido aiuto alle persone coinvolte in processi di impoverimento.<sup>131</sup> L’esperienza di microcredito realizzata nel quartiere periferico di Firenze “Le Piagge” ha dimostrato che tale strumento è in grado di incidere sulle situazioni di precarietà economica e marginalità sociale che caratterizzano, in particolare la periferia urbana, restituendo fiducia e dignità alle persone in

---

denaro raccolto. Parte del denaro raccolto viene investito nella Cooperativa MAG6 di Reggio Emilia che provvede alla erogazione dei prestiti su proposta del Fondo Etico e Sociale delle Piagge della Cooperativa Sociale il Cerro. Per quanto attiene alla garanzia, sono richiesti due fideiussori per ogni tipo di prestito. Oltre a questi, anche la Cooperativa il Cerro si offre come garante fideiussore per ogni prestito approvato e concesso da MAG6.

<sup>130</sup> Nei primi tre anni di attività del Fondo Etico e Sociale delle Piagge, sono state presentate 50 richieste di prestito, tutte e cinquanta sono state esaminate e valutate e per 48 di queste è stato proposto a MAG6 il finanziamento. Di questi 48 prestiti finanziati, 38 sono stati a fini di mutuo soccorso a persone e famiglie del quartiere, gli altri 10 per sostenere o avviare attività imprenditoriali. Il totale degli importi finanziati nei primi tre anni di attività era pari a 116.000,00 euro.

<sup>131</sup> Le storie raccontate dai beneficiari circa il prestito concesso sono diverse e tutte legate ai bisogni di natura ordinaria. Ad esempio, sono bastati 1.500 euro per impedire ad una coppia senza reddito fisso in attesa di pensione di scivolare nella morosità per poche bollette insolute. 1500 euro sono andati invece a una famiglia con due figli piccoli e un solo stipendio su cui contare, per pagare l’affitto in attesa di una casa popolare.

difficoltà economica e aprendo nuove opportunità di sviluppo dei quartieri periferici<sup>132</sup>. Tale progetto rappresenta altresì una risposta critica, da parte della società civile, verso un sistema finanziario che si basa esclusivamente su interessi economici e nei confronti di un sistema sociale che invece di offrire strumenti di autodeterminazione alle persone, le rende sempre più dipendenti da meccanismi di assistenza.

## Bibliografia

- Andruccioli P, Messina A.,(2007) *La finanza utile*. Carocci,Roma.
- Arnsperger Christian, Van Parijs Philippe, (2003)*Quanta disegualianza possiamo accettare? Etica economica e sociale*, Bologna: Il Mulino,
- Banca d'Italia.,(2008) *I bilanci delle famiglie italiane nell'anno 2006*. Centro stampa, Roma.
- Bellotto G, Gioielli G.,(2007) *I nuovi poveri. Storie di ordinaria emarginazione nell'Italia di oggi*. Piemme.
- Comitato Economico e Sociale Europeo., (2008) *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Credito ed esclusione sociale in una società opulenta*.(2008/C44/19).
- Cesvot.,(2002) *L'uso responsabile del denaro*. Quaderno del Cesvot n.15. Firenze
- Cesvot., (1999) *Dare credito all'economia sociale*. Quaderno del Cesvot n.12, Firenze.
- CESER.,(2000) Relazione informativa del 26.06.2000 sul tema *Il sovraindebitamento delle famiglie*.Relatore Atàide Ferriera.
- Eurispes.,(2006) Rapporto Eurispes 2006.
- Eurobarometer.,(2007) *European Social Reality*, Special Eurobarometer 273
- European Commission., *Policy Measures to promote the use of Microcredit for social inclusion*. Study conducted on behalf of the European Commission DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities,unit E/2.
- Ford J.,(1988) *The Indebted Society: Credit and Default in the 1980's*. London Routledge.

---

<sup>132</sup> A Firenze, oltre al Progetto del Fondo Economico e Sociale le Piagge, esistono altre iniziative di microcredito molto importanti, fra le quali: Il Fondo Essere, sempre orientato alla gestione del 'disagio urbano' nel quartiere di Firenze l'Isolotto e il Progetto SE.Me. A livello regionale, si segnala la presenza di altre iniziative interessanti, quali: IL Gruppo Toscano per il Microcredito, la Fondazione Toscana per la prevenzione dell'Usura, Fidi Toscana, Investire in rosa e in area senese e grossetana Microcredito di Solidarietà S.p.a.



- 
- Istat.,(2006) Rapporto su “Consumi e povertà in Italia”.
  - Latouche S.,(2003) *Giustizia senza limiti. La sfida dell'etica in una economia globalizzata*, Torino: Bollati Boringhieri.
  - Lunaria., (a cura di)(2000) *La finanza etica in Italia. Come e perché promuoverla*. Ricerca realizzata per conto di Banca Popolare Etica.
  - Nowak M., (2005) *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*. Gli struzzi, Einaudi.
  - Taliani E, Bonciani B, Benedetti R.,(2007) “Il lavoro fra precarietà e flessibilità. Il ruolo della Strategia europea per l'occupazione”. In Toscano M.A (a cura di) *Homo Instabilis: Sociologia della precarietà*. Jaca Book Milano.
  - Yunus M.,(2003) *Il banchiere dei poveri*. Feltrinelli.
  - Viganò, L, Bonomo, L and P. Vitali.,(2004) *Microfinance in Europe*. Giordano Dell'Amore Foundation Working Paper.
  - Volpi, F.,(1998) *Il denaro della speranza: spirito, metodi e risultati della Grameen Bank*. EMI.
  - Reifner U, Veit S, Siebert D.,(1998) *Consumer Lending and Overindebtedness among German House-hold*. Expert Report for DG XXIV Hamburg.
  - Reifner U, Kiesilainen J, Huls N, Springeneer H.,(2003) *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*. Final Report.
  - Reifner U, Ford J.,(1992) *Banking for People: Consumer Debts and Unemployment in Europe*. National Reports, Berlin, New York: de Gruyter.
  - Robinson M.S.,(2001) *The Microfinance Revolution*, The World Bank and the Open Society Institute.
  - Rutherford, S.,(2000) *The poor and the money*. Oxford University Press, New Delhi.



## REGOLE NUOVE PER LA RESPONSABILITA' DEL PROFESSIONISTA ?\*

*Mario Zana\*\**

### **SOMMARIO:**

1. Premessa 2. Superamento della distinzione obbligazioni di mezzi / obbligazioni di risultato sul piano sostanziale 3. Segue: ... e su quello processuale 4. Causalità civile e perdita di chance 5. L'obbligo di informazione del cliente 6. Conclusioni

1. Alcuni recenti interventi della Cassazione in tema di responsabilità civile professionale s'impongono all'attenzione con il carattere dei *grands arrêts*, fondati come sono su articolate motivazioni che sottopongono a puntuali analisi tesi sostenute in dottrina e indirizzi giurisprudenziali fino ad allora seguiti: sentenze che per il rilievo delle regole enunciate appaiono destinate ad influenzare i giudici successivi anche oltre i confini dello specifico settore al quale si riferiscono.

Ove si consideri che in più di un'occasione tali pronunce, rese con l'autorevolezza delle Sezioni unite, portano la firma di Consiglieri Relatori già Estensori di precedenti pronunciamenti sulle stesse questioni di diritto aventi ad oggetto i punti nodali della costruzione realizzata dalla giurisprudenza sulla base del disposto degli artt. 1176, 1218, 2236 c.c., sembra giustificato ritenere che non si tratti di semplici mutamenti di indirizzo nell'interpretazione di questa o di quella norma, ma di una rilettura sistematica delle regole consolidate in una prospettiva diversa da quella tradizionale.

Vengono infatti sottoposti a revisione critica il significato e il ruolo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, i criteri di ripartizione dell'onere della prova nel giudizio di responsabilità, l'individuazione

---

\*Trabajo presentado al III Congreso de actualización profesional forense Roma 3 – 4 – 5 Abril, 2008.

\*\* Professore Ordinario presso il Dipartimento di Diritto Privato "U. Natoli". Membro della Facoltà di Giurisprudenza Università di Pisa. Settore scientifico disciplinare Diritto Privato IUS/01. E-mail: zana@jus.unipi.it

del nesso di causalità tra inadempimento e danno, l'obbligo di informazione nei confronti del cliente.

**Il quadro che ne risulta porta ad individuare con sufficiente chiarezza la tendenza a riportare la relazione professionista-cliente alla logica codicistica del rapporto tra (semplice) debitore e (semplice) creditore; con il risultato di alterare gli equilibri auspicati dalla Relazione al Codice civile sub art. 2236 ( n. 917 ), tanto da determinare un regime di tutela preferenziale degli interessi del cliente: come già avviene, a giudicare dagli ultimi sviluppi giurisprudenziali, nel settore della responsabilità medica, dove peraltro il grado di instabilità delle regole si giustifica in ragione della preminente (almeno a partire dalla fine degli anni '70) considerazione del diritto alla salute del paziente.**

L'affermazione merita di essere verificata attraverso l'esame delle sentenze più significative, allo scopo di cogliere gli elementi di novità che esse introducono nel sistema, lasciando, per così dire, parlare la giurisprudenza, che in definitiva è l'autrice delle regole che lo governano.

2. Che la (fin troppo nota e discussa) distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato abbia consentito alla giurisprudenza di stabilire un regime di prova dell'inadempimento senz'altro più favorevole al professionista-debitore, è un dato di fatto; così come l'indifferenza che le nostre Corti hanno mostrato per le critiche che la dottrina ha rivolto alla menzionata distinzione fin dal suo ingresso nel panorama giuridico italiano.

Bisogna attendere il 2005 perché la Cassazione faccia proprie tali critiche, sancendo il superamento della distinzione stessa sul piano del diritto sostanziale, verosimilmente sull'onda di altri pronunciamenti, che nel settore-pilota della responsabilità medica –come si dirà di seguito– ne avevano già decretato il tramonto proprio quale criterio regolatore dell'onere di prova nei giudizi di responsabilità.

La sentenza, resa a Sezioni unite (28 luglio 2005, n. 15781), interviene a comporre un contrasto giurisprudenziale circa l'applicabilità delle disposizioni, di cui all'art. 2226 c.c., in tema di decadenza e prescrizione dell'azione di garanzia per vizi e difetti dell'opera, dettate in riferimento al contratto d'opera manuale, alla diversa ipotesi in cui i vizi e i difetti si manifestino in relazione al contratto d'opera intellettuale; in particolare, alla prestazione del professionista che abbia assunto l'obbligazione della redazione di un progetto di ingegneria o della direzione dei lavori, ovvero di entrambi i compiti, cumulando i ruoli di progettista e direttore dei lavori.

Il contrasto di giudicati trae origine dalla diversa qualificazione dell'obbligazione del professionista nelle ipotesi sopra individuate, ora, come obbligazione di mezzi: con la conseguente inapplicabilità dell'art. 2226, ed

applicabilità invece dell'ordinaria prescrizione decennale, *ex art. 2946 c.c.*; ora, come obbligazione di risultato: sottoponendo quindi i casi richiamati ai brevi termini di decadenza e prescrizione, di cui all'*art. 2226 c.c.*

La Corte, nel risolvere il contrasto, sancisce l'inapplicabilità dei brevi termini dell'azione di garanzia per vizi, *ex art. 2226 c.c.*, alla prestazione d'opera intellettuale sulla base del criterio di incompatibilità con i tempi necessari per una valutazione tecnica del progetto e/o dell'opera prestata; negando alla menzionata distinzione il ruolo fin qui attribuitole.

In sintesi, preso atto che secondo la definizione tradizionale “nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto .... nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo”; mentre nelle obbligazioni di risultato “ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso .... in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente *in obligatione*”, le Sezioni unite rilevano che “tale impostazione non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni”, richiedendosi in ogni caso –il riferimento è all'obbligazione dell'appaltatore, che deve comunque utilizzare idonee procedure e modalità di esecuzione– “la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile”. Peraltro, si fa notare come in giurisprudenza, pur affermandosi che di regola le obbligazioni del professionista sono di mezzi, si operi non di rado “una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso .... definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio”: il riferimento è all'obbligo di informazione del paziente; nonché, in campo ingegneristico, all'obbligo per il progettista di accertare con precisione i confini, le dimensioni e le altre caratteristiche dell'area sulla quale la costruzione dovrà essere realizzata, ovvero di sondare il suolo e il sottosuolo su cui deve sorgere l'opera.

Rileva la Corte che in realtà il contenuto dell'obbligo del professionista si trae dalle “comuni regole di correttezza e di diligenza .... in particolare, per quanto attiene alla diligenza, l'*art. 1176, comma 2 c.c.*, ne qualifica il contenuto allorché si tratti di valutare il comportamento del professionista (la cui diligenza deve essere conforme alla natura dell'attività professionale da svolgere), con la conseguenza che al rapporto scaturente dal contratto di prestazione d'opera intellettuale debbono essere applicate, in linea generale e di tendenza (salvo quanto previsto dalla specifica normativa dettata per tale tipo di rapporto) le norme che determinano le conseguenze dell'inadempimento (*art. 1218 c.c.*) e che

consentono di operare la definizione di inadempimento nel quadro dell'attuazione del rapporto".

In altri, e più espliciti termini, "il regime di responsabilità del professionista (la c.d. colpa professionale) è sempre il medesimo", posto che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato "non ha ... alcuna incidenza" su di esso; così come la stessa distinzione "sembra perdere ogni peso, sempre nell'ambito della responsabilità professionale, in materia di eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., trovando tale eccezione accoglimento a prescindere dalla natura dell'obbligazione da adempiere".

A quest'ultimo proposito, vale la pena notare che di recente la Sez. I della Cassazione ha ritenuto legittimo il rifiuto del compenso (ex art. 1460 cod. civ.) al progettista, sul presupposto che "l'obbligazione di redigere un progetto di costruzione di un'opera pubblica è di risultato, impegnando il professionista alla presentazione di un progetto concretamente utilizzabile, anche dal punto di vista tecnico e giuridico" (sent. 2/2/2007, n. 2257): laddove l'aggettivazione del risultato sembra evocare una "metamorfosi" di segno opposto a quella richiamata dalle Sezioni unite.

Il superamento della distinzione avviene dunque su un piano di diritto sostanziale; anche se la motivazione non trascura di aderire ad un precedente (Cass., 7/2/1996, n. 973) –ma non a S.U. 30/10/2001, n. 13533, di cui si riferirà di seguito (svista del Relatore ?)– nel quale la Corte aveva già affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c., in materia di responsabilità contrattuale è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., "senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato".

Le argomentazioni delle Sezioni unite trovano puntuale riscontro in una successiva sentenza della Sezione III (13/4/2007, n. 8826) in materia di responsabilità medica, laddove la menzionata distinzione viene giudicata "il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralattivamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento"; ponendosi quindi in rilievo che "anche nelle c.d. obbligazioni di mezzi lo sforzo diligente del debitore è in ogni caso rivolto al perseguimento del risultato dovuto", e che, d'altro canto, "nelle ipotesi tipicamente indicate come obbligazioni di risultato (es., l'obbligazione del depositario) non è comunque garantito il risultato, giacché l'impegno del debitore è pur sempre obbligatorio, e non si sostanzia invero in un'assicurazione".

Da ultimo, pronunciandosi in punto di responsabilità per danni da emotrasfusioni, le Sezioni unite (sent. 11/1/2008, n. 577), sono tornate, seppur *incidenter tantum*, sul valore della distinzione, ritenendola "dogmaticamente superata", pur riservandole una "funzione descrittiva".

3. La crisi della menzionata distinzione era già in atto sul piano (processuale) della rilevanza tradizionalmente attribuitale ai fini della distribuzione dell'onere di prova dell'inadempimento, accollando al creditore la prova del comportamento non diligente (*id est*, l'inadempimento) nel caso di obbligazioni ritenute di mezzi; e al debitore la prova della causa non imputabile nel caso di obbligazioni ritenute di risultato.

Il punto di partenza è costituito dalla sentenza 30/10/2001, n. 13533, delle Sezioni unite, già ricordata, intervenuta a comporre un contrasto giurisprudenziale tra una tesi maggioritaria, nel senso che il regime probatorio è diverso secondo che il creditore richieda l'adempimento ovvero la risoluzione; e una tesi minoritaria, tendente a ricondurre ad unità il regime probatorio da applicare in riferimento a tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c.

La Corte aderisce al secondo orientamento sulla base di criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità o di vicinanza della prova, di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito, enunciando il principio che "in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento"; ed estendendolo all'ipotesi in cui il creditore deduca l'inesatto inadempimento: cosicché "al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento".

Il passo ulteriore lo compie la Sezione III della Cassazione con due sentenze rese a breve distanza l'una dall'altra (28/5/2004, n. 10297, e 21/6/2004, n. 11488) in tema di responsabilità medica, operando una decisiva svolta nell'orientamento consolidato, che chiedeva al paziente la prova dell'inadempimento del medico (o della struttura sanitaria): sulla premessa che "la relazione che si instaura tra medico (nonché tra struttura sanitaria) e paziente dà luogo ad un rapporto di tipo contrattuale (quand'anche fondato sul solo contatto sociale)", si afferma che in base alla regola, di cui all'art. 1218 c.c., "non compete al paziente provare la colpa, né, tantomeno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 c.c.) essere allegate e provate dal medico".

L'affermata unitarietà del criterio di ripartizione dell'onere della prova travolge i delicati equilibri precedentemente introdotti dalla stessa Corte con la nota distinzione tra interventi di facile e interventi di difficile esecuzione (sent.

21/12/1978, n. 6141), adottata poi uniformemente (anche oltre i confini della prestazione sanitaria) quale correttivo della difficile posizione processuale del creditore conseguente alla distinzione fondamentale (obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato): se ne deduce, infatti, che “la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva più quale criterio di distribuzione dell’onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per valutare il grado di diligenza ed il corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà” (più di recente, Cass. 9/11/2006, n. 23918).

Il regime di prova, così stabilito, trova successive conferme nella giurisprudenza in tema di responsabilità medica. Basterà citare Cass. 13/4/2007, n. 8826, che, tra l’altro, precisa ulteriormente la portata dell’art. 2236, quale norma implicante “solamente una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto”.

Il quadro relativo all’onere probatorio viene poi completato prevedendo espressamente che spetta al creditore (ancora una volta, il paziente) la prova del nesso di causalità con l’azione o l’omissione dei sanitari, “restando a carico di questi ultimi la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile” (Cass., 24/5/2006, n. 12362).

Siffatta ripartizione dell’attività delle parti nel giudizio di responsabilità professionale ha ricevuto l’autorevole avallo delle Sezioni unite nella già citata sentenza n. 577 del 11/1/2008, con la precisazione che “l’allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno”: il che sposta l’attenzione sul (necessariamente) connesso problema della causalità in sede civile, al quale andrà ora fatto cenno per i riflessi che i criteri in esse elaborati sono destinati ad esercitare in materia.

**4.** L’intenzione di mettere ordine nella molteplicità di criteri logici di volta in volta adottati per individuare il collegamento tra condotta ed evento dannoso risulta con molta evidenza nella complessa motivazione di Cass. 16/10/2007, n. 21619, in tema di responsabilità per condotta omissiva del sanitario.

In estrema sintesi, riaffermata la netta distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica, richiamate le diverse soluzioni che sono state fin qui avanzate per riferire il danno alla sua causa (quali: certezza, quasi certezza, certezza morale, probabilità, credibilità, possibilità, verosimiglianza, senso comune), e posti in rilievo i tratti essenziali che distinguono la causalità civile da quella penale, la Corte individua il “principio guida” per una corretta individuazione della prima “in termini di rispondenza, da parte dell’autore del fatto illecito, delle conseguenze



che ‘normalmente’ discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire (la c.d. teoria della regolarità causale e del *novus actus interveniens*): il nesso causale diviene così “la misura della relazione probabilistica concreta (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento e fatto dannoso”.

Vale la pena precisare che l’apprezzamento della causalità materiale nell’ambito della responsabilità contrattuale comporta un doppio passaggio logico: la preesistenza di un rapporto tra danneggiante (debitore) e danneggiato (creditore) vale, infatti, ad individuare già *a priori* la condotta del debitore (inadempiente o in ritardo) come il fatto a cui riferire il danno; rendendo quindi necessario verificare (per così dire, in seconda battuta) la sussistenza della “relazione probabilistica concreta” tra inadempimento (o ritardo) e danno. Significativo in tal senso un passaggio della motivazione, in cui si sottolinea il significato del primo comma dell’art. 1227 c.c.: laddove si intende chiaramente che “il legislatore ha preso in esame l’ipotesi in cui il fatto del creditore/danneggiato interviene a spezzare il legame, a monte, tra comportamento del soggetto agente ed evento, escludendo così la totale imputabilità del fatto all’agente e limitando di conseguenza la responsabilità di quest’ultimo”. La precisazione acquista un particolare significato ove si consideri che la pronuncia in esame interviene in relazione ad un caso di responsabilità medica: campo ormai assegnato senza eccezioni alle regole della responsabilità contrattuale.

I risultati a cui giunge la Corte possono riassumersi in tre punti fondamentali:

- 1) l’indipendenza della causalità civile da quella penale, sia sotto il profilo della verifica del collegamento tra evento dannoso e danni risarcibili, sia sotto il profilo dell’imputazione dell’evento di danno;
- 2) a differenza della causalità penale, che segue l’orientamento “dell’elevato grado di credibilità razionale dell’accertamento giudiziale” (sent. *Franzese*, Cass. Pen, S. U., 10/7/2002 – 11/10/2002, n. 30328), la causalità civile “si attesta sul versante della causalità relativa (o “variabile”) ed è caratterizzata dall’accedere ad una soglia meno elevata di probabilità” (nella fattispecie, è stato ritenuto “*più probabile che non*” il nesso di causa tra il comportamento omissivo del sanitario e le lesioni subite dal danneggiato): ciò non significa mero arbitrio del giudice, posto che il giudizio deve essere adeguatamente motivato, in una logica svincolata da una stretta dipendenza dalle “formule peritali”, sulla base delle prove raggiunte, della verifica controfattuale (trattandosi di comportamento omissivo), nonché di un rigoroso rispetto degli oneri probatori dalla legge imposti alle parti;
- 3) da questa, che viene definita la dimensione della “causalità ordinaria”, va nettamente distinta la causalità da perdita di chance, “attestata *tout court* sulla mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato ... , da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo”: nella

fattispecie, veniva in considerazione la guarigione del paziente, “come ‘bene’, come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute”.

L’aver definito due distinte “causalità civili” quali “differenti dimensioni di analisi”, entro le quali articolare l’indagine sul nesso di causalità con riferimento ad uno stesso evento dannoso, apre la strada ad una chiarificazione dei termini del complesso problema del danno da “perdita di chance”, che da tempo ha travalicato i confini del settore lavoristico, interessando, tra gli altri, il settore della responsabilità professionale: in primo luogo, la responsabilità medica, ma anche, seppur in misura più limitata, e comunque, non sempre *expressis verbis*, quella di avvocati (cfr. Cass., 26/2/2002, n. 2836) e commercialisti (Cass., 13/12/2001, n. 15759).

La netta distinzione, individuata dalla Corte sulla scorta della già avanzata elaborazione compiuta in argomento da Cass. 4/3/2004, n. 4400, tra le due “categorie concettuali” della “probabilità” e della “possibilità” si traduce, in ultima analisi, nell’alternativa tra la richiesta di risarcimento per il danno subito, e la richiesta di un ristoro (verosimilmente da valutarsi in via equitativa) per la privazione di una possibilità di evitare l’evento negativo: nei casi in cui il danno non risultasse ricollegabile in modo processualmente certo, o *più probabile che non*, all’evento dannoso, sarà possibile –posto che l’indagine istruttoria sia stata stimolata anche in questa seconda direzione– chiedere in via alternativa riparazione del pregiudizio per perdita di chance.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte *sub* 1) e 2) hanno da ultimo ricevuto conferma dalle Sezioni unite (11/1/2008, n. 581), che sottolineano come sostanzialmente diversa sia la regola probatoria nel processo penale e in quello civile, “in quanto nel primo vige la regola della prova ‘oltre il ragionevole dubbio’ .... mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell’evidenza o del ‘più probabile che non’, stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l’equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti”.

**5.** Un ruolo determinante nel giudizio di responsabilità assume infine l’obbligo di informazione che il professionista deve adempiere nei confronti del cliente, in particolare, nel settore dell’attività medica, e, in tempi più recenti, dell’avvocato e del notaio.

La giurisprudenza più recente individua la fonte di detto obbligo nel criterio della diligenza, di cui all’art. 1176, comma 2, c.c. per l’attività dell’avvocato e del notaio, mentre in relazione alla prestazione medica lo fa discendere direttamente dai principi costituzionali, *ex artt.* 13 e 32, comma 2, Cost., nonché dalla legislazione speciale in tema di consenso ai trattamenti sanitari.

Quanto ai contenuti dell’informazione, la tendenza è nel senso che essa deve comprendere tutti gli aspetti e le prevedibili implicazioni dell’attività

professionale, tanto in riferimento al momento dell'assunzione dell'incarico, quanto alla fase di attuazione del rapporto.

Così, si è ritenuto che “nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'obbligo di diligenza da osservare ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 1176, 2° comma, e 2236 c.c., impone all'avvocato di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostantive al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi”; e che “la prova del puntuale espletamento di tali incombenze, attenendo al corretto adempimento dell'obbligo professionale a carico dell'avvocato con diretto riferimento al dovere di informazione [*deve essere*] fornita dal professionista” (Cass., 30/7/2004, n. 14597); con ciò, aderendo al già segnalato indirizzo instaurato dalle Sezioni unite in tema di onere della prova (sent. 30/10/2001, n. 13533).

Ma, più recentemente, Cass., 18/4/2007, n. 9238, ha stabilito che ai fini dell'accertamento della responsabilità professionale dell'avvocato “incombe al cliente, il quale assume di aver subito un danno, l'onere di provare la difettosa od inadeguata prestazione professionale”.

Anche al notaio si impongono puntuali obblighi di informazione nei riguardi del cliente; con la conseguenza che “il mancato adempimento .... integra un elemento essenziale della sua prestazione professionale”, costituendo violazione delle obbligazioni derivanti dal contratto di prestazione d'opera professionale” (Cass., 11/1/2006, n. 264). Parimenti, si afferma che “tra gli obblighi accessori del notaio stipulante rientra l'attività di consulenza rispetto allo scopo tipico dell'atto, con la conseguenza che qualora oggetto della prestazione sia la cessione di un credito da appalto che il cedente vanta nei confronti di un ente pubblico (cessione che, diversamente da quella tipica prevista dagli artt. 1260 ss. c.c., comporta che l'adesione dell'amministrazione interessata è indispensabile per il perfezionamento della fattispecie), il notaio non può limitarsi a trattare solo i rapporti interni tra le parti, ma deve indicare loro la peculiare disciplina del negozio” (Cass., 22/6/2006, n. 14450).

Più complesso è l'*iter* seguito dalla giurisprudenza in tema di consenso ai trattamenti sanitari: dal “consenso tacito” (Cass., 26/3/1981, n. 1773) al “consenso informato”, secondo una parabola ascendente, sia –come già accennato– quanto al livello dei principi di riferimento, sia quanto all'estensione dei contenuti dell'informazione, che, secondo un indirizzo ormai assolutamente costante, deve verteere “sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili”, estendendosi “allo stato di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui il medico presta la sua attività”, nonché “ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative e alle varie fasi degli stessi che assumono una propria autonomia gestionale” (Cass., 30/7/2004, n. 14638). Spetterà poi al medico (o alla struttura

sanitaria) dimostrare in giudizio di aver esaurientemente informato il paziente (Cass., 23/5/2001, n. 7027).

Va notato che l'aver sganciato l'obbligo di informazione dal criterio della diligenza, per ricollegarlo direttamente ai principi costituzionali, consente di affermare la responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) indipendentemente dalle modalità di esecuzione della prestazione: "la correttezza o meno del trattamento, infatti, non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni"; con la conseguenza che "venendo in considerazione il peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente, rimane del tutto indifferente che la verifica di tale peggioramento sia dovuta ad un'esecuzione del trattamento corretta o scorretta" (Cass., 14/3/2006, n. 5444).

**6.** In conclusione, ci sono fondati motivi per ritenere che nell'ultimo decennio il quadro delle regole giurisprudenziali sulle quali tradizionalmente si fondava la responsabilità civile del professionista sia sostanzialmente mutato nella direzione di una più efficace tutela del cliente: dal depotenziamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, da sempre strumento di difesa processuale del prestatore d'opera intellettuale; alla definizione in termini probabilistici del nesso di causalità tra comportamento del professionista e danno subito dal cliente; all'obbligo di un'esauriente informazione da assolvere nei confronti di quest'ultimo.

Le nuove regole, forgiate ed attuate nel campo della responsabilità medica, che a ragione può definirsi il settore-pilota di questa evoluzione, stentano ad attecchire negli altri microsistemi. Se ne è avuto qualche significativa conferma nel corso dell'indagine: la menzionata distinzione continua a costituire la premessa di buona parte delle recenti pronunce della Cassazione (per non parlare della giurisprudenza di merito); e non solo in formale ossequio ad una radicata tradizione; l'onere della prova viene ancora assai frequentemente ripartito in disaccordo con i principi stabiliti dalle Sezioni unite; il nesso di causalità continua ad essere individuato con una variegata gamma di criteri, spesso non distinguendosi tra danno da inadempimento e pregiudizio della possibilità di un esito più favorevole della prestazione: si ricorda, per mera esemplificazione, che anche recentemente si è ritenuto che "l'affermazione di responsabilità di un legale implica l'indagine sul sicuro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta o diligentemente coltivata, e perciò la 'certezza morale' che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati vantaggiosi per il cliente" (Cass., 18/4/2007, n. 9238). Con buona pace delle "differenti dimensioni di analisi" della causalità delineate dalla stessa Sezione III.

---

E tuttavia, il livello delle argomentazioni formulate a sostegno dei nuovi indirizzi, unito all'autorevolezza delle conferme giunte dalle Sezioni unite, fanno ritenere che si sia ormai superato il punto di non ritorno.



## CALIDAD EN LEGISLACION: “LO BUENO, SI BREVE DOS VECES BUENO”<sup>1</sup>

Quality in Legislation: “Brevity is the soul of wit”

*Antonio A. Martino\**

*Pericles* “nosotros atenienses sabemos dar prueba de gran audacia, pero pasamos a la acción solo después de profundas reflexiones. En otros pueblos la audacia es fruto de la ignorancia, pues cuando reflexionan, caen en indecisiones.”  
*Tucidides, Crónica de la guerra del Peloponeso.*

### SUMARIO:

1. La elegancia, propiedad de los sistemas formales. 2. Legislar dando reglas de hacer. 3. Reglas de legislación para la calidad. 4. La esencialidad de las reglas de hacer. 5. Ventajas de la brevedad. 6. En defensa del sentido común. 7. Una propuesta del sentido común.

### 1. LA ELEGANCIA, PROPIEDAD DE LOS SISTEMAS FORMALES

La eficiencia de una normación puede medirse por su acatamiento (eficacia) pero este es un tema necesariamente a posteriori y enormemente contextual. Efectivamente depende del contexto pero también del tiempo en el cual se realice. Esta es la parte estrictamente empírica de la ciencia de la legislación, obviamente imprescindible, como en toda ciencia social. La institución es una regla social que se cumple.

Sin embargo, antes de poder medir la eficacia de una norma, existen métodos para determinar “a priori” si no se han cometido errores de tipo sintáctico o lógico en la redacción. Y esto tiene que ver con la calidad de la legislación. Uno de ellos es la elegancia o brevedad.

---

<sup>1</sup> La expresión “lo bueno, si breve, dos veces bueno” corresponde a Baltasar Gracian, autor español del Siglo XVII. *El criticón*, Zaragoza, 1651.

\* Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Sociedad Científica Argentina. Profesor de Ciencias Políticas, de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Pisa. Representante de la Universidad de Pisa en Argentina. Director Científico de la Escuela de Altos Estudios para el Mercosur, Montevideo, 2005. E-mail:martino@dsp.unipi.it

Uno de los criterios fundamentales que rigen en las ciencias formales es la noción de economía. Se dice que un sistema formal es económico cuando no contiene redundancias. A esta propiedad se la conoce también con el nombre de “elegancia”.

La economía tiene enormes ventajas, desde la esencialidad hasta la mejor comprensión, para no desdeñar el alejamiento de tentaciones de contradictoriedad. Dado que los sistemas formales son sintácticos, ambas propiedades –la economía y la coherencia– son perfectamente distinguibles y separadas, sin embargo, pueden ser conexas y de hecho lo son en sistemas interpretados (semánticos y pragmáticos). Quien mejor se ha ocupado de este tema, Robert Blanché<sup>2</sup>, distingue entre 1. consistencia, esto es la no-contradicción; 2. integridad o completitud, esto es la no-existencia de lagunas, 3. la decidibilidad, esto es la posibilidad de obtener siempre una respuesta dentro del sistema axiomático y 4. la independencia de los axiomas y su consecuencia: la economía del sistema. En palabras del autor, “se exige a menudo también que los diversos postulados de un mismo sistema sean independientes unos de los otros, es decir, tales que una modificación aportada a un de ellos no convierta el sistema en contradictorio. Para asegurarse la independencia de un axioma se le pone a prueba modificándolo sin tocar a los otros y sacando las consecuencias del nuevo sistema: si este permanece consistente, se establece la consistencia del postulado. Si sucede al contrario que surja una contradicción, y si además, como es el caso más usual, la modificación aportada al postulado consistió en reemplazarlo por su negación, entonces el resultado obtenido no es puramente negativo, porque la cadena de proposiciones que se ha establecido así da del postulado primitivo una demostración por el absurdo (...) La independencia de los postulados de un mismo sistema no es lógicamente indispensable para su validez. Solamente si esta condición no se satisface, hay una superabundancia de proposiciones primeras y se juzga ordinariamente preferible en un diseño de economía, reducir su número al mínimo... estas consideraciones que tienen un carácter más estético, juegan no obstante un gran papel en la contracción de las axiomáticas. El ideal de éstas, como el de toda teoría deductiva en general, ¿no es en efecto reducir lo más posible el número de los términos primeros y de las proposiciones primeras?”<sup>3</sup>

Un orden legislativo es un sistema axiomático en el cual los postulados son las normas y las consecuencias son todas las soluciones que el sistema legislativo da para todos los casos reales o hipotéticos que se puedan plantear.

La primera condición del orden legislativo, como sistema axiomático, es justamente la de no-contradicción, pues si se verificase cualquier solución posible podría obtenerse del sistema. De hecho la existencia del principio “*lex posterior derogat prior*” no significa que toda ley posterior deroga a todas las anteriores,

<sup>2</sup> *L’Axiomatique*, Presses Universitaires de France, 2° ed. Paris, 1959.

<sup>3</sup> *Ibidem*, De la traducción española de Federico Osorio Altuzar, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, págs. 40 y 41



sino que deroga a aquella parte del sistema, esto es a aquella parte de las normas anteriores que hacen nacer una solución legislativa que es incompatible con las soluciones legislativas que emanan de la nueva norma.<sup>4</sup>

Además de coherencia, los sistemas legislativos, como todos los sistemas axiomáticos o deductivos, tratan de respetar la condición de la decidibilidad y la de la completitud a punto tal que existen normas de segundo nivel llamadas normas de clausura para cerrar los sistemas<sup>5</sup>.

La independencia de los axiomas y su consecuencia, la economía del sistema, es tal vez la menos conocida de las propiedades de los sistemas axiomáticos, pero no por eso la menos importante. Sobre todo es clara la relación que tiene la independencia de los postulados con la demostración por el absurdo: el fracaso de una revierte el éxito de la otra, así como tratando vanamente de demostrar por absurdo el postulado de las paralelas en Euclides, se llegaron a construir las primeras geometrías no-euclidianas, justamente por la independencia del postulado<sup>6</sup>.

Los sistemas jurídicos son sistemas de normas en los cuales la función de la independencia de las normas garantizaría que no hubiese repeticiones inútiles y posibles contradicciones. Pero normalmente no es visto el sistema jurídico como un sistema formal y, en general, el creador de una norma está pensando en la norma que crea, casi como una variable independiente, en vez de pensar que lo que está haciendo es modificar el orden jurídico en vigor.

Recientemente se ha publicado<sup>7</sup> un interesante libro cuyo título suena en castellano “zanahorias, palos y sermones”. En este trabajo los autores circunscriben la investigación a los instrumentos de *policy* que promueven modificaciones en el comportamiento de los ciudadanos y las organizaciones dejando de lado aquellos instrumentos que operan transformaciones en la administración públi-

---

<sup>4</sup> Si las normas son vistas como condicionales que en el antecedente establecen condiciones, generalmente de hecho y en el consecuente la modalización deóntica (permitido, prohibido, obligatorio) de una acción humana posible, llamase solución legislativa a esta segunda parte de la norma que puede ser una modalización deóntica de una acción humana o la sanción que se aplica por no haber actuado el permiso, la prohibición o la obligatoriedad.

<sup>5</sup> En el derecho privado el principio “todo lo que no está prohibido está permitido” es una típica regla de clausura de tal manera que todo lo que el legislador no previó, queda permitido. En el derecho público administrativo la regla de clausura es prácticamente la contraria: “para el órgano administrativo todo aquello que no está expresamente facultado o permitido está prohibido”.

<sup>6</sup> Es conocido el hecho que el postulado 12 de Euclides por el cual por un punto exterior a una recta pasa una sola perpendicular provocaba la consecuencia del teorema 29, si los puntos son dos, las perpendiculares son entre sí paralelas. Ya Gerolamo Saccheri en el medioevo había tratado de falsificar el enunciado 12 sustituyéndolo por otro y las conclusiones obtenidas le parecieron absurdas, pero la insistencia de otros estudiosos llevó a Lobachenski a aceptar un sistema geométrico con un postulado 12 prácticamente contrario al de Euclides, por un punto exterior a una recta pasan infinitas perpendiculares. Nació así la geometría no euclídea. Del mismo modo, pero en forma deliberada procedió Hilbert para establecer la independencia del postulado de Arquímedes.

ca. Quitando el recurso de la organización, los instrumentos se reducen a tres categorías en razón del tipo de recurso que usan: las reglas, los medios económicos y la información.

Los instrumentos regulatorios (*sticks* o sea el bastón) son usados para definir acciones permitidas o para limitar aquellas actividades que se consideran dañinas. Las reglas suponen siempre un cierto grado de coerción, la naturaleza es autoritativa. Las razones que tienden a impulsar el recurso a este medio es la convicción por la cual las reglas presenten un grado alto de precisión y eficacia y que no tengan costos. La investigación empírica demuestra que no es así.

La mayor parte de los sistemas normativos son desconocidos aún para el especialista pues, al no saber cuáles son las normas derogadas, no llega a hacer la sustracción de todas las normas derogadas a todas las normas creadas para obtener el sub conjunto de las normas en vigor. Y esto acaece porque las normas no sólo son derogadas explícitamente sino también implícitamente.<sup>8</sup>

El hecho de desconocer el derecho en vigor por contaminación legislativa torna al legislador un ciego que apalea el premio; puede pegarle, pero es raro.

Sobre la imprecisión de la legislación la bibliografía es interminable. Y esto es mala calidad de la legislación. La mala calidad legislativa lleva a que la ley sea prácticamente una desconocida.

Las soluciones posibles comienzan siempre con un inventario de las normas existentes para saber cuáles están en vigor y cuáles no, llámese textos únicos, consolidación o Digesto.

## 2. LEGISLAR DANDO REGLAS DE HACER

Cuando Dios dudó de su pueblo le envió las leyes a través de Moisés.

Legislar es siempre un hecho excepcional porque limita, coarta inclusive al que hace la ley, si es tan coherente como para someterse a ella.

Siendo un acto tan excepcional hay mucha literatura sobre “cómo legislar”. La primera paradoja aparece en el hecho que “decir cómo se debe legislar” no es un decir cualquiera, ni siquiera es “hablar acerca de”. Se parece mucho más a los actos que J. Austin<sup>9</sup> llama *performativos* ya que dar reglas sobre cómo legislar es legislar acerca de la legislación.

---

<sup>7</sup> Bemelmans-Videc, Ray C. Ryst y Evert Vedung *Carrots, Sticks & Sermon. Policy Instruments and Their Evaluation*, New Jersey, Transaction Publishers, 1998.

<sup>8</sup> A. Martino La contaminación legislativa en Anuario de sociología y psicología jurídicas, Barcelona, Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona, 1977, P. 47/63.

<sup>9</sup> Haciendo cosas con palabras

Desde antiguo hubo tratados y manuales sobre legislación. Jeremías Bentham, llamó *Nomography* a un ensayo sobre el arte de escribir las leyes<sup>10</sup>. *Nomografía* *Nomografia* viene del sustantivo griego *nomos* (Ley) y el verbo *grafein* (escribir): Escribir la ley. En definitiva podría pensarse en legislación, pero en Bentham el término se refiere no a la legislación sino al arte (o la técnica o la ciencia) de la legislación, de la normación. Bentham usa también la palabra *nomologia* (*Nomology*)<sup>11</sup>.

Un método completo de legislación lo constituye la codificación. Nada mejor a este propósito que los *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*<sup>12</sup> o los relativos al Código Civil alemán (BGB)<sup>13</sup>

Después de la segunda guerra mundial el tema es el de la *contaminación legislativa*<sup>14</sup>, esto es, el crecimiento desproporcionado de la legislación y la imposibilidad de eliminar la basura que en materia legislativa es la legislación derogada, sobretodo por la derogación implícita. No pudiéndose determinar cuáles son los enunciados normativos derogados no se puede saber cuál es el orden jurídico en vigor. Esto se verifica en las dos grandes culturas jurídicas importantes: en la anglo-americana del *common law* y en la europecontinental y, en ambas, se trata de poner remedio. En la primera con su tradición de Comisión para la redacción de las leyes que, entre 1973 y 1975, produce un estudio conocido con el nombre del titular de la Comisión nombrada por el gobierno inglés bajo dictado de la Cámara de los Comunes: el Renton Report, que lleva el título de *La preparación de las leyes*<sup>15</sup>. En la cultura alemana del derecho europeo continental fue consolidándose una disciplina que podemos denominar *ciencia de la legislación*, en alemán *Leher von der Gesetzestchnik* o *Rechtsstzungschnik* dentro de la *Rechtssetzungswissenschaft*.

Hasta los inquisidores han tenido su manual: Nicalau Eymerich, famoso inquisidor ha dejado un manual preciso de métodos y procedimientos inquisitivos.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> *Nomography, or the Art of Inditing Laws*, en John Browring (ed) *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburg, William Tait, vol III, 1843, pp. 231-238.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 325. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, París, PUF 1978, usa "normologie".

<sup>12</sup> París, 1936.

<sup>13</sup> Kindermann, H. *Ministerielle Richtlinien der Gesetzestchnik*, Berlin, 1979

<sup>14</sup> A. A. Martino, "La contaminación legislativa se produce, como la ambiental, frente a un crecimiento incontrolado de la legislación y la imposibilidad de eliminar las escorias (normas abrogadas)". *La contaminación legislativa*, Revista de Sociología y Psicología jurídicas, Barcelona, 1977

<sup>15</sup> Renton Report, *The Preparation of Legislation*, 1975, London

<sup>16</sup> En su versión italiana "Come interrogare l'accusato Il tale, residente a..., essendo stato denunciato e avendo prestato giuramento sul libro dei quattro vangeli, che toccava di sua mano, di dire tutta la verità tanto su di sé quanto sugli altri, è stato interrogato come segue. L'inquisitore interrogherà l'accusato sul suo luogo di nascita e sul suo luogo d'origine. Sui suoi genitori (sono vivi? deceduti?). Gli chiederà dove è stato allevato, e da chi, e dove ha vissuto. Si preoccuperà dei suoi cambi di domicilio: ha lasciato i luoghi della 'sua infanzia? Si è recato in contrade infestate

A veces los legisladores se olvidan que están legislando y confunden el *normar* con el *justificar*. Un caso curioso se dio durante el régimen nacional socialista en Alemania. Al parecer una dictadura totalitaria está en óptimas condiciones para crear las leyes que se le ocurren justamente porque no hay oposición o control de los medios de comunicación, sin embargo, en la Ley para la Defensa del Estado en situación de Emergencia, “Las medidas tomadas el 30 de junio<sup>17</sup> y los días 1 y 2 de julio para la represión de ataques traiciones al estado y de alta traición son legítimas, como defensa del estado en situaciones de emergencia” más que una normación es una justificación de un hecho cuyo resultado jurídico, político y moral no puede cambiar aunque el gobernante se esfuerce en hacerlo entrar “a posteriori” en el orden jurídico.

Siendo un hecho tan excepcional e importante, ¿por dónde comenzar?

Probablemente lo mejor sea ir a ver dónde y cómo se origina la legislación, esto es, dónde comienzan las demandas sociales que provocan la “necesidad de legislar”. Allí comienza un largo camino que termina en la redacción de la norma. Y aquí se abre otro inmenso campo: el relativo al estilo legislativo.

Siempre “legislar” es partir de alguna urgencia para resolver un tema social y sobre el cual no se ve ninguna solución legal hasta el momento. Esto se denomina una “necesidad social” y consta de dos partes: la primera es que son datos de hecho y la segunda el mapa del derecho en vigor<sup>18</sup>.

---

dall'eresia, e perché? A seconda delle risposte, l'inquisitore orienterà le sue domande in modo da aver l'aria di arrivare con naturalezza a//a domanda. Gli chiederà se ha mai sentito parlare in questo o quel luogo della tale questione (quella per cui è accusato, *senza saper/o*); per esempio, ha forse sentito parlare della povertà di Cristo, o degli apostoli, o della visione beatifica?

Se dice di sì, l'inquisitore lo incalzerà di domande e le risposte saranno annotate; gli chiederà se ne ha parlato lui stesso, quale è il suo parere sulla questione. Così, l'inquisitore' avveduto (*Orudens inquisitor*) si avvicina sempre più alla questione fondamentale dell'accusa, per raggiungere la verità. Terminata la confessione, si data l'atto". A cura di Louis Sala-Molins introduzione di Valerio Evangelisti, Fanucci Editori, 2000.

<sup>17</sup> La noche de los cuchillos largos donde fueron eliminados más de 100 hombres de la S.A. antecesora de la SS. Ian Kershaw, Hitler 1889-1936. Península Biblos, 7a. edición, Barcelona 2000, p. 508.

<sup>18</sup> Un escritor de excepción, Mario Vargas Llosa, presenta así al mejor redactor de leyes de régimen de Trujillo “Muy joven, fue con Agustín Cabral el principal redactor de la Constitución que hizo dar Trujillo en los inicios de la Era, y de todas las enmiendas hechas desde entonces al texto constitucional. Había redactado, también, las principales leyes orgánicas y ordinarias, y sido ponente de casi todas las decisiones legales adoptadas por el Congreso para legitimar las necesidades del régimen. Nadie como él para dar, en discursos parlamentarios preñados de latinajos y de citas -a menudo en francés-, apariencia de fuerza jurídica a las más arbitrarias decisiones del Ejecutivo, o para rebatir, con demoledora lógica, toda propuesta que Trujillo desaprobaba. Su mente, organizada como un código, inmediatamente encontraba una argumentación técnica para dar visos de legalidad a cualquier decisión de Trujillo, ya fuera un fallo de la Cámara de Cuentas, de la Corte Suprema o una ley del Congreso. Buena parte de la telaraña legal de la Era había sido tejida por la endiablada habilidad de ese gran rábula (así lo llamó una vez, delante de Trujillo, el senador Agustín Cabral, su amigo y enemigo entrañable dentro del círculo de favoritos).” **La fiesta del chivo**,

### 3. REGLAS DE LEGISLACIÓN PARA LA CALIDAD

A la ya abundante literatura del pasado, al fin de mejorar la redacción de las leyes, se está agregando últimamente una altamente especializada en Manuales de redacción de normas.<sup>19</sup> En algunos casos éstos provienen de la recolección de reglas que se han usado en el pasado y, en el mundo anglosajón, son predominantemente de tipo lingüístico.

“La formulación de las normas jurídicas debe ser concisa y simple, y en cuanto posible en forma activa. Es necesario evitar toda palabra superflua”. Así comienzan las directivas para la redacción de las normas jurídicas austríacas.<sup>20</sup>

Luego de haberse probado con muchas “reglas de formulación” la forma más ordenada de contener los consejos sobre cómo redactar normas jurídicas comienza a ser formulados en manuales.

Entre los Manuales más difundidos, el canadiense de 1998, el italiano de este año y el argentino también publicado este año<sup>21</sup> se pueden relevar estas diferencias. En el canadiense no hay indicaciones expresas sobre la brevedad de la legislación si bien puede ser inferido de todo el discurso sobre el estilo. En las directivas italianas se expresa “b) Ogni precetto normativo contenuto nell’atto è formulato evitando qualsiasi ambiguità semantica e sintattica e rispettando, per quanto possibile, sia il principio della semplicità che quello della precisione”. Esto recomienda expresamente quitar la ambigüedad sintáctica y semántica y la simplicidad, en la medida de lo posible.<sup>22</sup> La directiva se refiere explícitamente a la *brevedad* imponiendo que el período no contenga incisos complejos que hagan difícil la lectura y la comprensión general del texto. Antes que recurrir a incisos abigarrados –dice la reglamentación– es preferible interrumpir el período y recomenzar la frase.

Es discutible si esta técnica lleva realmente a la brevedad, pero de lo que se puede estar seguro es que por lo menos lleva a la claridad y, por lo menos, la noción de brevedad es recuperada en las reglas.

En el Manual del *Digesto Argentino* se expresa “Las frases deben ser breves y simples. Se debe reducir a lo estrictamente necesario el número de *enunciados* contenidos en una frase”. Se pide brevedad y simpleza a cada enunciado y la reducción de los enunciados a los estrictamente necesarios. Está en pleno vigor la idea de la parquedad y de la independencia de los enunciados, esto es: breves, simples e indispensables. En otras palabras, no cometer redundancias. Obviamente la no-redundancia no es sólo con respecto a un proyecto de ley en sí mis-

<sup>19</sup> R. Pagano (ed) Normative europee sulla tecnica legislative, Camera dei Deputati, Roma, 1988.

<sup>20</sup> Richtlinien für die Gestaltung von Rechtsvorschriften (Legistische Richtlinien), Wien, 1979

<sup>21</sup> Manuel de Legistique du Minister de la Justice, 1999; Camera dei Deputati e dei Senatori, aprile 2001; Ministerio de Justicia y Colegio Publico de Abogados de la Capital Federal, 2001.

<sup>22</sup> Guida alla redazione dei testi normativi, Circolare 2-V-2001 n 1/1.1.26/10888/9.92 publicado en la Gazzetta ufficiale el 3 de mayo del 2001.

mo, sino en cuanto destinado a un ordenamiento que –se espera y esa es la función del Digesto – que no contenga redundancias.

Para reforzar esta idea de lo excepcional de la intervención legislativa y la vocación del Manual argentino a la absoluta brevedad, este modelo contiene también una *check list* que comienza con esta pregunta:

El objetivo que se quiere alcanzar, ¿necesariamente tiene que hacerse por ley (o decreto)?

Esto es, la consagración de la legislación que debe ser justificada, contrariamente a lo que se pensaba hasta ahora, una nueva ley no es un logro o un beneficio sino que es un agravio que se justifica sólo si es absolutamente indispensable.<sup>23</sup>

#### 4. LA ESENCIALIDAD DE LAS REGLAS DE HACER

“Es una condición –dice von Wright<sup>24</sup>– necesaria para la existencia de un mandato de una autoridad a un sujeto para que haga o se abstenga de una determinada cosa, es que el sujeto del mandato *pueda hacer* esa clase de cosa. Entre las condiciones del “poder hacer”, agrego, está la de entender qué establece el mandato para poder obedecerlo.”

Repárese en el hecho que hoy, dado que compramos muchos aparatos electrónicos, tratar de leer el manual de instrucciones es una empresa prácticamente imposible pues se trata de tantas y tantas reglas para solucionar problemas que no llegamos siquiera a entender los problemas.<sup>25</sup> De allí que tengan tanto éxito las reglas breves que no ocupan más que una página en la cual está lo esencial.

Montesquieu<sup>26</sup> indica que el estilo de las leyes “debe ser conciso. Las Leyes de las doce tablas son un dechado de precisión: los niños las aprendían de memoria. Las de Justiniano eran difusas, por lo que fue necesario compendiarlas. Además de lacónico, el estilo de las leyes debe ser sencillo; la expresión directa se comprende mejor que la figurada. Las leyes del Bajo Imperio carecen de majestad: el príncipe se expresa en ellas como un retórico. Si es hinchado el estilo de las leyes, parecen éstas una obra de ostentación.... Las leyes no deben ser sutiles; se hacen para gente de entendimiento mediano; han de estar al alcance de la razón vulgar de un padre de familia... Cuando en una ley no son indispensables las excepciones, las limitaciones y las modificaciones, más vale no ponerlas. Tales detalles conducen a más detalles. No conviene introducir modificaciones en

<sup>23</sup> Esta recomendación para redactar las leyes ha sido inspirada en las recomendaciones emitidas por la OCDE en marzo de 1995.

<sup>24</sup> G.H. von Wright, *Norm and Action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, N. York, The Humanities Press, 1966, p. 122

<sup>25</sup> En un inolvidable viaje Pisa-Roma, durante una huelga de transportes en Italia, viajando con el ingeniero Trumphy, que había alquilado un auto en Milan y paso a recogerme a Pisa, recién en Grosseto (la mitad del camino) pudimos entender como diablos se activaba la calefacción.

<sup>26</sup> *L'espirit de lois*, 1748, Libro XXIX capítulo XVI “Cosas que deben ser observadas en la composición de las leyes”

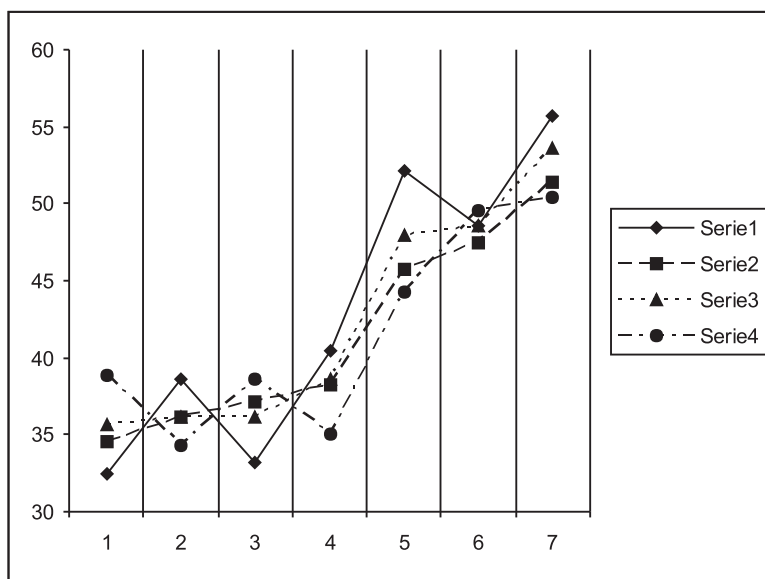
ninguna ley sin razón suficiente. Como las leyes inútiles quitan fuerza a las necesarias, las que pueden eludirse se la quitan a la legislación”

El estilo lacónico conviene a la ley porque es más eficaz, resulta natural para las órdenes de hacer y, sobre todo, cumple la propiedad de la no-redundancia. Evidentemente Montesquieu no conocía los tratados de lógica, pero llegaba perfectamente a esta conclusión por otro camino: el del “arte de dar reglas de hacer” y su observación “las leyes inútiles quitan fuerza a las necesarias”, tienen el sostén sintáctico de la no-redundancia y el pragmático de la experiencia en el mando. Lo refuerza con el pedido de sencillez, forma directa y comprensión media.

Sin confundir los discursos políticos y los jurídicos es interesante notar que los políticos –en general– saben cómo expresarse según los contextos en los cuales se encuentren. Generalmente se sostiene que los lenguajes políticos son ambiguos y vacíos de contenido sin especificarse en qué contextos son enunciados.

Los políticos italianos son tachados de fumosos\* o de que hablan a propósito en forma incomprensible. A raíz de ello hice una investigación sobre todos los discursos de los tres políticos más importantes entre 1982 y 1944, De Mita, Berlinguer y Craxi<sup>27</sup> dividiéndolos en contextos<sup>28</sup>.

**Figura 1. Coeficiente de legibilidad de los políticos en los contextos:**



\* Expresión que en italiano significa confuso, poco claro, que no tiene orden (nota O.S.)

<sup>27</sup> Respectivamente secretarios de los partidos Democrazia Cristiana, Comunista y Socialista

<sup>28</sup> A.A. Martino, G. Bianucci, *Quand les hommes politiques parlent de politique: remarques sur une enquete a l'aide de l'ordinateur* “Revue de la recherche juridique droit prospectif” 1986 – 2 Marseille, Presses Universitaires, 1986 - n.2, p. 263/309.

Apliqué la fórmula de Flesch para la comprensibilidad. Aparece con claridad que las diferencias entre los tres políticos son mínimas comparadas con las diferencias entre contextos: cuando hablan en el comité central del partido, la comprensibilidad está alrededor del 30%, cuando hablan por televisión o a la prensa, la comprensibilidad sube hasta el 65 %. En esta misma investigación, utilicé un diccionario realizado por Tulio de Mauro que contiene los 6000 vocablos que, según el autor, comprenden los italianos que han cursado el ciclo obligatorio de instrucción. Los resultados, si bien menos vistosos, confirmaron el test anterior con diferencias entre el uso del 60 % de vocablos del diccionario para los discursos en Parlamento hasta el 83 % en declaraciones por TV.

**Tab 1**  
**Coefficiente de legibilidad según Flesch**

	<b>DeMira</b>	<b>Berlinguer</b>	<b>Craxi</b>	<b>Media</b>
Int Stampa	60.90	56.11	54.27	57.39
Conf. St. TV	51.37	50.77	53.13	51.77
Appello TV	56,57	48,48	46,86	50,64
Congresso	43,92	39,38	35,50	39,60
Parlamento	33,60	37,92	39,77	37,10
C.n/c.n	39,52	37,20	34,51	37,07
Comizio	32,29	34,70	39,91	35,63
Media	45,45	43,50	43,42	

El profesor De Mauro ha realizado una interesante experiencia: ha creado una colección de libros donde se puede escribir sólo con el léxico limitado del diccionario antes indicado. No sería mala idea traspasarla sobre la legislación.<sup>29</sup>

En el Renton Report<sup>30</sup> se puede leer “La Statute Law Society critica el lenguaje de las leyes en cuanto “leguleyo, a menudo oscuro y lleno de circunlocucio-

<sup>29</sup> Manzoni, en i Promessi Sposi, pone en boca de Renzo las quejas del pueblo contra el hablar en latín de los abogados y notarios para no hacerse entender.

<sup>30</sup> Relación de la Comisión nombrada por el Lord Presidente del Consejo Privado, presidida por Sir David Renton, 1974, **The Preparation of Legislation**



nes, y que requiere un cierto tipo de experiencia para poder entender el significado. Las frases son largas, involutas, la gramática es oscura y abundan los arcaísmos, palabras y frases sin sentido desde el punto de vista jurídico, un idioma retorcido y un amor excesivo a las dobles negaciones y el presente singular” como ejemplo de contorsión cita la nota de la parte II del Agregado 1 del National Insurance Act de 1946 : “a los fines de esta parte del agregado un sujeto que haya superado la edad de la jubilación, no siendo un asegurado, será tratado como una persona dependiente si, dado que si estuviese por debajo de la edad de jubilación, sería un sujeto asegurado y, siendo un asegurado, sería una persona dependiente.”

Un ejemplo más actual y más cotidiano es el del mensaje que existe en todos los medios de transporte público en Italia “obliterare i biglietti”. La expresión “obliterar” es desconocida para la mayor parte de los italianos y no aparece en los diccionarios corrientes. Sólo en un Vocabulario Etimológico<sup>31</sup> se encuentra obliterare, compuesto del latín *ob* arriba o sobre y *littera*, carta en el sentido de escritura; esto es anular o abolir; o si proviene del *litus*, participio pasado de *linere*, ungir o manchar. El gusto por lo arcaico torna incomprensible la obligación para los italianos. ¡Imaginemos para los extranjeros que visitan Italia!<sup>32</sup>

Colmo<sup>33</sup> hace una crítica puntual al Código Civil argentino redactado por Vélez Sarfield, en el art. 2422 “la acción de despojo dura sólo un año” hace notar que el adverbio “sólo” está de más.

En las Reglas de redacción legislativa<sup>34</sup> se expresa que “la complejidad del asunto no puede servir de excusa para la complicación de la ley”.

Un texto de extraordinaria importancia es la recomendación de la OCDE para mejorar la calidad de las intervenciones normativas del gobierno.<sup>35</sup> Establece un decálogo para la legislación que comienza con tres observaciones extraordinariamente importantes: 1. ¿El problema ha sido definido correctamente? 2. ¿La acción del gobierno es justificada? 3. ¿La intervención normativa es la mejor forma de la acción de gobierno?

La falta clara de definición del problema torna inútil la búsqueda de la solución. Nunca dar por sentado que hemos visto con claridad el problema pues la

---

<sup>31</sup> Ottorino Pianigiani, Fratelli melita Editori, 3°. Ed. Genova, 1990, p. 924. En español en el **Diccionario Etimológico abreviado** de Fernando Corripio, Bruguera, Barcelona, 1976 a p 197, se reconoce que si bien la Real Academia reconoce la acepción de obstruir un cuerpo o cavidad, también se emplea para “timbrar e inutilizar los sellos de las cartas del correo.

<sup>32</sup> De hecho, los guardas de trenes tienen aplican la norma con enorme flexibilidad, generalmente no cobrando la multa que implica el hecho de no haber sellado (esta es la palabra llana que traduce la acción de las selladoras automáticas cuando se introduce el billete).

<sup>33</sup> A. Colmo, **Técnica legislativa**, Abeledo Pierrrot, Buenos Aires, 1927, p 302

<sup>34</sup> R. Bergeron, Ministerio de Justicia Ucraniano, 1999, p. 33

<sup>35</sup> Consejo de la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico, 9 de marzo de 1995.

historia de la ciencia (para no decir la historia del hombre) es la constante falsificación de los puntos de partida anteriores.<sup>36</sup>

Sobre la segunda pregunta pesan las ideologías. Existen escuelas de pensamiento que sostienen un mínimo intervencionismo estatal<sup>37</sup> y otras que abogan por una mayor intervención, sin embargo la recomendación de la OCDE –creo– debe ser entendida independientemente de esta diatriba. En cada una de las posiciones ideológicas como concepción de la acción del gobierno, cabe aún preguntar si esa acción –la ley que se está proyectando– es justificada. Y una vez aceptado que sí, que es justificada la acción del gobierno, en ese caso la mejor solución es necesariamente la intervención normativa<sup>38</sup>.

No hay redundancia en la sucesión de preguntas, sino una obstinación hacia lo que se conoce ya como opción “cero” de la legislación: siendo excepcional la intervención normativa debe ser justificada<sup>39</sup>.

## 5. VENTAJAS DE LA BREVEDAD

Las ventajas de la brevedad son muchas pero nadie pretende que sea un “arregla todo”. Es más, existen muchos modos de no respetar la excepcionalidad de la legislación. Si se revisa la legislación francesa se encontrará un número sumamente reducido de leyes, pero si la noción de “legislación nacional” se extiende también a decretos, reglamentos y ordenanzas, se percibe claramente el juego de transferir a éstos el peso y el abigarramiento que en otras realidades legislativas ya golpea en el ámbito de la legislación.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Nada mejor como ejemplo que la historia del descubrimiento de la presión atmosférica hecho y medido por Alessandro Torricelli, discípulo de Galileo Galilei y profesor de la Universidad de Pisa: Desde Aristóteles se sostenía que la Naturaleza tenía horror a vacío (*horror vacqui*) de aquí que siempre tratara de llenar los vacíos, aun introduciendo un fino canno en el agua esta subía contra la ley de gravedad por él superando el nivel del agua exterior. ¿*Horror vacqui*? No, simplemente presión atmosférica sobre el agua exterior, medible con un tubo de mercurio llamado barómetro. Nunca se habría inventado el instrumento si no se hubiese percibido correctamente el problema.

<sup>37</sup> Friedrich A. Hayek, *Law, legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley, 1973

<sup>38</sup> Era necesario dictar una ley en Italia, la n° 310 de 1988 para autorizar la reparación de una grúa descompuesta en el puerto de Ancona ? o incorporar en el art. 10 de la ley n° 509 del 6 de diciembre de 1993 se le cambia el nombre al banco naciol de prueba de Gardone Val Trompia. Ver M. Ainis, *La legge oscura*, Laterza, Roma- Bari, 1997, p. 17

<sup>39</sup> Vale la pena recordar que en el Libro I, capítulo I de *L'esprit des lois*, Montesquieu afirma: “Des êtres intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont fait, mais il en ont aussi qu'ils n'ont pas faites”.

<sup>40</sup> Siguiendo los criterios indicados por Rodolfo Pagano, mientras que Francia no supera las 7000 leyes Italia alcanza las 34000. En compensación, gran parte de la normativa contenida en las leyes italianas aparece en los decretos, reglamentos y ordenanzas franceses.

Un modo sumamente *ingenioso* de reducir el número de artículos de una ley consiste en hacer pocos artículos que contengan una vergonzosa avalancha de incisos como la ley italiana n° 549 del 28 de diciembre de 1995 que, con el significativo título “Medidas de racionalización de las finanzas publicas”, contiene simplemente tres artículos, solo que el primero de ellos contiene noventa incisos divididos a su vez en letras y hasta en números y el tercero posee 244 incisos. Se puede argumentar que la explicación es una razón de tipo político reglamentario, dado que en el Parlamento italiano luego de la aprobación en general, deben ser aprobados cada uno de los artículos; si estos son pocos, pocas son las votaciones. Esto podría explicar que la ley n° 662 del 1996 haya consistido siempre en el bíblico número de tres artículos pero el primero de 267 incisos y los otros dos no inferiores a doscientos.

A principios del siglo pasado, antes del magnífico Code Civil, un poeta italiano, Ugo Foscolo, agregado como capitán en el ejército cisalpino escribía que “el grupo de trabajo del código penal deberá compilar toda la obra en un estilo rápido, preciso y conciso, que no deje pretextos a la interpretación de las palabras, observando que muchos jurisconsultos gastaron demasiado tiempo y tantos tomos para interpretar leyes escritas confusamente. Se respetará entonces una religiosa exactitud del idioma italiano”.

Si tomáramos hoy los consejos, nos resultarían sumamente útiles pues de eso se trata: de escribir las leyes en forma clara, precisa y sucinta respetando el idioma natural en el cual será elida por legos y profanos.

La Región Toscana ha seguido el ejemplo del vate, por lo menos en sus reglas<sup>41</sup>, las cuales comienzan diciendo “La ley debe ser formulada según las reglas del correcto escribir en italiano”.

El primer peligro que debe erradicarse es el de considerar, so pretexto de mejor redacción, que hay una suerte de mejor conocimiento de la voluntad política del redactor legal que del político mismo. La voluntad política debe ser pensada, querida y actuada por los políticos y toda injerencia bajo cualquier pretexto es inadmisibles y antidemocrática. Cualquier cosa piense el redactor sobre el contenido de la ley. Su profesionalismo lo debe obligar a ponerlo entre paréntesis y limitarse exclusivamente a la mejor forma de la ley.

No es necesario agregar, como lo hacen casi todas las prohibiciones francesas, el “*absolutamente*” a la expresión “prohibido” ni el “*severamente*” a “penado”. Se puede decir que son refuerzos, pero ello debería pertenecer al mundo de la argumentación –el que van a usar los abogados para convencer–, no al mundo de la legislación que establece *super partes* el régimen jurídico de un instituto.

En la redacción de la ley son peligrosos los circunloquios. Como bien dice Rafael Bielsa<sup>42</sup> “las oraciones deben ser breves y directas”. Expresiones como

<sup>41</sup> Suggerimenti per la redzione di testi normativi, Junta Regional de la Toscana, 5 de noviembre de 1984.

<sup>42</sup> *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires, Depalma, 1961, p 3 y nota 5.

“por lo tanto”, “toda vez que” y similares pertenecen al razonamiento (jurídico) no a la legislación.

El lenguaje legislativo puede ser dividido en tres tipos de términos: los técnicos jurídicos, los técnicos de otras disciplinas, los del lenguaje común. Los términos técnicos jurídicos y políticos son aquellos que para tener significado necesitan presuponer una teoría jurídica y una política.<sup>43</sup> La expresión “hipoteca” tiene un sentido primariamente jurídico y cualquier otro uso es extensivo de éste, así como “dictadura” es primariamente político.<sup>44</sup>

La definición en materia jurídica ha tenido mala prensa (in juris civilis omnia definitio periculosa est) y buena prensa, incluyendo el libro citado en la nota 39. Independientemente de ello los legisladores han usado definiciones. Interesante es el caso del codificador del derecho civil argentino, Dalmacio Vélez Sarfield que en la nota al art. 495 del Código Civil dice “nos abstendremos de definir, porque como dice Freitas, las definiciones son impropias de un código de leyes...” y luego usa definiciones en más de sesenta artículos <sup>45</sup>.

Luego que los juristas y legisladores se convencieron de las bondades de la definición legislativa, ha comenzado una era de proliferación de definiciones altamente peligrosa. Por un lado, por contagio de la legislación del *Common Law* particularista; por otro, por la existencia de nuevos objetos, como todos los derivados de las nuevas tecnologías que deben ser definidos, se ha difundido una técnica peligrosa que consiste en definir “a los efectos de esta ley”. Como si cada ley actuase en un universo vacío. Los resultados son desastrosos. En una misma rama del derecho, la proliferación de definiciones hace que existan por lo menos diez nociones distintas de un mismo objeto, muchas veces un término técnico de otra disciplina como la física o la informática.

Un ejemplo dramático lo da una norma uniforme, esto es, una recopilación de normas que debería servir para simplificar y unificar términos. Esto se da en Italia, a propósito de los documentos electrónicos. La norma general en materia es el decreto del Presidente de la República que establece la definición de documento informativo. Esta norma tiene la ventaja de establecer una definición única para la Administración pública y para los particulares<sup>46</sup>.

En la recopilación de normas sobre documento informativo para la Administración pública se han cometido varios errores. El primero es creer que la Admi-

---

<sup>43</sup> A. A. Martino, *Le definizioni legislative*, Torino, Giappichelli 1975, p. 61 y *Piccolo Thesaurus politico*, Seu, Pisa, 1987.

<sup>44</sup> A. A. Martino,

<sup>45</sup> 89, 90, 126, 345, 347, 348, 350, 351, 360, 372, 498, 512, 528, 591, 667, 793, 794... 3875. Ver L.F. Leiva Fernandez, *Fundamentos de Técnica Legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 1999, pág. 271, 272

<sup>46</sup> Decreto del Presidente de la República d N° 513 del 10 Noviembre 1997

nistración pública puede tener una legislación particular en materia tan general como ésta. El segundo es no respetar la regla general de no volver a definir si ya hay una definición y eso por las dos razones complementarias y exhaustivas a) Si la definición es la misma, por qué repetir con el peligro de equivocación; b) Si, en cambio, se quiere cambiar la definición, no se trata ya de una “recopilación” sino de un texto nuevo que deroga el anterior. Pero si bien *lex posterior derogat prior* no debe olvidarse que el órgano que puede emanar esa ley posterior o es del mismo rango o es superior al que emanó la primera, pero nunca de rango inferior como en este caso<sup>47</sup>.

Un ejemplo risible si no tuviese consecuencias penosas para los ciudadanos el uso de términos zoológicos que hacen gala algunos textos legislativos italianos: en la ley 48 n° 968 de 1977 se descubre una especie protegida de la caza, una gamuza llamada en latín *rupricapra rupricapra rupricapra*, cazable sólo desde el tercer domingo de septiembre al 30 de diciembre. Es posible que sea el mismo objeto que en la ley n° 157 de 11.992 denomina “gamuza alpina” y en latín solo *rupricapra rupricapra*, es prohibido cazarlo entre el 11 de octubre y el 30 de noviembre, y que no debe ser confundido con la “gamuza de Abruzzo” también conocida como *rupricapra pyrenaica*, que no puede ser cazada nunca. Todos estos nombres pertenecen al mismo animal, que según la ley invocada puede sufrir suertes distintas.

## 6. EN DEFENSA DEL SENTIDO COMÚN<sup>49</sup>

El legislador propone sus normas para que sean cumplidas. Supone que a través de un “dar normas del hacer” va a obtener un resultado social.

Contrariamente a lo que se sostiene en materia de ciencias sociales —esto es, que en ciencias sociales son imposibles los experimentos— la legislación es la

<sup>47</sup> El decreto citado en la nota anterior define del documento informático como aquel que es creado con medios informáticos y en soporte electrónico. El art 10 de la recopilación indicada expresa **Artículo 10 (R) Forma ed efficacia del documento informatico.** 1. Il documento informatico sottoscritto con firma digitale, redatto in conformità alle regole tecniche di cui all'articolo 8, comma 2 e per le pubbliche amministrazioni, anche di quelle di cui all'articolo 9, comma 4, soddisfa il requisito legale della forma scritta e ha efficacia probatoria ai sensi dell'articolo 2712 del Codice civile... 3. Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale ai sensi dell'articolo 23, ha efficacia di scrittura privata ai sensi dell'articolo 2702 del codice civile. 4. Il documento informatico redatto in conformità alle regole tecniche di cui all'articolo 8, comma 2 soddisfa l'obbligo previsto dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile e da ogni altra analoga disposizione legislativa o regolamentare.

<sup>48</sup> El ejemplo es de Paolo Petta, director del servicio de redacción y revisión de los documentos del Senado italiano.

<sup>49</sup> Del título homónimo del artículo de G.E. Moore, en *Contemporary British Philosophy* (2a. serie) J.H. Muirhead (ed), London, 1925

mejor muestra que los experimentos se programan, se redactan, se promulgan y provocan sus resultados, ya sean buenos o malos.<sup>50</sup>

El sentido común nos ayuda a prever que un exceso legislativo es dañino. Si es más dañino que una laguna es un tema que excede este artículo y que, probablemente, debería ser dilucidado empíricamente, es decir, en un contexto social determinado. Si una formulación legislativa es contraria al sentido común valdría la pena, por esa sola razón, revisarla.

Hay temas sobre los cuales es bueno que actúen los especialistas y no los políticos: el 1 de enero del 2002 el **euro** será la moneda oficial de 11 países europeos. Es cierto que en materia de moneda legisla el parlamento. Pero esto fue adoptado hace tiempo y en una cascada de normas que determinaban parámetros comunes para la adopción. Lo único que quedó *ad libitum* de los países es el plural del nombre “euro”. La Real Academia Española ya dijo que el plural de euro es “euros”, vale decir, el plural común de los sustantivos. En Italia se creó una discusión filológica sobre si el “euro” era una cosa (viejo problema de los juristas, antes con la energía, ahora con los documentos electrónicos) o un prefijo. En este último caso no se alteraría al plural como “auto” o “moto”. La Accademia della Crusca (que es el correspondiente de la Real Academia Española) estableció que “euro” es una cosa y no un prefijo y, por lo tanto, el plural debe ser como todos los plurales en italiano que terminan en “o” esto es “i”. Por lo tanto “un euro”, “due euri”.

Pues bien, la diputada Pistone ha decidido que “euri” no es eufónico y, por consiguiente, la ley que introduce el euro en Italia dice que en el plural se mantiene “euro”. Este es un caso típico donde la inutilidad de la legislación se agrega a la ignorancia de los legisladores.<sup>51</sup>

El sentido común de los romanos ya prescribía *Ne quid nemes*<sup>52</sup> y el más específico *no bis in idem*<sup>53</sup>. Este es el sentido de la expresión de Baltasar Gracian y, en particular, el de la propiedad de independencia de los axiomas de los sistemas formales.

A nivel sintáctico, la independencia de los axiomas, esto es, la propiedad de elegancia es un requisito técnico que no sólo se requiere por razones de tiempo y espacio, sino también de comprensión. Nótese el emparentamiento que tiene con

---

<sup>50</sup> Los ejemplos son muchos, pero tal vez por ser actual y dramático es bueno recordar la serie de normas económicas que dictó el Ministro de Economía argentino Domingo Cavallo en los dos períodos de su actuación 1997-99 y 2001. Es probable que el Ministro no tratara de experimentar sino de obtener resultados, pero las consecuencias políticas y sociales fueron desastrosas, con un “pueblazo” final que costó 25 muertos y más de 200 heridos, además de un presidente (De la Rúa) renunciando.

<sup>51</sup> En el Manual de Técnica Legislativa del Digesto Jurídico Argentino hemos decidido “Regla 35: Todo lo relativo al lenguaje no previsto expresamente en este Manual se remite al Diccionario y a las Reglas de Sintaxis de la Real Academia Española”.

<sup>52</sup> De nada en demasía.

<sup>53</sup> No repetir lo igual

la propiedad de coherencia. Es más fácil probar la no-contradictoriedad de un sistema elegante que de uno no económico.

Esto a nivel semántico es mucho más grave: la reiteración produce ambigüedad semántica y aumenta la indeterminación del sistema jurídico con respecto a sus consecuencias. No es cierto que el único problema que produce un número mayor de normas redundantes es el volumen de enunciados con los cuales se debe trabajar. Por lo general, la redundancia nunca es completa, sino parcial y solapada y esto introduce no sólo redundancia sino también ambigüedad semántica, pues expresiones parecidas (o aun idénticas) en contextos distintos son interpretadas en forma diferente.

¿Qué decir a nivel pragmático? La ambigüedad aumenta y torna el sistema indecible pues la redundancia parcial permite que en cualquier caso se pueda ir a buscar un enunciado normativo que pueda ser interpretado pragmáticamente en forma disforme a las interpretaciones anteriores. En parte esto es inevitable, gracias a ello el sistema jurídico mantiene una vida más larga cuando los conceptos pueden ser re-definidos a la luz de los nuevos advenimientos o al cambio de costumbres sociales.

## **7. UNA PROPUESTA: EN BÚSQUEDA DE LA CALIDAD**

Una de las “buenas razones” que se dan para defender el exceso de Legislación y la producción de contaminación legislativa consiste en la urgencia que tienen generalmente las intervenciones legislativas. Cabe recordar la disculpa de Napoleón en una carta expresando que sería excesivamente larga pues no había tenido tiempo de corregirla.

La falta de tiempo, efectivamente no produce poca expresión sino, por el contrario, excesos. La consecuencia para una carta personal es efectivamente una falta de elegancia en el sentido común que se atribuye a esta expresión, además que el técnico. Pero tratándose de la legislación —que por definición afecta a todos los ciudadanos— la falta de elegancia y la redundancia, provoca una incertidumbre que es contradictoria a los fines mismos de la legislación: para provocar incertidumbre tanto vale quedarse con la que deriva de la aplicación de los cánones comunes.

¿Cómo combatir el mal resultado que la urgencia produce en la legislación? En primer lugar, con una cultura de la brevedad que abarque no sólo a los especialistas sino también a los responsables políticos. Esta es obra de formación y requiere tiempo.

En segundo lugar, creando órganos técnicos de soporte a los decisores políticos en todos los niveles, comenzando por los partidos políticos y los grupos de presión y culminando en los órganos legislativos propiamente dichos: una suerte de Oficina de Redacción de normas, como la que existe en el Reino Unido, en Austria y en Canadá y en muchos estados de los EEUU. Este segundo remedio

presupone el primero. Cualquier organismo es productor de burocracia. Si los resultados justifican ampliamente el riesgo, vale la pena crear estos organismos, de lo contrario, es agregar confusión al barullo.

En tercer lugar, ir creando la conciencia de distinguir entre la decisión de políticas públicas alternativas y la redacción del texto de la ley. La primera es competencia exclusiva de los órganos políticos y deben tener toda la información necesaria para evaluar los diferentes escenarios que se producen con cada elección de una política pública, así como los generales tienen los distintos escenarios en los teatros de guerra preparados por sus estados mayores. Los estados mayores deben comenzar por los partidos pero servirse inclusive de agencias privadas e independientes siempre que existan estudios serios de formulaciones alternativas.

Es fundamentalmente un tema de praxis legislativa y no necesariamente una reglamentación que podría producir los mismos efectos que el punto anterior, esto es, un alargamiento innecesario de los procedimientos legislativos colocando instancias separadas que pueden degenerar en los conocidos excesos rituales manifiestos.

Un ejemplo interesante<sup>54</sup> es el de la elaboración de la ley en Libia donde en toda la primera parte del *iter* legislativo lo que se discuten son sólo políticas públicas y sólo en la última parte la redacción concreta de la ley.

Por último, aceptar que –a pesar de todo– se va a producir redundancia legislativa y por lo tanto, de tiempo en tiempo, revisar el orden jurídico en vigor, por sectores, por áreas, a modo de suprimir todo lo suprimible y volver a usar la expresión *delegificación* en su sentido prístino de reducción de la legislación existente hasta tornarla esencial.

---

<sup>54</sup> Lo comento a mero título teórico pues resulta de la tesis de Maestría aprobada por Swayb Mohamed, Pisa, 2001 pero falta un serio estudio de casos.



# LA CONCEZIONE DELLA NORMA GIURIDICA COME COMUNICAZIONE SOCIALE SI ADATTA ANCHE ALLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO?<sup>1</sup>

Tito Gallas\*

## 1. LA CONCEZIONE DELLA NORMA GIURIDICA IN LEGISTICA: MESSAGGIO SOCIALE

La natura e le caratteristiche della norma giuridica sono studiate e descritte in maniera differente a seconda della disciplina in cui lo studio s'inserisce. Così, una sarà la prospettiva, ad esempio, di un costituzionalista, altra sarà la prospettiva di un filosofo del diritto e si potrà facilmente constatare che in molti casi anche i risultati della loro riflessione hanno scarsi punti di contatto.

Per lo studioso della scienza della legislazione, il legista, la norma giuridica è essenzialmente un messaggio sociale<sup>2</sup>. Nella sua tradizionale concezione "strumentale"<sup>3</sup>, la legge ha una funzione di governo, di indirizzo (*Steuerungsfunktion*<sup>4</sup>) per il corpo sociale al quale è destinata. Essa ha lo scopo di condurre il cittadino a seguire la volontà del legislatore<sup>5</sup>. Per mezzo della legge l'autorità mira ad orientare il comportamento del destinatario della stessa: gli dice che cosa deve fare o che cosa gli è vietato oppure gli indica le condizioni alla quali esso, il cittadino, può ottenere un determinato risultato (per esempio, disporre dei propri beni *post mortem*).

---

\* Dirigente del Consiglio dell'Unione europea.

<sup>1</sup> Il presente contributo rielabora una relazione presentata dall'autore al 21° Congresso mondiale della IVR (Associazione internazionale per la filosofia del diritto) a Lund, Svezia, il 16 agosto 2003. Vedi T.Gallas, *EC-law between Social Message and Record of Agreement*, in L.Wintgens (cur.), *The Theory and Practice of Legislation – Essays in Legisprudence*, Ashgate, Hants (2005), 333.

<sup>2</sup> C.-A.Morand, *Vers une méthodologie de la communication législative*, in *Gesetzgebung heute*, 1994-2, 11. P.Delnoy, *La communication législative*, in C.-A. Morand (cur.), *Legistique formelle et matérielle – Formal and material Legistic*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (1999), 141.

<sup>3</sup> L.J.Wintgens, *Het wetsbegrip anders bekeken. Alternatieven voor een wettelijke regulering. Tevens een inleiding tot de 'legisprudentie', een nieuwe wetgevingstheorie*, in L.J.Wintgens (cur.), *Het wetsbegrip*, die keure, Brugge (2003), 68.

<sup>4</sup> P.Noll, *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbek bei Hamburg (1973), 98.

<sup>5</sup> P.Delnoy, cit., 143.

Sotto questo aspetto, la norma è, dunque, un messaggio. È importante che questo messaggio giunga il più compiutamente possibile al suo destinatario. A questo scopo la logistica, interdisciplinare per natura, si avvale delle scoperte della scienza della comunicazione e delle soluzioni tecniche che essa offre.

## 2. TEORIA DELLA COMUNICAZIONE – IL MODELLO EMITTENTE/CODICE/RICEVENTE

Ricapitoliamo per sommi capi lo schema della trasmissione del messaggio che questa scienza ci offre, rifacendoci in particolare al classico studio di Jakobson<sup>6</sup>. Si tratta di un modello emittente/ricevente che si comprende facilmente se si pensa al buon vecchio telefono con filo. Colui che invia il messaggio trasforma il concetto da trasmettere in un codice, il messaggio transita via il codice e viene decodificato da chi lo riceve. La comunicazione è riuscita nella misura in cui il concetto che il primo dei due attori intendeva trasferire corrisponde al concetto che il secondo, il ricevente, riproduce nella sua mente. Questo presuppone anzitutto che tra i due attori della comunicazione esista un codice comune. Questo codice può essere dato da segni, da colori e luci ( si pensi alle arti plastiche), da disegni eccetera. Nel caso del messaggio legislativo, il codice è dato quasi esclusivamente dalla lingua. Occorre dunque che esista un codice-lingua comune. Questo non significa soltanto che la comunicazione non può riuscire se l'emittente ed il ricevente non conoscono una stessa lingua (l'italiano, il tedesco, il cinese o altra). Il codice non è comune, anche in soggetti che conoscono una stessa lingua e perfino in soggetti di una stessa madrelingua, nella misura in cui vi è una differenza di vocabolari, di termini conosciuti. In questo caso, normalmente la trasmissione del messaggio fallisce se l'emittente utilizza espressioni sconosciute al ricevente. D'altronde, la comunicazione può risultare difettosa anche se le parole utilizzate si trovano nel *thesaurus* linguistico di ambedue gli attori, ma sono disposte nella frase in modo da permettere interpretazioni divergenti.

Un eventuale correttivo in una tale situazione di comunicazione potenzialmente impossibile o ambigua è spesso dato dal contesto: la frase di difficile comprensione può risultare chiara se si prende in considerazione l'insieme del testo in cui è inserita o addirittura grazie ad informazioni estranee al testo stesso, quale potrebbe essere la conoscenza della posizione dottrinale dell'autore (si pensi al senso che si darà istintivamente al termine "falsificare" quando si legge uno scritto di Popper, conoscendo l'uso che egli ne fa regolarmente nella sua opera). La valorizzazione del contesto è ben conosciuta al giurista che vi ricorre regolarmente utilizzando il criterio "sistematico" nell'interpretazione della legge.

Allo schema appena tratteggiato si può obiettare che esso è molto elementare. La scienza della comunicazione ha conosciuto notevoli sviluppi da Jakobson in

<sup>6</sup> R. Jakobson, *Essais de linguistique générale* (traduzione dall'originale inglese), Éditions de minuit, Paris (1963), 211.

poi ed essa fornisce rappresentazioni molto più elaborate. Si pensi alla distinzione tra comunicazione individuale e comunicazione di massa. Oppure si pensi ai vari modelli della semantica del prototipo che si fondano sui diversi immaginari individuali e socio-culturali. Pretendo, tuttavia, che in pratica i tentativi di trasporre queste nuove aperture nella legistica apportano ben poco alla comprensione ed alla tecnica del legiferare.

### **3. IMPLICAZIONI PRATICHE DEL MODELLO EMITTENTE/ CODICE/RICEVENTE**

La presa in considerazione del semplice schema emittente/codice/ricevente (autore/codice/destinatario) ha invece utili ricadute nella pratica della redazione legislativa (o nomografia).

Possiamo trovarne la prova nella “Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione di testi legislativi comunitari”<sup>7</sup>. Si costata facilmente che alcune delle regole (chiamate “orientamenti” nel testo italiano) contenute nella parte “Principi generali” sono ispirate dal modello sopra esposto.

#### **3.1 Il destinatario della norma**

Fondamentale a questo riguardo è l’orientamento n° 3 che si legge :

“Nella redazione degli atti si tiene conto dei soggetti ai quali essi debbono applicarsi, affinché tali soggetti possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi. Si deve inoltre tener conto di coloro che dovranno applicarli.”

Si evoca evidentemente l’esigenza di tenere conto del codice comune. Non è usato il termine “destinatario” per la sola ragione che nel caso delle direttive comunitarie destinatario è, formalmente, lo Stato membro, ma quello che va rispettato è il codice del destinatario in carne ed ossa che non è necessariamente il funzionario che prepara l’atto nazionale di trasposizione della direttiva nel diritto interno, ma che può essere anche il semplice cittadino se si ricorre alla tecnica, frequentemente usata, della trasposizione mediante mera riproduzione del testo comunitario.

#### **3.2 Chiarezza, semplicità e precisione nella redazione della norma giuridica**

Nell’esigenza di una comunicazione “senza ambiguità” messa in rilievo dal citato orientamento n°3 sta il nocciolo della buona redazione legislativa. La Guida la mette in primo piano fin dalla prima regola (orientamento n°1) che recita:

---

<sup>7</sup> Il testo in tutte le lingue è disponibile sul sito EUR-Lex (<http://eur-lex.europa.eu/it/techleg/index.htm>) nella rubrica “Tecnica legislativa”. La versione italiana è anche riprodotta in allegato ad A.Vedaschi, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Giuffrè editore, Milano (2001).

“Gli atti della legislazione comunitaria sono formulati in modo chiaro, semplice e preciso.”

È, questo, un enunciato che può sembrare addirittura banale, con la successione dei suoi tre avverbi. In realtà dietro questa frase, che all'apparenza è facilmente condivisibile, si cela una problematica profonda. Essa sta nel fatto che, a ben riflettere, i termini “chiaro”, “semplice” e “preciso” non si possono porre su uno stesso piano. La chiarezza si situa ad un livello superiore alla semplicità ed alla precisione; essa è il risultato di un giusto equilibrio tra queste. Fino ad un certo punto tra chiarezza e precisione può anche esistere un rapporto di sinergia. L'uso di un termine esatto può rendere superflue ulteriori precisazioni e condurre direttamente ad un testo chiaro e conciso. Tuttavia, l'affermazione che una formulazione od un'espressione diventano tanto più chiare quanto più sono precise vale solo fino al punto in cui il destinatario trova il termine o la struttura della frase o del testo nel suo codice linguistico. La scelta di un'espressione esatta, per esempio di un termine tecnico, si giustifica soltanto nella misura in cui essa è conosciuta dal ricevente del messaggio. È, questa, una constatazione di valenza generale, anche se si può notare che è soprattutto il linguaggio giuridico francese che pone l'accento sull'esigenza della “*clarté*”. “*Clarté : Elle est la qualité principale d'un texte normatif.*”<sup>8</sup>

Tra le due qualità che concorrono a rendere chiaro un testo, la precisione e la semplicità, è la prima, la precisione, ad essere più vicina alla chiarezza; lo è oggettivamente, cioè se si prescinde dal ricevente. Tra due versioni di un testo è più chiara quella che utilizza il linguaggio più tecnico possibile. Tuttavia, essa lo è oggettivamente, ma in pratica solo alla condizione che il destinatario sia in condizione di comprenderla. Nell'azione di redigere un testo occorrerebbe dunque partire dalla formulazione più precisa, semplificandola solo nella misura necessaria a che essa sia compresa dal lettore cui il testo è destinato. Per inciso, sia detto qui che, come normalmente si chiede al cosiddetto “uomo della strada” uno sforzo di comprensione per capire, ad esempio, le istruzioni per l'uso di un apparecchio che egli acquista, non sembra incongruo chiedere un analogo sforzo per intendere la norma giuridica che lo tocca direttamente.

Quanto appena detto contraddice la tendenza attualmente prevalente che, sotto l'influsso della *Plain Language Campaign* che pervade il mondo anglosassone e non solo quello, privilegia il linguaggio semplice nella forcilla “semplicità / precisione”. È vero che un'accattivante semplicità sembra rendere più agevole l'accesso del cittadino al mondo della legge e favorirne l'accettazione. È tuttavia necessario rendersi ben conto che ogni eccessiva semplificazione mette a repentaglio una delle esigenze fondamentali della nostra cultura giuridica, quella della certezza del diritto. Formulazioni vaghe aprono la via non solo ad

---

<sup>8</sup> Citazione dalla guida alla redazione normativa vigente in Svizzera. Office Fédéral de la Justice (cur.), *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 2.a edizione, Berna (2002), 367.

interpretazioni divergenti e non conformi all'intenzione della legge, ma possono danneggiare il cittadino suggerendo l'esistenza di diritti o doveri inesistenti, distogliendo l'attenzione dalle condizioni che li circoscrivono, inducendo a disattendere i particolari delle procedure prescritte. L'intenzione di abbassare la barriera tra la legge ed i suoi soggetti è buona. Del resto, essa è tutt'altro che nuova. Storicamente, possiamo ricordare che già Seneca avanzava l'esigenza che la legge fosse comprensibile alle persone inesperte, anche se più che sulla semplicità in genere insisteva su uno degli aspetti di questa, la concisione (*"Legem brevem esse oportet quo facilius ab imperitis teneatur."*<sup>9</sup>). Più vicino al nostro tempo possiamo citare, come esempio di una richiesta di comprensibilità generale (*"allgemeine Verständlichkeit"*), la licenza di pubblicazione del Codice generale del Regno di Prussia del 1791. Essa richiede che la legge sia formulata in maniera che "... l'abitante dello Stato, le cui doti naturali siano in una certa misura sviluppate dall'educazione, ... sia in misura di leggere e capire da sé tale legge ...". Compiendo un ulteriore passo, alcuni autori dell'epoca, considerando che comunque il Codice generale del 1791 era redatto con linguaggio di giuristi, chiedevano che ad esso fosse affiancato un *"Volkskodex"*, un codice semplificato ad uso dei non-giuristi<sup>10</sup>. Non se ne fece nulla, perché il progetto fu oggetto di una severa critica che insisteva sull'esigenza di far salva la certezza del diritto, sul rischio di suscitare con un testo non facente fede attese e timori che il testo normativo non giustifica. Sono le stesse obiezioni che, al giorno d'oggi, si possono muovere alla proposta, avanzata nel quadro della *Plain Language Campaign*, di accludere all'atto normativo un *"Citizen's Summary"*<sup>11</sup>, un sommario che permetterebbe all'uomo della strada di conoscere gli elementi-chiave della legge senza bisogno di leggerla.

Come illustrano le considerazioni qui esposte che partono dall'esempio della Guida comunitaria, ma hanno portata generale, il compito del redattore legislativo non è agevole: si tratta di immaginare quale possa essere il codice comune all'autore ed al destinatario della norma e di reperire nel codice gli elementi che ottimizzino la comunicazione.

### 3.3 Terminologia giuridica nazionale e comunitaria

Per completezza, sia detto che nella Guida citata si possono trovare altri spunti che interessano il nostro tema. Vediamo così che secondo l'orientamento n° 5 gli atti comunitari vanno redatti "... ricorrendo con prudenza a concetti o terminologie peculiari di un sistema giuridico nazionale". Alla base di questa regola sta il concetto di contesto: il giurista nazionale tenderà senz'altro a fare un collegamento mentale con l'ambito che gli è familiare, interpretando il termi-

<sup>9</sup> L. Annaeus Seneca, *Epistulae*, 94.38.

<sup>10</sup> B. Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikation*, Mohr Siebeck, Tübingen (2003), 253 e letteratura ivi citata.

<sup>11</sup> M. Cutts, *Lucid Law*, 2a edizione, Plain Language Commission, Oxford (2000), 29.

ne giuridico nella maniera in cui viene inteso nel diritto nazionale, anche quando sa di trovarsi in un ordinamento giuridico diverso, quello comunitario. Per questa ragione sarebbe, a rigor di logica, preferibile creare termini ad hoc quando una nozione giuridica comunitaria non copre un contenuto identico, anche se eventualmente contiguo, a quello di una nozione del diritto nazionale. Si costata tuttavia che l'uso di neologismi nel diritto comunitario non è frequente<sup>12</sup>. Del resto, un tale uso, più che indurre il giurista a porsi la questione del perché della terminologia, conduce facilmente ad un'istintiva reazione critica, a concludere all'incompetenza del redattore o del traduttore comunitario. Sia d'esempio la levata di scudi che suscitò l'impiego del termine "clausole abusive" in una direttiva del Consiglio in materia di contratti dei consumatori, affermandosi che si sarebbe dovuto correttamente parlare di "clausole vessatorie", termine usuale nel diritto italiano; questa critica negligeva che il termine del diritto europeo ha una portata diversa, più vasta, che il termine consacrato nel codice civile italiano<sup>13</sup>.

Dopo l'esempio dato dalla Guida comunitaria, possiamo ormai considerare provata l'utilità pratica che il modello di comunicazione emittente / ricevente, avente come perno il codice linguistico dei due attori.

Questo schema è largamente condiviso ed utilizzato dai professionisti della redazione legislativa. La stessa ottica sembra farsi strada anche presso il loro committente, l'autorità politica. La stessa Guida comunitaria è stata redatta in attuazione di una disposizione di un accordo tra le autorità legislative dell'Unione, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione<sup>14</sup>. Anche sul piano nazionale le istanze utilizzano largamente manuali di redazione. Se ciononostante le leggi continuano a non soddisfare appieno l'esigenza di una normativa chiara, ciò è dovuto in parte a difficoltà obiettive, come la difficoltà di valutare esattamente quale può essere il codice dell'ipotetico destinatario della norma, nonché all'eventuale inadeguatezza del codice linguistico dello stesso legislatore. In parte invece la mancanza di chiarezza è voluta, perché in una data situazione solo una formulazione aperta ad interpretazioni diverse permette di riunire il consenso necessario perché l'atto venga adottato. Ciò non è necessariamente da biasimare: dalla politica il cittadino si attende dei risultati, se del caso anche a spese della qualità redazionale della legge<sup>15</sup>. Si spiega così, oltre che con la giustificata sensibilità nel tutelare le sue prerogative sovrane, la reticenza del legislatore a lasciarsi vincolare al rispetto delle regole di drafting<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> D. Cosmai, *Tradurre per l'Unione europea*, Hoepli, Milano (2003), 30, 142.

<sup>13</sup> T. Gallas, *Politique de transparence et accès du public aux documents: une interprétation plus facile du droit communautaire?*, in R. Sacco (cur.), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, L'Harmattan Italia - ISAIDAT, Torino (2002), 100.

<sup>14</sup> *Accordo interistituzionale sulla qualità redazionale del diritto comunitario* (GUCE, C 73, del 17.3.1999), 1.

<sup>15</sup> T. Gallas, *Herausforderungen der Sprachenvielfalt bei der Abfassung von Rechtsakten*, in R. Fischer (cur.), *Herausforderungen der Sprachenvielfalt in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden (2007), 57.

<sup>16</sup> R. Pagano, *Introduzione alla legistica - L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, Milano (1999), 61. PH. Eijlander e W. Voermans, *Wetgevingsleer*, BJU-Boom, Den Haag (2000), 375.

#### **4. È MESSAGGIO SOCIALE ANCHE LA NORMA DI DIRITTO INTERNAZIONALE?**

Dopo aver chiarito che cosa si intende con l'affermazione che la norma giuridica è una forma di comunicazione sociale ed aver descritto la pertinenza pratica di una tale concezione, conviene porsi la domanda che forma il titolo del presente scritto: È vero che ogni norma giuridica è un messaggio sociale? Lo è anche la norma di diritto internazionale? E quella di diritto comunitario?

##### **4.1 Funzione comunicativa e funzione mnemonica della lingua**

Per dare una risposta alla questione, occorre ricordare che la lingua ha una funzione duplice. Da un lato, essa serve per la comunicazione, per manifestare ad altri le proprie idee; in questa funzione gioca il modello emittente / ricevente sopra descritto.

La lingua ha tuttavia, soprattutto nella sua forma scritta, un'altra importante funzione : essa serve a fissare quanto si pensa o si dice o quanto è avvenuto. Riferendosi appunto alla lingua scritta, Wilhelm von Humboldt, in una prolusione del 20 maggio 1824, usa un prestito linguistico dal greco, "*Mnemonik*", memoria<sup>17</sup>.

Troviamo ambedue queste funzioni quando due parti negoziano e concludono un contratto. In una prima fase la lingua forma il mezzo di comunicazione : serve per comunicare alla controparte la propria posizione, una proposta, l'accettazione e così via. In seguito, il testo scritto ha lo scopo di fare memoria, di fissare quanto è stato convenuto. Le regole della comunicazione non valgono in questa seconda fase; per esempio, non occorre prestare attenzione al codice linguistico della controparte, quello che conta è il significato oggettivo dello scritto. Solo accessoriamente questo testo ha una funzione comunicativa, per informare il giudice o un terzo del contenuto del contratto.

##### **4.2 La norma di diritto internazionale come "verbale d'accordo"**

Quanto appena detto vale non solo per le disposizioni contrattuali negoziate tra individui. La stessa situazione si riproduce nel caso di un negoziato tra Stati, dunque nel caso del diritto internazionale (scritto). Vi sarà una prima fase di negoziazione, di scambi di comunicazioni. Raggiunto l'accordo, le disposizioni del trattato si rivolgono agli stessi soggetti che le hanno formulate, gli Stati contraenti. Autori e destinatari della norma coincidono e dunque il modello emittente / ricevente non è applicabile. Ognuno sa che cosa si cela dietro le parole utilizzate.

---

<sup>17</sup> W.v.Humboldt, *Über die Sprache*, A.Francke, Tübingen und Basel (1994), 121.

Certo, anche in questo caso la chiarezza del testo è auspicabile per garantire un'interpretazione agevole del testo. Non occorre, tuttavia, avere una grande pratica dei negoziati diplomatici per sapere che la chiarezza non è la preoccupazione primaria dei negoziatori. Qui molto più che sul piano interno, si possono accettare compromessi coperti da una redazione sfocata; in un trattato il cui testo fa fede in più lingue, può capitare che vengano accettate coscientemente divergenze tra le varie versioni linguistiche. Un esempio: il trattato di Maastricht ha inserito nel trattato CE l'articolo 130. Una disposizione di questo prevede, in tutte le versioni linguistiche, un'azione per "accelerare l'adattamento dell'industria alle trasformazioni strutturali". Fa eccezione la versione tedesca che sostituisce al concetto di "accelerare" quello più blando di "facilitare" (*Erleichterung*). Senza questa divergenza, nota a tutti i contraenti, non si sarebbe giunti ad un accordo.

Normalmente, redazioni poco chiare vengono accettate tacitamente, nella speranza che all'atto dell'applicazione non si manifestino divergenze di interpretazione o che a quel momento si possa imporre la propria visione degli impegni presi. A volte tuttavia una delle parti cerca di premunirsi e di mettere a verbale la sua versione dell'impegno assunto. Per questa ragione si riscontrano a volte nell'atto finale che accompagna un trattato dichiarazioni unilaterali che indicano quale è l'interpretazione che uno dei contraenti dà ad un dato articolo o paragrafo.

È un dato che senza queste ambiguità, senza riserve mentali, senza il dire e non dire la diplomazia non vive. Lo descrive incisivamente il *Conseil d'État* francese: "... *comme on sait, un traité ne vaut que par les arrière-pensées de ses signataires. Là où les juristes cherchent la précision, les diplomates pratiquent le non-dit et ne fuient pas l'ambiguïté ...*"<sup>18</sup>. Si noti come la frase citata stessa è piena di sfumature: *arrière-pensée* sta per riserva mentale, sia essa conosciuta alla controparte o meno; *non-dit* non è il semplice silenzio, ma lascia l'altro contraente in una situazione di incertezza. Chiaramente, non siamo più nel regno della comunicazione.

Giungiamo così ad una prima conclusione: Non ogni norma giuridica è comunicazione sociale. Soltanto la norma di diritto interno, creata da un legislatore chiaramente distinto dal destinatario della norma, costituisce un messaggio sociale e come tale va redatta. Le regole del diritto internazionale seguono altri criteri.

## 5. LA POSIZIONE DELLA NORMA COMUNITARIA TRA MESSAGGIO SOCIALE E VERBALE D'ACCORDO

Dal punto di vista del *drafting*, ci troviamo dunque di fronte a due concezioni del tutto diverse della norma giuridica, quella di diritto interno e quella di diritto

<sup>18</sup> Conseil d'État, *Rapport publique 1992*, in *Études et Documents* nr.44, La documentation française, Paris (1993), 48.



internazionale. Tra questi due poli, dove si situa la norma di diritto comunitario?

### 5.1 La natura della norma comunitaria

Il diritto comunitario prende principalmente la forma di regolamento o di direttiva. A norma dell'articolo 249 del trattato, i regolamenti sono direttamente applicabili. Come una legge di diritto interno, essi creano direttamente diritti e doveri per i cittadini. *De facto*, questo è vero anche per le direttive. Formalmente esse hanno per destinatari gli Stati membri, ma in realtà esse sono redatte in maniera tanto dettagliata che per la loro trasposizione nel diritto nazionale non occorre che il loro contenuto sia ulteriormente precisato; addirittura, secondo la giurisprudenza della Corte, a certe condizioni possono essere invocate direttamente dai privati. Inoltre, ogni cittadino può agire in giustizia perché la normativa comunitaria sia applicata. Possiamo ben concludere che in sostanza il diritto comunitario si configura come diritto interno. Come tale dovrebbe essere redatto, cioè come messaggio sociale.

### 5.2 La genesi della norma comunitaria

La realtà del quotidiano comunitario mostra che gli attori dell'attività legislativa nell'Unione non sono coscienti del loro ruolo di legislatori o lo sono soltanto superficialmente, non intimamente. Particolarmente in sede di Consiglio essi negoziano i regolamenti e le direttive come se fossero accordi internazionali.

Si può certamente obiettare che, come è già stato accennato, ogni attività legislativa è una ricerca di equilibrio tra varie opzioni, ognuna delle quali è avanzata dai vari attori della vita politica e sociale ed ognuna con le sue giustificazioni. È un fatto: negoziare è normale in ogni attività legislativa. L'illuministica visione della norma giuridica come risultato di una deduzione logica è quotidianamente smentita dallo spettacolo dei partecipanti alla produzione normativa che negoziano, a volte mercanteggiano, il risultato del processo legislativo. I vari partiti politici che formano il governo, la maggioranza e l'opposizione, le diverse organizzazioni e movimenti della società civile, i media di opposta ispirazione, tutti costoro contribuiscono al bilanciamento degli interessi coinvolti e ad una regolamentazione che li prenda tutti in considerazione, con un risultato più o meno equilibrato.

A prima vista, la creazione della normativa dell'Unione non differisce sostanzialmente dal quadro così dipinto. Nelle Istituzioni comunitarie i membri della Commissione con differenti attribuzioni, i ministri con varie competenze, funzionari europei e nazionali provenienti da differenti dicasteri, lobbies che rappresentano ogni genere di interessi si fronteggiano per affermare tale o tal altro punto di vista. Le esigenze ambientali possono confliggere con la necessità dell'industria o del commercio; occorre comporre esigenze sociali con vincoli di

bilancio; gli interessi agricoli delle regioni nordiche possono essere opposti a quelli del Sud e così via. Si potrebbe trovare che a livello comunitario si riproducono le stesse situazioni che nell'ambito nazionali, semplicemente con un ulteriore elemento di complicazione, almeno a livello del Consiglio, e cioè il conflitto tra interessi nazionali espressi dai vari Stati membri. Gli altri possibili conflitti sopra menzionati possono entrare in gioco contemporaneamente, a Bruxelles, ed in questo caso le cose sono soltanto più complicate, ma non differenti da quanto si osserva a livello nazionale. Oppure possono, in parte, già essere composti nelle singole capitali. Si pensi alle possibili divergenze di ministeri di uno stesso Stato, per esempio tra quello delle finanze che tenderà a frenare la spesa e quello dell'agricoltura che potrebbe propugnare un aumento dei prezzi agricoli. In ogni caso, occorre riconoscere che il bilanciamento degli interessi nella creazione della normativa europea non differisce in maniera sostanziale da quanto accade negli Stati membri.

## **6. LA NORMA COMUNITARIA COME NORMA DI "DIRITTO DIPLOMATICO"**

Se il fatto di essere il risultato di negoziati e di compromessi non significa che per sua natura il diritto comunitario differisce dal diritto nazionale, le caratteristiche che tuttavia lo distinguono devono essere ricercate altrove. In questa ricerca, dobbiamo riferirci in primo luogo alla maniera in cui la normativa comunitaria è creata. Già nel 1983 Ferrari Bravo<sup>19</sup> lamentò che al corretto metodo originale di legiferare si era sostituito un "metodo diplomatico" che consiste in negoziati, spesso meticolosi e laboriosi, tra i delegati degli Stati membri. Infatti, il lavoro al Consiglio è nelle mani dei diplomatici del Comitato dei Rappresentanti Permanenti (Coreper) ed abbiamo già descritto come i diplomatici hanno l'abitudine di scrivere una norma giuridica.

In realtà, ciò che caratterizza il metodo diplomatico non è il fatto di negoziare in sé, ma la mentalità con la quale si negozia.

Compromesso non è necessariamente sinonimo di mancanza di chiarezza. Pensiamo al caso che due parti in negoziato propongano ciascuna una cifra, a qualunque contesto si riferisca (un importo, una percentuale o altro) e che si mettano d'accordo su una data cifra, che si situerà probabilmente tra le due proposte. In questo caso il compromesso sarà espresso in termini privi di ambiguità, una cifra. Anche un compromesso espresso in parole può essere chiaro. Un'autorità pubblica che è cosciente di agire in veste di legislatore baderà a che il risultato dei negoziati sia tale da poter essere formulato in un messaggio quanto più possibile semplice e preciso; essa eviterà di ricorrere ad acrobazie verbali e di coprire riserve mentali con una redazione fumosa. Essa lo farà perché è suo

---

<sup>19</sup> L.Ferrari Bravo, *Il Consiglio*, in E. Pennacchini, R. Monaco, L. Ferrari Bravo, S.Puglisi (cur.), *Manuale di diritto comunitario*, volume primo, UTET, Torino (1983), 135.

dovere rivolgersi al cittadino con parole chiare e semplici. Essa lo farà anche perché è cosciente che un'eventuale frase equivoca non rimane nell'ambito degli interlocutori con cui sedeva intorno ad un tavolo di negoziato, ma sarà interpretata da cittadini, funzionari e giudici che hanno il diritto di ignorare ed ignorano i retroscena, le intenzioni, le riserve mentali. Una formulazione ambigua può ritorcersi contro il legislatore.

Queste considerazioni non valgono per i diplomatici. Come è ben descritto nella già riportata citazione del *Conseil d'État*, essi sono abituati ad un altro tipo di redazione, non concepito come messaggio indirizzato a terzi. Ai nostri fini è interessante notare come con quella citazione il *Conseil d'État* non intende descrivere la redazione della norma internazionale, ma si riferisce proprio al legiferare comunitario. E esso crea allora, per il diritto comunitario, il termine "*droit diplomatique*"<sup>20</sup>, come diritto creato da diplomatici, con la loro *forma mentis*; e di conseguenza lo caratterizza come diritto essenzialmente "opaco"<sup>21</sup>.

A questo punto si potrebbe obiettare che la situazione descritta è quella del 1992, ma che nel frattempo mutamenti importanti sono intervenuti. Tra questi mutamenti si potrebbero citare alcune conclusioni e decisioni che mostrano che il Consiglio ha preso coscienza dell'esigenza di migliorare la qualità della legislazione, nonché il ruolo di co-legislatore che il Parlamento europeo ha assunto con il trattato di Maastricht.

## 7. L'EVOLUZIONE DEL CONSIGLIO

È un fatto che proprio dal 1992 in poi il Consiglio ha mostrato un crescente interesse per la qualità, redazionale e sostanziale, della normativa. Ne fanno fede le conclusioni del Consiglio europeo di Birmingham e di Edimburgo, la risoluzione sulla qualità redazionale del 1993, la partecipazione agli accordi interistituzionali sulla codificazione, sulla qualità redazionale, su "Legiferare meglio". Per una descrizione dettagliata di quest'evoluzione possiamo rinviare al già citato studio di Vedaschi<sup>22</sup>.

Dobbiamo tuttavia chiederci se le buone intenzioni attestate da questi atti si sono tradotte in pratica, se la redazione della normativa adottata dal Consiglio evidenzia un approccio più comunicativo, una maggiore coscienza del fatto che legiferando l'autorità si rivolge al cittadino. Si è detto in precedenza che il diritto "diplomatico" è soprattutto una questione di mentalità. Questa mentalità è lungi dall'essere superata tra i responsabili dell'attività legislativa del Consiglio. Così ancora nel 2006, di fronte alle dure critiche mosse alla qualità di una normativa tanto importante e controversa come la direttiva detta "Bolkestein" (direttiva

<sup>20</sup> Conseil d'État, cit., 48.

<sup>21</sup> Conseil d'État, cit., 41.

<sup>22</sup> A.Vedaschi, cit., 114.

<sup>23</sup> La Libre Belgique, 8 agosto 2006, 7.

sulla libera prestazione dei servizi), la signora Tuts, rappresentante permanente aggiunta del Belgio presso l'Unione europea (Coreper I), in un'intervista<sup>23</sup> ha tranquillamente ribattuto che "l'ambiguità è il prezzo dell'accordo". Dal lato del Consiglio, il carattere "diplomatico" del diritto resta dunque d'attualità.

## 8. IL RUOLO DEL PARLAMENTO EUROPEO

L'anno 1992 segna anche l'inizio di una nuova era nel processo legislativo comunitario. Il trattato di Maastricht introduce la procedura della codecisione. Il Parlamento europeo diventa co-legislatore in un ambito che via via si espande.

Era logico attendersi che da questa Istituzione, formata non da diplomatici, ma da deputati, si prestasse maggiore attenzione alla comprensibilità della legislazione per il cittadino. Quindici anni di esperienza con il metodo della codecisione dimostrano invece che questo risultato non è stato raggiunto. A parere di una parte degli addetti ai lavori la qualità delle leggi comunitarie sarebbe anzi peggiorata.

Varie ragioni possono concorrere a spiegare questo stato di fatto. È già stato detto (punto 3., in fine) che impegno primario del legislatore è di conseguire risultati condivisi e che nel caso di compromessi difficili questo obiettivo a volte viene raggiunto mediante formulazioni imprecise nel testo. Legiferando "a Bruxelles" (o a Strasburgo), lontano dagli occhi del loro elettorato, i parlamentari possono cedere più facilmente alla tentazione di imboccare questa via più facile, anche in considerazione del fatto che in presenza di culture e di interessi molto diversi i compromessi di sostanza sono più difficilmente raggiungibili. Al di là degli omaggi di facciata alla buona legislazione, anche il Parlamento europeo non sembra nutrire un interesse profondo per la chiarezza della norma. Si noti che, a differenza del Consiglio e della Commissione che hanno dotato i loro servizi giuridici di una direzione specificamente incaricata della qualità della legislazione, il Parlamento europeo non ha preso una decisione analoga per il suo servizio giuridico.

È interessante anche osservare l'evoluzione che ha conosciuto la procedura della codecisione. Con il trattato di Amsterdam essa è stata modificata nell'intento di rederla meno farraginoso laddove ciò è possibile. È diventato possibile adottare un atto già in prima lettura, in particolare se il Consiglio adotta la proposta della Commissione con tutti gli emendamenti del Parlamento, senza introdurre altre modifiche. Per utilizzare a fondo questa possibilità di abbreviare l'iter legislativo dei testi sui quali non esistono profonde divergenze fra le Istituzioni, è invalsa l'abitudine che tra il competente relatore del Parlamento e la presidenza del Consiglio, con i relativi servizi, hanno luogo contatti informali per discutere gli eventuali emendamenti del Parlamento e le modifiche che il Consiglio vorrebbe apportare al testo. Se viene raggiunto un accordo il Parlamento presenta come emendamenti propri anche quelli desiderati dal Consiglio, cosicché questo può approvare tal quale il testo emendato dal Parlamento e l'atto è adottato senza passare una seconda lettura. Questo espediente permette in molti casi di evitare

inutili lungaggini; nel 2004 è stato possibile adottare in prima lettura il 64% degli atti presi in codecisione. Una procedura analoga viene utilizzata anche in seconda lettura, quando il Consiglio incorpora nella sua posizione comune i desiderata del Parlamento e questo approva la posizione comune senza ulteriori modifiche.

L'utilità pratica di questo modo di procedere non è contestata. Tuttavia, spesso si levano voci di critica da parte dei parlamentari non coinvolti e non sufficientemente informati dei negoziati informali, per chiedere una maggiore trasparenza. Queste "serie preoccupazioni" si riflettono in un recente documento interno del Parlamento<sup>24</sup>, che paventa non soltanto una lesione della legittimazione democratica, ma anche riflessi negativi sulla "qualità della legislazione adottata". Ancora una volta: i compromessi raggiunti nel chiuso di negoziati poco trasparenti rischiano di tradursi in una normativa opaca.

Dobbiamo dunque constatare che con l'avvento della codecisione non si è affermata tanto l'ottica "da legislatore" che si rivolge ai cittadini, propria dei parlamentari; piuttosto, è stato il Parlamento a cedere alla tentazione dello stile diplomatico del Consiglio.

## 9. CONCLUSIONE

Possiamo ora dare una risposta al quesito sollevato nel titolo del presente contributo.

La norma di diritto interno deve certamente configurarsi come messaggio sociale.

La norma di diritto internazionale non ha una funzione analoga alla norma di diritto interno ed è giustificato che sia concepita come una specie di verbale d'accordo, trascurando il modello emittente/codice/ricevente.

La norma di diritto comunitario ha natura analoga alla legge interna e dovrebbe pertanto prendere la forma di comunicazione sociale, ma è concepita e redatta come se fosse di diritto internazionale e, di conseguenza, come un verbale d'accordo.

Nei documenti presentati dalle Istituzioni comunitarie in questi ultimi anni è spesso questione di una migliore "cultura legislativa". Almeno per quanto concerne la redazione legislativa, questa cultura necessita ancora di un lungo cammino pedagogico perché sia eliminato il carattere ibrido dalla norma comunitaria.

---

<sup>24</sup> S.Taylor, *MEPs' quick-deal concerns* in *European Voice*, 17-23 gennaio 2008, 4.



## NEO-INSTITUCIONALISMO, DERECHO Y GOVERNANCE

*José Miguel Busquets\**

Este artículo tiene como cometido mostrar la importancia de las instituciones como variable explicativa en diferentes áreas temáticas (desarrollo económico, expansión y recorte del Estado Social y desempeño institucional) de la literatura en ciencia política, lo que se ha denominado nuevo institucionalismo. Asimismo, presentar como el nuevo giro de la literatura constituye una opción para el fortalecimiento de los vínculos entre la ciencia política y el derecho. Finalmente, busca conectar nuevamente el énfasis neo-institucionalista de la literatura en ciencia política al más reciente concepto de governance.

### I. NEO-INSTITUCIONALISMO

El desarrollo del nuevo institucionalismo es producto del viraje dado durante los ochenta por la aproximación dominante en la ciencia y sociología política,<sup>1</sup> que incrementó su interés por las instituciones y por conceptos como el de Estado. Este cambio se habría producido como una reacción a la indiferencia para con

---

\* Doctor en Ciencias Humanas, Ciencia Política, por el Instituto de Investigaciones de Río de Janeiro de la Universidad Candido Mendes. Profesor Agregado e investigador del Area Socio-Jurídica de la Facultad de Derecho y del Instituto de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales de Universidad de la República del Uruguay. Investigador Activo Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores de la A.N.I.I. E-mail: busquets@chasque.net

<sup>1</sup> Theda Skocpol, en *Bringing the State Back In: Strategies of analysis in current research*, incluido en *Bringing the State Back In*, de Peter Evans, D. Rueschemeyer y T. Skocpol (comp.). Cambridge University Press, 1985, sostiene que un giro similar hacia teorías más centradas en el Estado tuvo lugar en torno a las guerras mundiales y durante la depresión de la década de 1930, cuando se tambalearon tanto la hegemonía británica como la estadounidense, dando lugar a obras como la de Harold Lasswell, *The garrison State*, en *American Journal of Sociology*, 46, 1941 y la de Karl Polanyi, *The great transformation*, Boston, Beacon Press, 1957, 1a. edición 1944. Esto pone en evidencia que existió un viejo institucionalismo, de allí que se esté hablando de nuevo institucionalismo. Ver Thelen, Kathleen and Sven Steinmo. 1992, *Institutionalism in comparative politics*, en *Structuring politics. Historical institutionalism in comparative analysis*. Cambridge University Press, 1992.

las instituciones políticas característica de la era behaviorista de los cincuenta y sesenta.<sup>2</sup>

Este nuevo institucionalismo sería una mezcla de elementos del viejo institucionalismo con los modos no-institucionalistas característicos de las más modernas teorías de la política.

Pasemos a mostrar la presencia del nuevo institucionalismo<sup>3</sup> en las investigaciones de la ciencia política a través de diferentes objetos temáticos a saber: desarrollo económico, expansión y recorte del Estado Social y desempeño institucional.

### **Instituciones y desarrollo económico**

La temática del desarrollo económico fue abordada desde las nuevas perspectivas institucionalistas. Concretamente, Douglass North intentó complementar el enfoque neo-clásico revisado de la economía con la importancia institucional y la existencia de trayectorias propias de la historia. Para el autor que obtuvo el premio Nobel de economía en 1993 el desempeño económico es función de las instituciones y de su evolución. Las instituciones constituyen las reglas del juego en una sociedad, más formalmente, representan los límites establecidos por los hombres y las mujeres para disciplinar las interacciones humanas. Como consecuencia estructuran incentivos de naturaleza política, social y económica. El esquema analítico del cambio institucional que propone se puede sintetizarse en cinco proposiciones.

La primera sostiene que la interacción entre instituciones y organizaciones en un contexto de escasez económica –por tanto de competencia– es la clave para el cambio institucional.

La segunda afirma que la competencia fuerza a las organizaciones a invertir constantemente en habilidades, destrezas y conocimientos para sobrevivir. La clase de competencias y conocimientos que los individuos y las organizaciones adquieren conformarán las percepciones evolutivas de las oportunidades y por consiguiente las opciones que alterarán incrementalmente las instituciones.

En tercer lugar, el marco institucional provee los incentivos que dictan la clase de competencias y conocimientos percibidos como los mejores retribuidos.

---

<sup>2</sup> Kato, J. *Review Article: Institutions and Rationality in Politics – Three Varieties of Neo-Institutionalists* en *British Journal of Political Science*, 26, 1996.

<sup>3</sup> Sin embargo, este giro no puede eximirse de críticas, primero las que se proponen entre sus distintas vertientes y segundo, desde otros enfoques. Este es el caso de Olavo Brasil de Lima Jr. en *Instituições Políticas Democráticas. O Segredo da legitimidade*, Jorge Zahar Editor. Este libro incluye un capítulo que examina críticamente la literatura sobre sistema de gobierno y desempeño. El autor insiste en no olvidar la política como práctica, clave interpretativa a veces bloqueada por efecto de atribuir un poder explicativo excesivo al diseño institucional. La preocupación del autor es cuestionar el componente normativo del giro neo-institucionalista, y asimismo, llamar la atención sobre que las instituciones, además de determinantes, son determinadas, y es más, así debe ocurrir.



En cuarto término, las percepciones proceden de los constructos mentales de los actores.

En quinto lugar, a ser subrayado, las economías de alcance, complementariedades y redes de externalidades de una matriz institucional hacen que el cambio institucional resulte, en la mayoría de los casos, incremental y dependiente de la trayectoria.<sup>4</sup>

Es decir que para North, las organizaciones pueden maximizar su bienestar en el interior de restricciones existentes, o pueden alterar estas restricciones, mientras que la interacción entre instituciones y organizaciones está mediada por un proceso de aprendizaje. Las restricciones formales pueden cambiar pero las informales son mucho más resistentes y con una expectativa de vida superior, considerando el hecho de que las elecciones anteriores sobre instituciones condicionan las elecciones futuras sobre las mismas (*path-dependence*).

### **Instituciones, expansión y recorte del *welfare state***

Asimismo, el nuevo institucionalismo en el análisis del Estado Social y de las políticas públicas sociales ha tomado importancia en años recientes, dando énfasis a las instituciones y desplazando a los enfoques de la convergencia y a las teorías de recursos de poder. Sólo a modo de ejemplo, presentaremos brevemente algunas de los trabajos de esta amplia literatura.

La denominada teoría de la convergencia o lógica del industrialismo<sup>5</sup> sostiene que el crecimiento del *welfare state* y las diferencias entre las naciones en el esfuerzo por alcanzarlo, son producto del desarrollo económico y sus consecuencias demográficas y de organización social. Por su parte, la teoría de recursos de poder<sup>6</sup>, sostiene que el nivel de movilización de la clase trabajadora y la fuerza de los partidos de izquierda son el determinante primario del tamaño de los programas de *welfare state* y de su impacto distributivo.

Una variante dentro del neo-institucionalismo es el llamado enfoque de *veto-players*<sup>7</sup>. El *veto-player* es un actor individual o colectivo cuyo acuerdo es requerido para la modificación de políticas. El concepto de *veto-player* es extraído de la idea de pesos y contrapesos en la Constitución norteamericana. El argumento del *veto-player* sostiene que la estabilidad política se incrementa con el número de *veto-players*, la falta de congruencia entre ellos y la cohesión de cada uno.

---

<sup>4</sup> North, Douglass. 1990. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.

<sup>5</sup> Wilensky, Harold. 1975. *The Welfare State and Equality: Structural and Ideological Roots of Public Expenditures*. Berkeley and Los Angeles: Universidad of California Press.

<sup>6</sup> Stephens, J.D. 1979. *The transition from Capitalism to Socialism*, London Macmillan y Korpi, W. 1980. *Social Policy and Distributional Conflict in the Capitalism Democracies. A Preliminary Comparative Framework*, West European Politics 3.

<sup>7</sup> Tsebelis, George. 1995 *Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism* en *British Journal of Political Science*, 1995.

En un estudio<sup>8</sup> cuantitativo sobre los países de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), Huber, Ragin y Stephens encontraron que las estructuras constitucionales con poder político disperso que a la vez ofrecen múltiples puntos de veto de influencia, están negativamente asociados con la expansión del *welfare state*.

De forma similar, Immergut<sup>9</sup> estudió las reformas de los sistemas de salud en Suecia, Francia y Suiza. Encontró que mientras que en los tres países había poderosas asociaciones médicas que se oponían a las reformas, el factor determinante de éstas fue la estructura de las instituciones políticas, junto a la variación en el número de puntos de veto. Esta autora sostiene que las instituciones políticas fueron decisivas en la formación de la habilidad de los diferentes grupos para activar los recursos de poder e influir sobre la confección de las políticas de salud. Enfatiza la importancia de la centralización del Poder Ejecutivo y de su aislamiento respecto de las presiones, como precondition para la implementación de reformas que significaron modificar el *status quo*. A la inversa, señala que cuando el poder está disperso en instituciones representativas, relativamente pocos grupos de interés están en condiciones de bloquear la legislación reformista, una situación que favorece mucho el mantenimiento del *status quo*. El sistema sueco, con un ejecutivo confiado en el apoyo parlamentario derivado de la disciplina de los partidos, representa un caso polar en su análisis; en tanto que el sistema suizo, con un ejecutivo colegiado multipartidario, con mayorías parlamentarias cambiantes, y sobre todo con la institución popular del referendun, representa el otro polo.

Más recientemente, Huber y Stephens<sup>10</sup> han desarrollado un amplio enfoque teórico para explicar, en casi una veintena de casos de democracias industriales avanzadas, no sólo la expansión en las tres décadas posteriores a la segunda guerra mundial sino la crisis y el recorte de las últimas tres décadas. En ese trabajo consideran, entre otros, el enfoque de los recursos de poder, el enfoque de la estructura del estado y la relación estado-sociedad y un tercero, que tiene en cuenta las complejas relaciones entre la economía internacional y el sistema de estado.

Para esos autores, si bien los partidos políticos fueron el factor más importante en la formación del *welfare state*, en ocasión de su recorte los efectos del color político del gobierno bajaron significativamente, siendo la estructura del estado entendida como concentración o dispersión del poder la que tuvo un efecto importante. Plantean que los sistemas políticos con autoridad concentrada

---

<sup>8</sup> Huber, E., Ragin y Stephens, J. 1993. *Social Democracy, Christian Democracy, Constitutional Structure, and the Welfare State*, en *American Journal of Sociology*, Vol. 99, No. 3, 1993.

<sup>9</sup> Immergut, *The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland and Sweden* en Thelen & Steinmo (eds.) *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Perspective*. Cambridge University Press, 1992.

<sup>10</sup> Huber, E. y Stephens, J. 2001. *Development and Crisis of the Welfare State. Parties and Policies in Global Markets* E. Huber y J. Stephens, The University of Chicago Press

están capacitados para promover reformas en sus sistemas de bienestar social, en tanto que los sistemas políticos con autoridad difusa enfrentan bloqueos a los cambios en las políticas públicas, promovidos por minorías.

### **Instituciones, capital social y desempeño institucional**

Por su parte, Robert Putnam en su libro *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, tuvo como objetivo responder la pregunta de por qué algunos gobiernos tiene buen desempeño y otros no. Concretamente, analizó las diferencias entre el norte y el sur de Italia. Su objeto de estudio fue el proceso de implantación pionera de la descentralización administrativa iniciada en 1970. El autor constató que el norte más desarrollado, supo aprovechar mejor las ventajas de la descentralización mientras que el sur consiguió mejoras pero no al mismo ritmo, ni en la velocidad necesaria para corregir las desigualdades entre las dos regiones.

El desempeño institucional es sistematizado a través de tres dimensiones<sup>11</sup>: continuidad administrativa, deliberación sobre las políticas e implementación de las mismas. Finalmente, el autor encuentra en el contexto cívico la explicación del desempeño institucional. Es decir, termina valorizando la cultura cívica, o civismo, la cultura política y las tradiciones republicanas, en síntesis factores relevantes para la existencia del no tan nuevo pero sin duda notorio concepto de capital social.

Capital social que puede ser visto como las reglas informales o las instituciones informales de las que nos habla Douglass North.

En síntesis, independientemente de cual sea el objeto de estudio (el desarrollo económico, la expansión o la reforma del Estado Social, el desempeño institucional), las instituciones formales o informales importan a la hora de encontrar una explicación para nuestras preguntas de investigación.

## **II. NEO-INSTITUCIONALISMO Y DERECHO**

El nuevo escenario que marca el regreso de la importancia de las instituciones en las ciencias sociales, no se ha advertido suficientemente pero constituye un formidable momento para fortalecer la relación entre la ciencia política, o mejor dicho entre una parte de ella y el derecho.

Una primera razón es que los politólogos y los juristas comparten la preocupación por el diseño institucional<sup>12</sup>, por lo que el nuevo institucionalismo como

---

<sup>11</sup> En las tres dimensiones el autor considera 12 indicadores a saber: estabilidad del gabinete, rapidez presupuestal, servicios estadísticos y de información, legislación reformadora, innovación legal, prestaciones directas ( guarderías y clínicas familiares), instrumentos de política industrial, eficacia de aplicación de recursos, sensibilidad de la burocracia.

<sup>12</sup> Este punto de vista puede encontrarse en *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo xxi* de Francis Fukuyama.

nueva etapa de la ciencia política donde se enfatiza el papel de las instituciones, fundamentalmente formales, se convierte en el escenario privilegiado para fortalecer los vínculos.

En segundo término, una parte de la ciencia política<sup>13</sup> utiliza conceptos y terminología jurídica y por otra, por ejemplo las cuestiones de carácter constitucional, se estudian muchas veces desde una perspectiva híbrida de derecho y ciencia política, cuyo equilibrio depende de si la formación principal del autor es la de un jurista o la de un científico político.

A modo de ejemplo, en el caso uruguayo si bien el principal impulso generador de la ciencia política no vino del derecho, ha tenido en él a importantes precursores<sup>14</sup>. En tal sentido, podemos recordar que Federico Acosta y Lara realizó su tesis de doctorado en jurisprudencia sobre el tema de “Los partidos políticos” y de igual manera Justino Jiménez de Aréchaga (abuelo) daba un sesgo politológico a su enseñanza del derecho constitucional, según sus obras de principios de siglo XX.

Finalmente, es oportuno recordar que el primer curso de ciencia política en el Uruguay se incluyó en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República a partir de la reforma de 1957.

### III. NEO-INSTITUCIONALISMO Y GOVERNANZA (GOVERNANCE)

El nuevo giro teórico en las ciencias sociales en general y en la ciencia política en particular, enfatiza el institucionalismo y ha coincidido con el uso del concepto de *governance*<sup>15</sup>. *Governance*<sup>16</sup> o el nuevo modo de gobernar, ha sido mencionado como equivalente a la idea de capacidad del Estado o a la calidad institucional.

*Governance*, o la capacidad de gobernar en sentido amplio, involucra la capacidad de acción estatal en la implementación de las políticas y en la consecución de las metas colectivas. Por lo tanto, se refiere al conjunto de mecanismos y procedimientos para lidiar con la dimensión participativa y plural de la sociedad, lo que implica expandir y perfeccionar los medios de interlocución y de administración del juego de intereses.

---

<sup>13</sup> Corresponde reconocer que algunas ramas de la ciencia política rechazan los enfoques jurídicos dentro de la disciplina por considerarlos formales y superados.

<sup>14</sup> Para una historia de la ciencia política en el Uruguay consultar el trabajo de Romeo Perez en *Ciencia y Tecnología en el Uruguay de CINVE y el MEC*.

<sup>15</sup> Con anterioridad desde los 60 y 70 ganó relevancia el concepto de gobernabilidad a partir de la línea de reflexión profundizada por Samuel Huntington.

<sup>16</sup> Pierre, Jon.2000. *Debating Governance*, Oxford University Press. Un texto ineludible para profundizar en la importancia del concepto para los temas de la Democracia, el Estado y Relaciones Internacionales.

Las nuevas condiciones<sup>17</sup> internacionales y la complejidad creciente del orden social presuponen, según una parte de la literatura, un Estado dotado de mayor flexibilidad, capaz de descentralizar funciones, transferir responsabilidades y alargar, en lugar de restringir, el universo de los actores participantes, sin dejar de utilizar los instrumentos de control y supervisión.

A partir de inicio de los noventa, varios documentos del Banco Mundial han resaltado el concepto de *governance* para expandir la eficacia de la acción estatal.

Más recientemente, el Banco Mundial ha desarrollado indicadores del concepto sobre una base bianual a partir de 1996. Los indicadores utilizados están basados en 250 mediciones individuales tomadas de 25 fuentes diferentes producidas por 18 instituciones entre las que se cuentan organizaciones internacionales, agencias calificadoras de riesgo y ONGs.

Los autores<sup>18</sup> del informe definen el concepto de *governance* de forma amplia como “las tradiciones e instituciones por las cuales la autoridad es ejercida en un país”.

El estudio cuantifica indicadores para seis dimensiones<sup>19</sup> de la *governance* a saber: Voz y prestación de cuentas, estabilidad política y ausencia de violencia, efectividad gubernamental, calidad regulatoria, vigencia del Estado de Derecho y control de la corrupción.

En síntesis, la *governance* como concepto que se ha hecho costumbre muestra la importancia ineludible de las instituciones en la nueva forma de gobernar.

## CONCLUSIÓN

En síntesis, en la primer parte sostenemos que el nuevo institucionalismo con su énfasis en la variable institucional aparece tanto en la temática del desarrollo económico (Douglass North), como en la expansión y recorte del Estado Social (Huber, Ragin y Stephens o Immergut) o el desempeño institucional (Robert Putnam). Luego, expresamos que este giro teórico es un buen escenario para fortalecer la relación entre la ciencia política y el derecho. Finalmente, mostramos que el giro teórico neo-institucionalista coincide con la costumbre en

---

<sup>17</sup> El cambio de control jerárquico a la gobernanza moderna se observó por primera vez alrededor de los años 70 en los países de Europa Occidental, nos dice Renate Mayntz en *El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna*.

<sup>18</sup> Kaufmann, Daniel, Aart Kraay y Massimo Mastruzzi, “Governance Matters III: Governance Indicators for 1996-2002”, The World Bank, May 8, 2003.

<sup>19</sup> Los datos de las diversas fuentes se clasifican en cada una de las dimensiones y utilizando técnicas estadísticas se calculan valores estimados para cada una. El valor numérico de los indicadores se determina estableciendo para cada período una distribución normal con media cero y desviación uno, por lo que virtualmente todos los puntajes varían entre -2,5 y 2,5 de modo que los valores mayores corresponden a mejores desempeños.

el uso del concepto de governance, donde se enfatizan también los aspectos institucionales, entre otros la vigencia del Estado de Derecho, para hablar de la nueva forma de gobernar.

## BIBLIOGRAFIA

- BRASIL de Lima Jr, Olavo.(1997), *Instituciones Políticas Democráticas. O segredo da legitimidade*. Jorge Zahar Editor.
- BUSQUETS, Jose Miguel (2005). *Análisis Comparado de las Reformas de la Seguridad Social en el Cono Sur y Bolivia*. (1981-1995), LAPZUS.
- DINIZ, Eli. (1996), *Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. en O Desafio da Democracia na América Latina*, IUPERJ.
- FUKUYAMA, Francis. (2004). *La Construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI. SINE QUA NON*.
- HUNTINGTON, Samuel. (1968). *Political Order in Changing Societies*. New Haven e Londres, Yale University Press.
- HUBER, Evelyne, RAGIN, Charles y STEPHENS, John (1993), “Social Democracy, Cristian Democracy, Constitutional Structure, and The Welfare State” en *American Journal of Sociology*, 1993.
- (1997), “Welfare Reform in Latin America: Comparative Perspectives”, paper Prepared for the *Conference on Social Policies for the Urban Poor in Latin America. Welfare Reform in a Democratic Context*. Kellogg Institute, Universty of Notre Dame, September 12-14, 1997.
- (2001), *Development and Crisis of Welfare State. Parties and Policies in Global Markets*. The University of Chicago Press
- IMMERGUT, Ellen (1992), “The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland and Sweden” in Thelen & Steinmo, eds. *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Perspective*. Cambridge University Press.
- KATO, Juno (1996), “Review Article: Institutions and Rationality in Politics-Three Varieties of Neo-Institutionalist”, *British Journal Political Science*, 26.
- KORPI, W. (1980), “Social Policy and Distributional Conflict in the Capitalist Democracies. A Preliminary Comparative Framework” en *West European Politics* 3 (3), octubre
- MAYNTZ, Renate. (2001), *El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. Revista del CLAD Reforma y Democracia No 21*.
- NORTH, Douglass (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.

- 
- PEREZ, Romeo. (1986), "Ciencia Política" en *Ciencia y Tecnología en el Uruguay*. MEC y CINVE.
  - PIERRE, Jon. (2000), *Debating Governance*. Oxford University Press.
  - PUTNAM, Robert (1996), *Comunidade e democracia: a experiencia da Italia moderna*. Fundacao Getulio Vargas.
  - SKOCPOL, Theda. (1985), "Bringing the State Back In: Strategies of analysis in Current Research" en EVANS, P., RUESCHEMEYER, D. y SKOCPOL, Th. (eds.) *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge.
  - STEPHENS, J.D. (1979), *The Transition from Capitalism to Socialism*, London: Macmillan.
  - TSEBELIS, George. (1995), *Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism* en *British Journal of Political Science*,
  - WEAVER, R. Kent and Bert A. Rockman (1993), *Do institutions matter? Government Capabilities in the United States and Abroad*. The Brookings Institution.
  - WILENSKY, Harold. (1975), *The Welfare State and Equality: Structural and Ideological Root of Public Expenditures*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
  - WILENSKY, H. y JOHANNSON, G. (1981) "Leftism, catholicism and democratic corporatism: the rol of political parties in recent Welfare State development" en FLORA, P. y A.J. HEIDENHEIMER (eds). *The Development of Welfare State in Europe and America*, Transaction Books, Princeton
  - WORLD BANK. (1992a), *Governance and Development apud International Bank for Reconstru*





# LOS PARLAMENTOS ¿CREAN DERECHO?

## Sobre teoría del derecho y su transposición didáctica\*

*Oscar Sarlo\*\**

### 1. PLANTEAMIENTO

El conocimiento vulgar sobre el derecho da por sentado que el derecho es creado por los parlamentos y aplicado por los jueces. Correlativamente, se afirma rotundamente que los jueces no crean derecho.

La crítica de la exégesis a fines del siglo XIX y el desarrollo de la teoría jurídica en el siglo XX puso en cuestión –como todos sabemos– el papel de los jueces, provocando una revisión profunda de los supuestos de la teoría clásica del derecho, al punto que muchos teóricos afirman que los jueces crean derecho.

Sea cual sea la respuesta, es notorio que una y otra vez vuelve a plantearse el problema de si los jueces crean derecho o no.

Lo que me ha llamado la atención, en cambio, es que no se plantee con la misma fuerza e insistencia el problema de si los parlamentos crean derecho, siendo que en general –aunque no necesariamente– las razones para problematizar una fuente, sirven para problematizar a la otra.

Me temo que las razones de esta discriminación sean más ideológicas que teóricas, y que articulando todo esto, haya que mirar a la práctica de la transposición didáctica de los saberes jurídicos.

Pero vayamos por partes.

---

\* Ponencia presentada a las XIX Jornadas Argentinas y Primeras Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social, San Carlos de Bariloche, 7-9 de octubre de 2005.

\*\* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de la República (Uruguay). E-mail: [ossarlo@adinet.com.uy](mailto:ossarlo@adinet.com.uy)

## 2. LA CUESTIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Como es sabido, la concepción clásica veía la creación del derecho como una manifestación de la voluntad soberana<sup>1</sup>, esto es, la voluntad suprema de la sociedad. De alguna manera, esto significaba una trascendentalización de las relaciones personales que se daban en una sociedad fuertemente jerarquizada.

En la tradición anglosajona, John Austin decía que el derecho propiamente dicho es un *mandato del superior político determinado –o soberano– que obliga a los jurídicamente inferiores –o subditos– a actos de sumisión, mediante la imposición de una pena en caso de desobediencia, y todos los mandatos del soberano que tienen esa finalidad son leyes*, mientras que para la exégesis francesa, en la tradición continental, todo el derecho se reduce a la ley, y por ende a la voluntad del Estado expresada por el legislador.

A lo largo del siglo XX esta concepción fue sometida a crítica desde diversos ángulos.

En especial me interesa la crítica del positivismo, como corriente dominante en la teoría jurídica, la cual formulará muy serios reparos a la concepción clásica en este tema.

En primer lugar, la moderna teoría del derecho advierte que la creación del derecho no puede ya ser el producto de ninguna voluntad por sí misma, porque la voluntad jurídicamente relevante no es la psicológica (ni siquiera la colectiva) sino aquella autorizada por las normas del sistema jurídico.

Por otra parte, para no caer en circularidad, la misma voluntad no puede afirmar que está autorizada. Por consiguiente, si –al menos– una de las condiciones de la validez del derecho creado, radica en que sea producido conforme lo autorizan normas previamente creadas, pues entonces ya no es fruto de una expresión de voluntad, sino de una instancia posterior que corrobore la creación de derecho. Esto significa, en última instancia, que el derecho no es meramente un fenómeno de poder, sino de interpretación o comprensión normativa; en todo caso, será una manifestación del poder para generar en otros esa interpretación.

Por ejemplo, podemos decir que la voluntad expresada por una votación en el Parlamento será una ley, si y sólo si se han cumplido con los requisitos establecidos previamente por la constitución para que algo valga (pueda interpretarse) como ley, y esto ya no depende del mismo parlamento (o los parlamentarios) sino de la interpretación que hagan otros, en especial, un tribunal de control constitucional cuando él existe.

Pero tampoco basta con que algo pueda ser interpretado conforme a la voluntad del creador de la norma, o de un tribunal que lo controle, sino que será preci-

---

<sup>1</sup>Del mismo modo que las relaciones jurídicas privadas surgían de la voluntad individual.

so contar con la cooperación interpretativa de aquéllos que tienen que aplicarla: el poder administrador y los tribunales. Si por alguna razón éstos no contribuyeran a la efectividad del mandato legislativo, éste quedaría ‘flotando’ en una dimensión de pensamiento, sin consecuencias prácticas.

Con estas movidas, la categoría de lo jurídico pierde la simplicidad y nitidez que tenía cuando estaba asociada biunívocamente al concepto de ley positiva. Para manejar este complejo problema, será preciso entonces, realizar ciertas precisiones en la noción de crear derecho. En efecto, bajo la denominación de crear derecho se están aludiendo fenómenos muy diversos, como por ejemplo: (a) producir un texto dotado de autoridad oficial (sancionar una ley, suscribir un contrato, etc.) (b) lograr que ese texto sea comprendido como derecho por sus intérpretes, y (c) lograr que ese texto logre motivar las conductas de sus destinatarios directos, o de quienes tienen el cometido de hacerlo cumplir, para que lo hagan efectivamente de acuerdo con la intención con la cual fue sancionado, etc.

No cabe duda que en el sentido (a) el parlamento crea derecho, pero también lo hacen otros órganos autorizados a disponer derechos y obligaciones. Pero crear derecho en el sentido (b) ya no depende exclusivamente del parlamento, sino que dependerá de ciertos códigos que condicionan la inteligibilidad del mensaje. Todavía más: que la interpretación coincida con la querida por sus redactores, es algo que también dependerá de factores diversos. Finalmente, si por crear derecho entendemos el sentido (c) entonces tal eventualidad depende todavía de la decisión de otras autoridades que gozan de una autoridad muy grande, pues un acto de creación normativa no se parece a dar una orden, sino que en todo caso, se trataría de una orden que se incorpora a un conjunto de órdenes que conforman un sistema, y que se interpreta como un todo coherente. Algunas versiones realistas<sup>2</sup> señalan que sólo podríamos decir que el acto legislativo (a) crea derecho en el sentido (c) si podemos conjeturar que los tribunales han de aplicarlo. Si no existe conjetura plausible en tal sentido, pues habría que esperar a ver qué pasa en los tribunales. Otros teóricos, como Kelsen<sup>3</sup>, son partidarios de abrir un crédito a los actos sancionados (a) que logren el resultado (b), reservando el juicio adverso para el caso que resulten desestimados por los tribunales.

En cualquier caso, vemos que para los teóricos del programa positivista, la relevancia normativa jurídica de un acto emanado del parlamento (al igual que los emanados de otros órganos) descansa en su dimensión pragmática. Ya para Kelsen la noción de norma jurídica depende de la interpretación destinteresada de un tercero, pues es la que puede captar el sentido objetivo de un acto de volun-

---

<sup>2</sup> Tal el caso de Alf Ross, por ejemplo, en *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 40. Como advierte Ross, esto ya había sido mostrado en la cuna de la exégesis, por Jean Cruet, *La vie du droit e l'impuissance des lois*, Paris, 1908. En este sentido también, Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, decisão, dominação*, San Pablo, Atlas, 1988, p. 89.

<sup>3</sup> Ver, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1979.

tad orientado a motivar la conducta de otros. Más contundente es la tesis de Ross, para quien la mera sanción de una ley no autoriza a considerarla derecho vigente, salvo que por otros antecedentes pudiera pronosticarse con certeza que será aceptada y aplicada por los tribunales.

Este giro pragmático en la concepción del derecho, puede sintetizarse diciendo que el derecho es visto como un fenómeno institucional, lo cual significa que se trata de un fenómeno relacionado con el ejercicio del poder, y comprendido por sus participantes conforme a reglas.

Por lo tanto, si hemos de seguir hablando del parlamento como creador de normas, deberemos tener el cuidado de distinguir entre dos cosas. Por un lado, estarán los textos normativos, pero por otro, estarán los sentidos obligatorios que pueden elaborarse o generarse a partir de esos textos. No hay problema en mantener que los parlamentos efectivamente crean, con carácter autoritativo, textos normativos, de carácter general y abstracto. Pero que sean interpretados como derecho y –más aún– como derecho vigente, ya no depende de su propia voluntad, sino que dependerá de que otros sujetos acepten que su sentido es obligatorio y además estén dispuestos a hacerlo efectivo.

Claro que para que este fenómeno se hiciera visible, fue preciso aguardar a que aparecieran instancias de efectivo control de esos requisitos. En el derecho privado esto no era novedad, pues siempre estuvo claro que, por ejemplo, los contratos valían en la medida que la voluntad se hubiera expresado cumpliendo determinados requisitos; pero esto no estaba tan claro respecto de las leyes. La clara percepción de este fenómeno se origina en cambios notables operados en el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Por un lado, la irrupción de las constituciones, como cuerpos normativos, y por otro, la consolidación del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Estos fenómenos eran desconocidos en la época en que se conformó la doctrina clásica del derecho<sup>4</sup>.

Por consiguiente, para la concepción contemporánea del derecho, la producción normativa no es atribuible a órganos aislados, sino que es el resultado de prácticas institucionales complejas, que requieren del juego armónico o cooperativo de distintas autoridades.

De alguna manera, esto es la consagración del programa de la ilustración para controlar el poder, basado en la idea de distribuir el poder entre distintos órganos para motivar la interacción entre ellos, y de esa manera configurar una efectiva garantía de la libertad pública.

---

<sup>4</sup> Sólo existía la práctica norteamericana del control de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema, a partir del famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803.

### 3. TEORÍA DEL DERECHO Y TRANSPOSICIÓN DIDÁCTICA<sup>5</sup>

La traslación de los saberes científicos a los sistemas educativos, ha sido estudiada por varios teóricos de la educación, y se conoce actualmente como transposición didáctica.

Este proceso de transposición didáctica de los saberes científicos a saberes escolares plantea problemas teóricos y prácticos de gran importancia en lo que se denomina *alfabetización científica y tecnológica*.

El hecho de que estos procesos se cumplan de manera un tanto espontánea significa que casi nunca se estudian sus implicaciones a largo plazo. Por ejemplo, algunos autores sugieren que la introducción de la física newtoniana en el discurso escolar pudo haber producido una visión mecanicista del mundo, que llevó a que otros intelectuales extendieron los poderes del paradigma newtoniano hacia otros campos como son los sociales. Por otra parte, se señala que esta falta de planificación a largo plazo implica que no se ha discutido —y menos investigado— cómo un determinado grupo de conocimientos científicos puede ser útil en la vida diaria de quienes los aprenden.

En general, existe la idea de que para el conocimiento escolar basta una versión simplificada del conocimiento de los expertos. Sin embargo, ahora se entiende que el conocimiento escolar es mucho más que esto. Según Fernando Cajas, durante los últimos treinta años la traslación del conocimiento científico al escolar ha cambiado radicalmente debido a la emergencia de la investigación en didáctica de la ciencias que ahora ilumina la selección y adaptación de conocimientos científicos a sistemas educativos. Entonces, es preferible llamar a este fenómeno *transposición didáctica*, para distinguirlo de la mera traslación de conocimientos sin mayor fundamento teórico.

Según este mismo autor, en la actualidad existen criterios de transposición didáctica que ya no son los criterios individuales de los escritores de libros escolares, sino una serie de elementos que intentan promover un discurso científico escolar más coherente y relevante para la vida diaria. Entre estos criterios destacan los siguientes:

- a) desarrollar ciencia para todos, no sólo para aquéllos que van a ser científicos (democratización);
- b) reducir la cantidad de contenido (menos es mejor);

---

<sup>5</sup> La importancia de la *transposición didáctica* la advertí en el Taller sobre «Comprensión y Producción de Textos para el Área Social» a cargo de las docentes Susana Barco y Sonia Lizarriturri en agosto de 2005. Coincidentemente, por esos días se publicó en Montevideo un excelente estudio sobre “La transposición didáctica de la interpretación en la enseñanza formal de los juristas en la UDELAR”, de Gianella Bardazano, que aborda la problemática en la enseñanza universitaria del derecho. En este apartado sigo el tratamiento de Fernando Cajas, “Alfabetización científica y tecnológica: la transposición didáctica del conocimiento tecnológico”, en *Rev. Enseñanza de las ciencias*, 2001, 19 (2), 243-254.

- c) aumentar la coherencia de lo que se enseña (más conexiones dentro de las ciencias con matemática y tecnología);
- d) aumentar la relevancia de la ciencia, matemática y tecnología aprendida para la vida cotidiana (relevancia).

Pues bien, lo que quiero señalar es que aún cuando en el caso del derecho, los textos de introducción para secundaria o primaria están redactados por expertos del mas alto nivel, por alguna razón no se da cuenta adecuada de los avances en la teoría jurídica, lo cual indudablemente no resulta ni inocuo ni inocente.

Una muestra de los libros más conocidos de introducción al derecho de Argentina (Aftalión, Vilanova y Raffo) , Brasil (Miguel Reale) y Uruguay (Enrique Véscovi), nos muestra que lo que se enseña y por ende lo que se aprende, es decididamente anacrónico.

En la conocida Introducción al derecho de Aftalión, Vilanova y Raffo, al tratar el tema de la ley, se dice:

*“Ley es, pues, para la ciencia jurídica, la norma jurídica general en cuanto originada en la legislación, y de aquí que los autores suelen emplear por brevedad, la palabra ley para designar tanto a la norma como a la fuente de la que emerge, es decir la legislación”*<sup>6</sup>.

Por cierto que en este libro se utiliza una bibliografía muy actual y amplia, y los autores sienten la necesidad de advertir al estudiante que esa concepción formal de la ley reconoce ciertas limitaciones. Por ejemplo, dirán que *toda norma jurídica recibe su vigencia y validez, su existencia misma como norma, de la ‘voluntad del pueblo’, es decir, del consenso colectivo manifestado por el acatamiento público y común.*<sup>7</sup> Y agregará que el establecimiento de la ley por el legislador *confiere a cada ley cierta vigencia*<sup>8</sup> pero agrega que *no basta con ella, pues podría ocurrir que si el legislador se apartase excesivamente de la realidad en dicho establecimiento, la comunidad en conjunto desconociese a la postre una ley cualquiera y ésta quedase como pura letra muerta*<sup>9</sup>.

Como puede apreciarse, la caracterización de la ley como norma jurídica, oscila entre la concepción formal de la teoría clásica y una concepción también clásica que la condiciona a una aceptación general, desconociendo el carácter institucional que la doctrina contemporánea reconoce al derecho, para lo cual será suficiente que la ley sea reconocida y acatada por los tribunales y demás órganos que deben aplicarla.

<sup>6</sup> Aftalión, E., Vilanova, J. y Raffo, J., Introducción al derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p.588.

<sup>7</sup> Aftalion, op.cit., p. 590.

<sup>8</sup> Aftalion, op.cit., p. 591.

<sup>9</sup> Aftalion, op.cit., p. 591, nota 10.

En su Introducción al Derecho, al tratar de las fuentes, el prof. Miguel Reale afirma que *la ley sólo se origina en un órgano cierto y según un proceso prefijado. Es el resultado de una elaboración que en todos sus momentos y en todo su ritmo está determinada por una ley anterior, y en definitiva, por la Constitución*<sup>10</sup>. No obstante, en un capítulo anterior al tratar de la validez de la norma jurídica, reconoce que *No es raro que, en la vida ordinaria, se confunda el Derecho con la ley. Las características del derecho legislado han motivado la opinión de que es suficiente el requisito de la vigencia para que la norma jurídica tenga existencia real*<sup>11</sup>. Por cierto, esta observación correcta, se pierde cuando vemos que ella le da pie para afirmar como condición de validez de la norma jurídica si eficacia o efectividad, entendiendo por ésta *al cumplimiento efectivo del derecho por parte de la sociedad, al 'reconocimiento' del derecho de la comunidad en el plano social o, más concretamente, a los efectos sociales que el cumplimiento de la norma suscita*<sup>12</sup>.

Por último, para el más famoso texto de Introducción al derecho uruguayo<sup>13</sup> la ley es una fuente de derecho, una forma de manifestarse la norma jurídica que se define como *toda norma de carácter obligatorio general y abstracta dictada por el legislador*<sup>14</sup>. Agrega luego que *la confección de la ley está encomendada a un poder especializado en esa función: El Poder Legislativo. Él es quien hace y deroga las leyes*<sup>15</sup>. Más adelante, refuerza esta concepción afirmando que *La promulgación es un acto por el cual la ley adquiere fuerza obligatoria para sus destinatarios*.

Leyendo estos textos, con sus dudas, y sus ambigüedades, parece de todas maneras que subyace en ellos una concepción performativa (Austin) o declarativa (Searle) del proceso legislativo: daría la impresión que para estos autores basta cumplir con los procedimientos formales, en especial, poner el “cúmplase” según Véscovi, para que la norma adquiera fuerza obligatoria.

Nada más lejos de las conclusiones de la teoría contemporánea, que visualiza al derecho como un sistema institucional, lo cual implica que descansa sobre un juego cooperativo entre creación de disposiciones generales y aplicación de soluciones en casos concretos, y en especial, un juego cooperativo entre voluntad normativa e interpretación normativa, sin el cual no es posible entender una experiencia como derecho.

En lugar del carácter performativo que parecen suponer los autores de la transposición didáctica, la creación normativa tiene el aspecto de un discurso funcionalmente prescriptivo o directivo, lo cual implica que su éxito dependerá

<sup>10</sup> Reale, Miguel, Introducción al Derecho, Madrid, Pirámide, 1986, p. 123.

<sup>11</sup> Reale, op. cit., p. 98.

<sup>12</sup> Reale, op. cit. p. 100.

<sup>13</sup> Véscovi, Enrique, Introducción al derecho, Montevideo, Idea, 1998.

<sup>14</sup> Véscovi, op.cit., pp. 108-109

<sup>15</sup> Véscovi, op.cit., p. 110

de la motivación que genere en sus destinatarios (dimensión perlocucionaria), que serán , en primer lugar los órganos encargados de hacerlas cumplir. Sobre esta interacción cooperativa descansa la existencia o no del derecho, o mejor dicho, de las normas jurídicas.

#### **4. CONCLUSIONES**

Después de esta revisión de los más difundidos textos de introducción al derecho en la región, cabe suponer que la transposición didáctica del estado del arte en la teoría jurídica adolece de marcados defectos.

Se transmiten ideas centrales que responden a esquemas perimidos, pero que tienen la fuerza de ideas muy simples y consistentes con la ideología característica de una sociedad jerárquica, dominada por el Estado, y donde el derecho es visto como un instrumento de dominación, sin lugar posible como herramienta de participación y control del poder público a cargo de la sociedad civil. En este contexto, el papel de los tribunales, hoy central en la teoría jurídica, queda totalmente desdibujado.



## RESPONSABILITÀ E POTERE

*Giuliano Palagi\**

A dieci anni dalla introduzione in Italia della figura del direttore generale dell'ente locale, si può iniziare a ragionare su questa esperienza? Quali sono soprattutto le prospettive di sviluppo della funzione di direzione?

Per convinzione e per esperienza diretta di gestione, sono certo che l'efficienza, il buon andamento del sistema del governo locale, è già stato concretamente incrementato dall'affermarsi di questa figura.

Il consolidamento e un forte rilancio del ruolo del direttore generale possono rafforzare il processo.

La presenza al vertice amministrativo degli enti di una figura operativa, capace di introdurre nell'ente pubblico la capacità gestionale, la competenza giuridica orientata ai risultati, gli strumenti di scienza dell'amministrazione e alcuni aspetti della cultura d'azienda, costituisce un elemento determinante per l'innovazione.

Non è popolare sostenere questa posizione oggi, in un contesto decadente e deludente, caratterizzato da una forte attrazione per le banalizzazioni mediatiche e per la conservazione, istituzionale, sindacale, gestionale.

---

\* Direttore generale della Provincia di Pisa. È nato a Pisa il 19 novembre 1961. È laureato in Giurisprudenza ed ha conseguito un master in Scienza dell'Amministrazione. Ha lavorato come funzionario in una azienda di servizi pubblici locali, in una impresa privata di formazione e nell'amministrazione centrale dello Stato, come dirigente presso ISMEA. Ha svolto attività di docenza presso le Università di Pisa, Firenze, Bologna, Szarvas (Ungheria), Montevideo e presso altri centri di formazione italiani. Dal 2004 è Direttore Generale della Provincia di Pisa. Fa parte del Comitato di settore Regioni – Enti locali dell'Agenzia di rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, del Comitato tecnico-scientifico di UPI Toscana e del Consiglio direttivo dell'Associazione nazionale direttori generali enti locali (ANDIGEL). È coordinatore del Comitato scientifico di ANDIGEL.

Ma esistono gli spazi per una ripresa del cammino della innovazione? A mio parere sì, purché si riattivi il circuito virtuoso di una maggiore capacità decisionale e di una reale responsabilità gestionale.

Responsabile è chi decide e chi è responsabile per l'ordinamento deve decidere, davvero.

Per contrastare la progressiva chiusura di spazi di autonomia, di responsabilità e di decisione, particolarmente avvertita dagli enti locali, la scelta giusta da fare è allora quella di un forte investimento istituzionale per incrementare la effettiva capacità decisionale a livello gestionale.

Un aspetto determinante di questa nuova prospettiva è l'attribuzione al direttore generale del potere di nomina e di revoca dei dirigenti. Scegliere la squadra significa essere pienamente responsabili e decidere consapevolmente.

Avere il governo effettivo delle risorse umane e insieme la disponibilità delle risorse finanziarie, strumentali e tecniche, attraverso la piena autonomia nella elaborazione e nell'attuazione del piano esecutivo di gestione.

Un terzo tassello importante è rappresentato dalla revisione e dalla semplificazione dei sistemi di valutazione del personale e dei dirigenti, con spazi più ampi e sostanziosi per il riconoscimento del merito, individuale e del gruppo di lavoro.

Fare queste scelte significa rafforzare gli enti territoriali con una migliore capacità di governo e dare una maggiore compattezza all'assetto organizzativo.

Rafforzare la capacità decisionale rende possibile l'impegno per la straordinaria amministrazione.

Parlare oggi di un'amministrazione "straordinaria", nel senso di un'amministrazione grande, di una sfida entusiasmante, significa anche esprimere la fiducia che molti ancora hanno nei confronti della Pubblica Amministrazione, nelle sue risorse umane, nelle sue capacità organizzative e di innovazione, per lo sviluppo del paese.

Per gestire questa fase straordinaria devono essere definiti precisamente i criteri che caratterizzeranno il profilo e le regole d'ingaggio della nuova figura del direttore generale, ovvero una rigorosa e accertabile professionalità, la definita temporaneità dell'incarico e l'effettività dei poteri, appunto.

Penso, infine, sia fondamentale perseguire un disegno di integrazione reale e di collaborazione leale con i segretari comunali e provinciali.

Con funzioni distinte e non comparabili, prima di tutto e insieme queste figure professionali sono funzionari pubblici, al servizio esclusivo della Nazione, con l'unico fine di assicurare il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

---

I direttori generali sono e vogliono essere persone delle istituzioni, consapevoli della fiducia riposta nelle loro capacità professionali, certi del valore oggettivo dei risultati delle loro esperienze di gestione.

Hanno il compito e l'intenzione di gestire gli enti con sistemi moderni ed efficienti, ma non vogliono limitarsi alla organizzazione interna. Vogliono creare ponti con i territori e opportunità di collaborazione con tutti i soggetti rappresentativi, con una particolare attenzione a coloro che hanno sensibilità per la modernizzazione del paese e della pubblica amministrazione e soprattutto concreta capacità realizzativa dei cambiamenti.



## APÉNDICE

### LEY K N° 4270

**Artículo 1°** - Consolidación normativa: Se consolidan al día 29 de noviembre de 2007, en el Digesto Jurídico de la Provincia de Río Negro, las leyes y normas de igual jerarquía y sus respectivos textos ordenados temáticamente, sistematizados, actualizados, fusionados y corregidos, conforme el listado del Anexo A y cuerpo normativo del Anexo B, que integran esta Ley.

Se anexan los textos de las normas nacionales, a las leyes provinciales de adhesión.

**Artículo 2°** - Caducidad: Se declara la caducidad por plazo vencido, objeto o condición cumplidos de las leyes y normas de igual jerarquía que surgen del listado del Anexo C que integra esta Ley.

**Artículo 3°** - Abrogación expresa: Se abrogan las leyes y normas de igual jerarquía que se detallan en el listado Anexo D, por considerárselas implícitamente abrogadas por normas posteriores a su vigencia. Se aprueba el listado de normas abrogadas y de las nulificadas expresamente del Anexo E. Ambos Anexos integran esta Ley.

**Artículo 4°** - Alcance particular: Se determinan como de alcance particular, vigentes, pero excluidas del Digesto Jurídico de la Provincia de Río Negro, las leyes y normas de igual jerarquía que se detallan en el Anexo F, el que integra esta Ley.

**Artículo 5°** - Listado único: Se aprueba como Anexo G e integrante de la presente, el listado único correlativo de las leyes y normas de igual jerarquía que contiene el conjunto de las acciones que se determinan en los artículos 1° a 4° de esta Ley.

**Artículo 6°** - Constitución de la Provincia: Se incorpora como norma fundacional encabezando el cuerpo normativo consolidado, a la Constitución de la Provincia de Río Negro, sancionada el 3 de junio de 1988, en la versión emanada de la Convención Constituyente y publicada en el Boletín Oficial N° 2572, con la incorporación de las fe de erratas publicadas en el Boletín Oficial N° 2585.

**Artículo 7°** - Cartas Orgánicas Municipales: Se incorporan a la materia “Municipal” del Digesto Jurídico de la Provincia de Río Negro, las Cartas Orgánicas Municipales vigentes de los Municipios de la provincia que la tengan, en la versión publicada de las mismas, sin corrección ni modificación alguna, por ser de competencia extraña a esta Legislatura.

**Artículo 8°** - Leyes no vigentes: Se conservan en un cuerpo histórico de consulta, las leyes y normas de igual jerarquía que han perdido vigencia por causales objetivas previas o como consecuencia de esta Ley de Consolidación Normativa.

## ÍNDICE DE AUTORES

- AARNIO, 79  
ABATE, 39  
ABO, 20  
ADAM, R., 166  
ADINOLFI, Mario, 308n., 309, 309n., 310, 310n.,  
314  
AFTALIÓN, E., 398, 398n.  
AGEJAS, José Ángel, 136  
AGUILÓ REGLA, Josep, 84n., 129,  
AINIS, M., 362n.,  
ALCHOURRÓN, Carlos, 6n., 185n.,  
ALEXY, Robert, 125, 128, 128n., 129  
ALLEGRETTI, U., 168  
ANDREOTTI, A., 325  
ANDRUCCIOLI, P., 331n., 336  
ANDUIZA, Eva, 29n.  
ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, 98n., 100n.,  
101n., 129, 135  
APEL, Karl-Otto, 135, 136  
ARDREY, Robert, 40n.  
ARENDR, Hanna, 224  
ARNSPERGER, Christian, 336  
ARQUÍMEDES, 353n.  
ATIENZA, Manuel, 117, 118, 118n., 119, 119n.,  
123n., 129  
AUBY, J-B., 206n.  
AVRIL, Pierre, 123n., 130  
BAGETTO, Lucca, 137  
BAIRD, Robert M., 137  
BALDINI, Paolo, 119, 119n.  
BALLADORE-PALIERI, Giorgio, 75n.  
BANKOWSKI, Z., 100  
BARABASI, Albert-Laszlo, 304n., 312  
BARBARINO, F.C., 324, 325  
BARBER, B., 278n.  
BARBIERI, P., 325  
BARCO, Susana, 397n.  
BARDAZANO, Gianella, 397  
BARRAT ESTEVE, Jordi, 30n.,  
BARRETT, G., 151n.  
BARTOLE, S., 155n.  
BARTOLO DE SASSOFERRATO, 8n.  
BARUFFI, M.C., 151n.  
BATTERBURY, S., 267, 275  
BAUER, W.M., 274, 276  
BEAVIN BAVELAS, J. 45n., 61n., 63  
BECCARIA, Cesare, 81, 129  
BECK, Ulrich, 70, 290n., 299  
BELLOTTO, G., 330n., 336  
BEMELMANS-VIDEC, Marie-Louise, 354n.  
BENDIX, J., 224  
BENEDETTI, Rachele, 289, 296n., 299, 327, 337  
BENTHAM, Jeremy, 77, 119n., 120, 355, 355n.,  
BERGERON, R., 361n.  
BERGSTRÖM, C.F., 153n.  
BERNERS-LEE, Tim, 302, 312  
BERTALANFFY, Ludwig von, 49n., 50n., 52n.  
BERTANI, Lorenza, 325  
BERTINI, Leonardo, 301, 307n.  
BESSANT, J., 263, 276  
BETTETINI, Gianfranco, 137  
BIAGIOLI, Carlo, 75n., 122n.  
BIANCHERI, Rita, 11, 65, 65n.  
BIANUCCI, G., 359n.  
BIELSA, Rafael, 363  
BIGNAMI, F., 212n.  
BLANCHÉ, Robert, 352  
BOBBIO, Norberto, 76, 88, 129, 275, 276  
BONCIANI, Barbara, 326, 327n., 337  
BONHOEFFER, Dietrich, 140  
BONOMO, L., 337  
BORGHI, V., 290n., 300  
BORGHINI Andrea, 249, 250n., 257  
BOURDIEU, Pierre, 69, 70, 317, 325  
BOYTE, H., 278n.  
BRANDSMA, G.J., 153  
BRASIL DE LIMA Jr., Olavo, 384n., 390  
BRENNA, Ramón G., 8, 12, 183, 183n., 192n.,  
194n.

- BRIAN, Ana, 30n.  
 BRITO, Mariano, 16n., 18n.  
 BROWRING, John, 355n.  
 BRUNO, F., 151n.  
 BULYGIN, Eugenio, 6n., 185n.,  
 BURTON, J. W., 40n.  
 BUSH, R., 44, 44n., 45, 46, 62  
 BUSQUETS, José Miguel, 12, 383, 390  
 CAETANO, Gerardo, 30n.  
 CAGGIANO, G., 153n.  
 CAGNONI, José, 35n.  
 CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., 16n.  
 CAJAS, Fernando, 397, 397n.  
 CALAMANDREI, P., 75n.  
 CALAMIA, A.M., 165n.  
 CALCATERRA, Rubén A., 11, 37, 38n., 49n.,  
 57n., 58n., 59n., 60n., 62  
 CALSAMIGLIA, Albert, 83n., 129  
 CALVO SOLER, Raúl, 61n., 63  
 CAMAGNI, R., 290n., 292, 292n., 293n., 299  
 CAMPODONICO, Angelo, 137  
 CANNIZZARO, E., 168n., 172n.  
 CAPLOW, Theodore, 41, 41n., 63  
 CAPOGRASSI, G., 74n.  
 CAPPELLETTI, Mauro, 221n.  
 CARBONNIER, Jean, 187, 187n., 355n.,  
 CARCASSONNE, Guy, 16n.  
 CARCATERRA, Gaetano, 100  
 CARETTI, P., 168n.,  
 CARNELUTTI, F., 75n., 186  
 CARTABIA, M., 168n., 169n.  
 CASSESE, A., 157n., 165n., 207n., 211n., 212n.,  
 215n., 323  
 CASTEL, R., 290n., 294n., 297n., 300  
 CATAGNINO, Mario, 39n.  
 CECCONI, Letizia, 225n., 230, 277  
 CEINAR, Veronica, 325  
 CERVIA, Silvia, 258  
 CESVOT, 358  
 CICERÓN, 141, 142  
 CIPRIANI, R., 151  
 CIUFFOLETTI, Zeffiro, 303, 304, 305, 305n.,  
 312  
 COBB, Sara, 39, 45, 46  
 CODINA, Mónica, 137  
 COLEMAN, James S., 317n., 325  
 COLEMAN, Peter T., 40  
 COLMO, Alfredo, 361, 361n.  
 COLOMBINI, G., 151n.  
 COLOMBO, Hernán E., 31n.  
 CONTALDI, G., 168n.  
 COSMAI, D., 374n.  
 COUTURE, Eduardo J., 75n., 129  
 CREMADES, Javier, 31n., 33n., 34n., 35n.  
 CRISCUOLI, G., 9n.  
 CRITTO, A., 61n., 63  
 CROUCH, Colin, 306, 313  
 CRUET, Jean, 395  
 CURTI GIALDINO, C., 168n.  
 CUTTS, M., 373n.  
 CYGAN, A. J., 151n., 157n., 159n., 160n., 161  
 CHELI, Alessandro, 243  
 CHEVALLIER, J., 119, 119n.  
 CHITI, Edoardo, 212n.  
 CHITI, Mario P., 206n., 210n., 211n., 213n.,  
 214n., 218n.  
 DANZELOT, J., 297n., 300  
 DAVARA RODRIGUEZ, Miguel A., Miguel A.,  
 34n.  
 DAY, L. A., 137  
 DE ASIS ROIG, Agustín, 34n.  
 DE ASÍS, San Francisco, 146  
 DE BIASE, Luca, 303, 313  
 DE FREITAS, Augusto Teixeira, 6n., 364  
 DE KEMMETER, Alejandro, 31n.  
 DE LA CUETARA, Juan M., 28n.  
 DE MAURO, Tulio, 360  
 DE VERGOTTINI, G., 155n.  
 DELCAMP, A., 119n.  
 DELITALA, Giacomo, 74n.  
 DELNOY, P., 369n.  
 DELPIAZZO, Carlos, 11, 16n., 17n., 18n., 19n.,  
 20n., 22n., 23n., 24n., 25n., 26n., 27n., 28n.,  
 29n., 31n., 33n., 34n., 35n.  
 Della CANANEA, G., 211n., 213n.  
 DESTUTT DE TRACY, Antoine-Louis-Claude,  
 185, 186  
 DEUTSCH, K.W., 245n. 256  
 DI BARI, Vito, 303, 304, 313  
 DI FILIPPO, Marcello, 12, 149  
 DI RACO, A., 321, 325  
 Di SAN LUCA, G.C. , 207n.  
 DIAMONTE, A., 276  
 DIAS DA SILVEIRA, Raquel, 31n.  
 DINIZ, Eli, 390  
 DONY, M., 156n.  
 DUE, O., 156n.  
 DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., 206n.  
 EGEBERG, M., 212n.  
 EISING, R., 258  
 ELLAURI, José, 79  
 ENTELMAN, Remo F., 11, 38, 39, 39n., 40, 41,  
 41n., 63  
 ESPING-ANDERSEN, G., 290n., 291n., 294n.,  
 295, 300  
 ESPOSITO, G., 325  
 EUCLIDES, 353, 353n.  
 EVANGELISTI, Valerio, 356n.  
 FABRIS, Adriano, 11, 12, 131, 139  
 FADDA, S., 276  
 FELICIOLO, R.P., 326



- FERNANDEZ ORDOÑEZ, Miguel, 31n., 33n., 34n., 35n.
- FERNANDEZ, Tomás R., 16n.
- FERRARA, L., 206n.
- FERRARI BRAVO, L., 378, 378n.
- FERRARO, F., 151n., 161n., 176n.
- FERRETTI, Linda, 243
- FILANGIERI, Gaetano, 120n., 130
- FISCHER, R., 374n.
- FOERSTER, Heinz von, 39n., 54
- FOLGER, J., 44, 44n., 45, 46, 62
- FORD, J., 336, 337
- FORMENTI, Carlo, 302, 303, 304, 305, 313
- FORTE, P., 206n.
- FORTUNATO, V., 276
- FOUCAULT, Michel, 71
- FOX, Sussannah, 303, 313
- FRANCHINI, C., 212n., 213n., 214n., 215n.
- FUKUYAMA, Francis, 387n., 390
- FUMAGALLI, Armando, 137
- GABRIELINI, Simone, 299n., 301
- GAJA, G., 165n., 168n.
- GALLAS, Tito, 12, 369, 369n., 374n.
- GALLINO, Luciano, 294n., 300, 304, 305, 306, 313
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, 77n., 84n., 130
- GARCÍA, Rolando, 41, 41n., 63
- GARRIDO FALLA, Fernando, 16n.
- GELSI BIDART, Adolfo, 75n., 130
- GESTA LEAL, Rogelio, 29n.
- GIANNINI, Humberto, 42n., 63
- GIBELLI, M.C., 293n., 299
- GIDDENS, Anthony, 69
- GIOIELLI, E., 330n., 336
- GIROTTO, A., 168n., 175n.
- GIULIANI, M., 276
- GLASERSFELD, Ernst von, 38
- GLUSBERG, Jorge, 39n.
- GOBBICCHI, A., 250n., 257
- GONZALEZ, José L., 30n.
- GORDILLO, Agustín A., 16n.
- GOTHOFREDUS, Dionysius, 8
- GRACIAN, Baltasar, 351n., 366
- GRANOVETTER, Mark, 302, 303, 313
- GRASSINI, F.A., 215n.
- GRAZIANO, P., 262, 276
- GRECO, G., 210n., 211n., 213n., 214n., 218n.
- GROS ESPIELL, Héctor, 35n.
- GUASTINI, Riccardo, 93n., 130
- GUATTARI, Félix, 39n.
- HABERMAS, Jürgen, 95, 95n., 114, 115n., 116, 118, 125, 128, 130, 137
- HART, Herbert A.L., 107, 108
- HASSEMER, Winfried, 82n.
- HAYEK, Friedrich A., 362n.
- HAYTHORNTHWAITE, Caroline, 303, 314
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 191, 202
- HERRANZ CONDE, Cristina, 31n.
- HICK, John, 147
- HILBERT, David, 353
- HØEG, K., 156n.
- HOOGE, L., 262, 276
- HUBER, Evelyne, 386, 386n., 389, 390
- HUMBOLDT, Wilhelm von, 375, 375n.
- HUNTINGTON, Samuel, 388n., 390
- IMMERGUT, Ellen, 386, 386n., 389, 390
- ITO, Joi, 303, 313
- JACKSON, D., 45n., 61, 63
- JACOBSSON, K., 263, 276
- JAKOBSON, R., 370, 370n.
- JEMOLO, Arturo Carlo, 74n.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, 111n.
- JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Justino, 388
- JIMÉNEZ, José, 39n.
- JOHANNESSEN, Richard L., 137
- JOHNSON, Steven, 301n. 313
- JUSTINIANO, 7, 185, 202, 358
- KATO, Junko, 384n., 390
- KAUFMANN, Arthur, 82n.,
- KAUFMANN, Daniel, 389n.
- KEATING, M., 262, 276, 277
- KELSEN, Hans, 86, 87, 91, 107, 108, 115, 116n., 130, 395, 395n.
- KELLEHER, J., 267, 275
- KELLER, Evelyn Fox, 39n.,
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, 112n.
- KERSHAW, Ian, 356n.
- KIM, D.H., 274, 277
- KINDERMAN, Harald, 355n.
- KOHLER-KOCH, B., 258
- KOHLI, M., 290n., 301
- KORPI, W., 385n., 390
- KRAAY, Aart, 389n.
- KRIESBERG, Louis, 40n.
- KRONAUER, M., 290n., 300
- KUHN, Thomas S., 48, 48n.
- LA ROCHEFOUCAULD, François de, 96n.
- LA TORRE, Massimo, 100, 100n., 104
- LACTANCIO, 142
- LAGRANGE, H., 296n., 300
- LANDA, César, 111n.
- LARENZ, Karl, 40n.
- LATOUCHE, S., 337
- LAVAUX, P., 155n.
- LE GALÈS, P., 291, 291n., 292n., 297, 300
- LEIVA FERNANDEZ, L.F., 364
- LENAERTS, K., 156n., 176n., 177n.
- LEONARDI, E., 324, 325
- LESSING, G.E., 147
- LEVY, Pierre, 301n., 305, 313
- LIN, Nan, 317n., 325
- LIPPOLIS, V., 166n.

- LIZARRITURRI, Sonia, 397  
 LOGES, William E., 137  
 LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, 75n., 185n.  
 LORENZETTI, Ricardo, 32n.  
 LOUGHLIN, J., 262, 277  
 LOVINK, Geert, 305, 306n., 313  
 LULL, James, 137  
 LUNARIA (Raporto), 334n., 337  
 MacCORMICK, Neil, 98, 100, 101n.  
 MADDEN, Mary, 303, 313  
 MAMFRONI, Carlos, 27n.  
 MARBURY VS. MADISON (caso), 87n., 396n.  
 MARCON, Giulio, 306, 313  
 MARCH, J.G., 274, 277, 278n., 289  
 MARKS, G., 262, 276  
 MARSHALL, T.H., 224  
 MARSHALL, W., 278n.  
 MARTIN MORALES, B., 35n.  
 MARTINEZ PUON, Rafael, 17n.  
 MARTINO, Antonio A., 5, 7n., 8n., 21n., 75n.,  
 119n., 130, 183n., 184n., 191, 191n., 192,  
 222, 351, 354n., 355n., 359n., 364n.  
 MARTINS, Daniel H., 18n.  
 MASCHET, O., 292n., 300  
 MASSERA, Alberto, 12, 205, 205n., 207n., 210n.,  
 213n., 218n., 220n.  
 MASTRUZZI, Massimo, 389n.  
 MATURANO, Antonio, 137  
 MAURER, A., 157n.  
 MAYNTZ, Renate, 250n., 258, 267, 277, 389, 390  
 MAZZONI HONORATI, M.L., 168n.  
 MEDINA GUERRERO, Manuel, 110n., 130  
 MENDONCA, Daniel, 83n.  
 MERCATALI, Pietro, 75n., 122n.  
 MERTENS, B., 373n.  
 MERUSI, F., 215n.  
 MESSINA, A., 331n., 336  
 MESTRE DELGADO, Juan F., 17n.  
 MILELLA, Stefania, 314, 314n., 325  
 MIRABELLI, M., 276  
 MODUGNO, Franco, 111n., 130  
 MOHAMED, Swayb, 368n.  
 MOLINA GIMENEZ, Andrés, 31n.  
 MØLLER, I.H., 290n., 300  
 MONCERI, F., 151  
 MONNET, Jean, 211, 211n.  
 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat  
 [Barón de], 81, 358, 359, 362  
 MOORE, G.E., 365n.  
 MORAND, C.-A., 369n.  
 MORÍN, Edgar, 39n., 54, 54n., 55, 57n., 63  
 MORO, Giovanni, 278n., 279, 280, 280n., 284,  
 286, 287n., 288, 288n., 289  
 MORVIDUCCI, C., 151n., 165n., 168n.  
 MURIE, A., 299n., 300  
 MUSTERED, S., 299n., 300  
 NAHABETIAN, Laura, 29n.  
 NEBBIA, P., 151n.  
 NINO, Carlos S., 185n.  
 NOCILLA, Damiano, 111n. 130  
 NOLL, Peter, 118n., 120, 369n.  
 NORTH, Douglass, 384, 385, 385n., 387, 389,  
 390  
 NORTON, P., 157n., 176n.  
 NOWAK, María, 329n., 331n., 332, 332n., 337  
 NUGNES, F., 151n.  
 OBERTI, M., 296n., 300  
 OCDE (Organización para la Cooperación Eco-  
 nómica y el Desarrollo), 5, 6, 261, 358n.,  
 361, 362, 386,  
 OECD, ver: OCDE  
 OLSEN, J.P., 274, 277, 278n., 289  
 ORTEMBERG, Osvaldo, 38, 47n., 63  
 PAGANO, Rodolfo, 9, 186n., 187, 187n., 188,  
 191n., 357n., 362, 374n.  
 PALAGI, Giuliano, 13, 401  
 PANIZZA, Saulle, 168n., 248n.  
 PARSONS, Talcott, 40n.  
 PAUGAM, S., 290n., 294, 300  
 PEGORARO, L., 155n.  
 PÉREZ LUÑO, A., 189n.  
 PÉREZ, Romeo, 388n., 391  
 PERINA, Ruben M., 30n.  
 PEYRÚ, Graciela, 38  
 PIAGET, Jean, 41, 41n., 63  
 PIANA, Ricardo S., 17n., 27n.  
 PIANIGIANI, Ottorino, 361n.  
 PICOZZA, E., 207n.  
 PIERRE, Jon, 388n., 391  
 PINI, José, 18n.  
 POCAR, F., 168n.  
 POLANYI, Karl, 383n.  
 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, 186, 186n.,  
 187  
 POUPEAU, F., 296n., 297n., 301  
 PRIGOGINE, Ilya, 39n.  
 PROCACCI, G., 291n., 300  
 PUTNAM, Robert, 317, 326, 387, 389, 391  
 RADAELLI, C., 275, 277  
 RAFFO, Julio, 398, 398n.  
 RAGIN, Charles, 386, 386n., 389, 390  
 RANCI, C., 297n., 300  
 RAVÁ, Adolfo, 74n.  
 REALE, Miguel, 398, 399, 399n.  
 REDONDO, Cristina, 98, 130  
 REIFNER, Udo, 327n., 337  
 RENTON REPORT, Sir David, 355n., 360, 360n.  
 RHEINGOLD, Howard, 302, 305, 313  
 RHODES, R., 232,  
 RIDEAU, J., 157n.  
 RIGAMONTI, P., 293n., 299  
 RINELLA, A., 155n.

- RIPERT, Georges, 74n.  
RISOLÍA, Marco A., 75n., 130  
RIVERO, Jean, 221, 221n.  
ROBINSON, M.S., 337  
ROCA JUNYENT, Miquel, 35n.  
ROCKMAN, Bert A., 391  
RODOTÀ, Stefano, 302, 313  
RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, 16n., 34n., 35n.  
RODRÍGUEZ, Reyes, 130  
ROMANO, D.F., 326  
ROMBOLI, R., 168n., 248n.  
ROMILLY, Jacqueline, 76n.  
RONZITTI, N., 165n., 176n.  
ROSANVALLON, P., 297n., 301  
ROSENAU, James N., 251n., 258  
ROSENBAUM, Stuart E., 137  
ROSS, Alf, 86, 107, 108, 395n., 396  
ROSSI, L.S., 151n., 176n.  
RUBIO LLORENTE, Francisco, 111n.  
RUSH, H., 263, 276  
RUTHERFORD, S., 337  
RYST, Ray C., 354n.  
SABBATINI, A., 260, 277  
SABEL, C., 260, 277  
SAÍNZ MORENO, Fernando, 121, 121n.  
SALA-MOLINS, Louis, 356n.  
SALVADOR CODERCH, Pablo, 121, 121n., 122, 122n., 129  
SALVINI, Andrea, 302, 313, 314n., 325, 326  
SAMPAIO FERRAZ, Tercio, 395n.  
SANCHEZ BLANCO, Angel, 26n.  
SANTORO, G.M., 321, 325  
SANZ LARRUGA, Francisco Javier, 35n.  
SARAVIA, Andrés, 17n.  
SARLO, Oscar, 11, 13, 73, 393  
SARTOR, Giovanni, 75n., 122n.  
SARTORI, Giovanni, 301, 301n., 302, 304, 313  
SARTORI, Laura, 304, 314  
SASSE, C., 157n.  
SAURUGGER, S., 275, 277  
SAVATIER, R., 191n.  
SAVINO, M., 153n., 212n.  
SAYAGUÉS ARECO, Alberto, 18n.  
SCHARPF, F.W., 212n., 222n.  
SCHIMDT-ABMANN, E., 221n.  
SCHWARZE, Jürgen, 211, 211n.  
SEARLE, John, 97, 97n., 105, 399  
SEGATORI, R., 250n., 257  
SEN, Amartya, 291  
SENECA, L. Anneus, 373, 373n.  
SENNETT, Richard, 305  
SERRANO OREJA, Francisco José, 136  
SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fabio, 82n.  
SIMITIS, Spiros, 189, 189n.  
SIMONCINI, Marta, 12, 205n.  
SKOCPOL, Theda, 383n., 391  
SLUZKI, Carlos E., 39n.  
SMELSER, Neil, 40n.  
SMITH, Adam, 303,  
SOTO KLOSS, Eduardo, 16n.  
SOTO SILVA, Rodrigo, 110n.  
SPAGNUOLO, Francesca, 12, 205, 205n., 213n.  
SPINELLI, Luca, 309, 314  
SPINI, D., 251n., 258  
STEPHENS, John, 386, 386n., 389, 390  
STERN, E., 267, 275  
STOKER, G., 260, 277  
STORINI, C., 157n., 159n.  
TABASSO, Edoardo, 303, 304, 305, 305n., 312  
TACITO, Publio Cornelio, 75n.  
TALIANI, Enrico, 12, 223, 231, 327n., 337  
TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, 84n.  
TARUFFO, Michele, 48n.  
TAYLOR, S., 308  
TEDESCO, Vincenzo, 12, 179  
TELÒ, M., 257n., 258  
THÉBAUD, Françoise, 70  
THELEN, Kathleen, 383n., 386n., 390  
THORNTON, G.C., 122  
TISSOT, S., 296n., 297n., 301  
TIZZANO, A., 165n.  
TORRALBA MENDIOLA, Elisa, 35n.  
TOSCANO, M.A., 296n., 299, 314n., 327n., 336n., 337  
TRIDIMAS, T., 151n., 216n.  
TSEBELIS, George, 385n., 391  
TUDELA ARANDA, José, 121n.  
TURA, Francesco, 119n.  
VAGLIO, Giovanni, 248n.  
VAN NUFFEL, P., 156n., 176n., 177n.  
VAN PARIJS, Philippe, 336  
VARGAS LLOSA, Mario, 356n.  
VASSALLI, F., 188, 189n.  
VECCHI, G., 267, 268, 271, 277  
VEDASCHI, A., 371n., 379, 379n.  
VEDUNG, Evert, 354n.  
VÉLEZ SARFIELD, Dalmacio, 6n., 361, 364  
VESAN, P., 259, 277  
VÉSCOVI, Enrique, 79, 79n., 81, 398, 399, 399n.  
VIEGA, María José, 31n.  
VIGANÒ, L., 337  
VILANOVA, José, 398, 398n.  
VILLANI, U., 151n., 155n.  
VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, Mario, 217n.  
VIOLANTE, L., 155n., 176n.  
VIOLINI, L., 168n., 169n.  
VITALI, P., 337  
VOLPI, F., 337  
VUOTO, S., 168n.  
WAQUANT, L., 290n., 293n., 294, 295, 301  
WATZLAWICK, P., 45n., 61n., 63

- WEATHERILL, S., 151n., 176n.  
WEAVER, R. Kent, 391  
WEIL, Simone, 306, 314  
WEINBERGER, Otta, 100, 100n.  
WELLMAN, Barry, 303, 314  
WERKSMAN, Richard S., 27n.  
WESSELS, W., 157n.  
WILENSKY, Harold, 385n., 391  
WINTGENS, Luc, 79n., 110, 118n., 119, 119n.,  
369n.
- WOLTON, Dominique, 137  
WOODDARD A., 290n., 301  
WRIGTH, G.H. von, 358n.  
WROBLEWSKY, J., 126n.  
YUNUS, Muhammad, 331n., 337  
ZANA, Mario, 13, 339,  
ZEITLER, Enrique, 192n.  
ZEITLIN, J., 260, 277

## ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	
<i>Antonio A. Martino</i> .....	5
I. La simplificación legislativa o el orden del ordenamiento .....	7
Las Recopilaciones o Compilaciones .....	8
II. El Volumen que se presenta .....	10
REFORMA DEL ESTADO Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA	
<i>Carlos E. Delpiazzo</i> .....	15
I. Introducción .....	15
II. Evolución .....	17
III. Bases de la reforma estatal .....	18
1. Supuestos teóricos .....	18
2. Técnicas usuales .....	19
IV. Dimensión tecnológica de la reforma estatal .....	20
1. Informatización administrativa .....	20
2. Adecuación jurídica .....	20
V. Hacia la administración electrónica .....	25
1. Caracterización .....	25
2. Enfoque desde la organización .....	26
3. Enfoque desde la actividad .....	27
VI. Posibilidades que abren las nuevas tecnologías .....	28
1. Accesibilidad a la información pública .....	28

2. Participación ciudadana .....	29
3. Nuevos sujetos y servicios .....	30
4. Tutela de la información privada .....	33
VII. Conclusión .....	35

## EL MODELO DE ANÁLISIS Y GESTIÓN ESTRATÉGICA DE CONFLICTOS

Del objeto conflicto al sistema conflicto

*Ruben Alberto Calcaterra* .....

37

I. Introducción .....	38
II. El objeto conflicto .....	39
III. Del objeto al sistema .....	41
IV. Plan del desarrollo expositivo .....	42
1. Una aproximación al modelo estratégico .....	42
2. Modelos lineales y modelos circulares. Revisión comparativa ....	43
2.1. Modelos lineales .....	43
2.2. Modelos circulares .....	44
3. El modelo estratégico y los Nuevos Paradigmas .....	46
3.1. Evolución de los sistemas de motivación de conductas .....	46
3.2. Los Nuevos Paradigmas .....	48
4. Sistema. ¿Qué sistema para los organismos vivos? .....	49
4.1. Conceptos generales .....	49
4.2. Sistemas cerrados, sistemas abiertos y Cibernética .....	51
5. El modelo estratégico y los métodos de terminación o resolución de conflictos como procesos comunicacionales .....	53
5.1. Concepto .....	53
5.2. Complejidades .....	54
6. Una visión compleja: la estructura del sistema .....	58
6.1. Deconstrucción del conflicto .....	58
6.2. Reconstrucción de la relación .....	59
6.3. Co – construcción de la solución .....	60
6.4. Decisión .....	61

## DESIGUALDADES DE GÉNERO Y

## POLÍTICAS DE PARIDAD DE OPORTUNIDADES

<i>Rita Biancheri</i> .....	65
1. El mercado de trabajo .....	65
2. La normativa .....	67
3. La Política social y la ley N° 53/2000 .....	68
4. Estereotipos y Vínculos en las Biografías Femeninas .....	69
5. Las Respuestas de la Unión Europea .....	71

## LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO

## COMO MARCO TEÓRICO DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

<i>Oscar Sarlo</i> .....	73
1. Introducción .....	73
2. La legislación en la concepción clásica del derecho .....	76
a) Ubicación filosófica .....	76
b) El problema de la realización de la ley .....	80
3. Transformaciones en la teoría del derecho .....	82
3.1. Planteamiento .....	82
3.2. El giro realista en la teoría del derecho .....	83
3.3. El giro dinámico-pragmático de la teoría del derecho .....	83
3.4. Giro sistémico-estructuralista .....	84
3.5. Giro en la racionalidad del derecho: de la esencia a la aplicación .....	87
3.6. El problema de la relación entre ley y sentencia o entre parlamento y judicatura .....	88
3.7. El giro analítico-lingüístico en los estudios jurídicos: de la retórica a la teoría .....	91
3.8. El derecho ha pasado del paradigma de la dominación al paradigma discursivo .....	94
4. La legislación como fenómeno institucional discursivo .....	95
4.1. Introducción .....	95
4.2. Caracterización general de las instituciones sociales (o fenómenos institucionales) .....	97

4.3. Particularidades del derecho como fenómeno institucional . . .	99
4.4. Análisis de las instituciones jurídicas . . . . .	100
4.5. Consecuencias teóricas de la perspectiva institucional . . . . .	104
4.6. Consecuencias prácticas de la perspectiva institucional . . . . .	109
5. Racionalización de la legislación y técnica legislativa . . . . .	114
5.1. La legislación como parte del discurso racional para la creación de normas. . . . .	114
5.2. Reformulación de la racionalidad en la producción legislativa	117
5.3 De la teoría del derecho a la técnica de la legislación . . . . .	118
5.4 La técnica legislativa no es indiferente a una teoría del derecho	119
5.5 Antecedentes históricos . . . . .	120
5.6 Algunas precisiones terminológicas . . . . .	120
5.7 Elementos de un programa de tecnica legislativa . . . . .	123
5.8 Las reglas del discurso racional, elaboradas por Alexy . . . . .	128
Bibliografía . . . . .	129
<b>ÉTICA DE LA COMUNICACIÓN</b>	
<i>Adriano Fabris</i> . . . . .	131
1. Diferentes modelos de comunicación . . . . .	131
2. Ética de la comunicación . . . . .	133
Bibliografía seleccionada . . . . .	136
<b>PERSPECTIVAS DEL DIÁLOGO INTERRELIGIOSO</b>	
<b>(O SEA: EL DIOS COMPARTIDO)</b>	
<i>Adriano Fabris</i> . . . . .	139
1. La situación actual . . . . .	139
2. El retorno de las religiones . . . . .	140
3. ¿Qué cosa es la religión? . . . . .	140
4. La relación religiosa . . . . .	141
5. Los fundamentalismos religiosos . . . . .	142
6. La lógica del fundamentalismo . . . . .	143
7. Las vías del diálogo religioso . . . . .	144



8. Lo uno y lo múltiple . . . . .	145
9. Particularidad y universalidad de las religiones . . . . .	147
10. Conclusión . . . . .	148

LA FASE ASCENDENTE DEL PROCESSO DECISIONALE NELLE  
ORGANIZZAZIONI REGIONALI DI INTEGRAZIONE E IL RUOLO  
DEI PARLAMENTI NAZIONALI: L'ESPERIENZA  
DELL'UNIONE EUROPEA E LA PRASSI ITALIANA

<i>Marcello Di Filippo</i> . . . . .	149
--------------------------------------	-----

1. Considerazioni introduttive sulle caratteristiche del processo decisionale delle organizzazioni regionali e, in particolare, dell'Unione europea . . . . .	149
2. Le soluzioni adottate a livello europeo per agevolare il controllo dei Parlamenti nazionali sui rispettivi governi nell'ambito del processo decisionale europeo . . . . .	156
3. Segue: la riserva d'esame parlamentare . . . . .	160
4. Un problema correlato: la trasparenza degli organi intergovernativi . . . . .	161
5. La posizione dell'ordinamento italiano: le esitazioni iniziali . . . . .	164
6. Segue: le novità introdotte dalla legge n. 11/2005 e la prima prassi applicativa . . . . .	168
7. Valutazioni conclusive . . . . .	175

E-GOVERNMENT E E-DEMOCRACY DUE ESIGENZE ORMAI  
INELUTTABILI – L'impellente necessità di approntare sistemi  
di voto elettronico costituiscono veicoli per riaffermare i principi  
di uno stato democratico

<i>Vincenzo Tedesco</i> . . . . .	179
-----------------------------------	-----

EL DIGESTO JURIDICO – UN CAMINO HACIA  
LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN JURÍDICA

<i>Ramón G. Brenna</i> . . . . .	183
----------------------------------	-----

El Ordenamiento de las leyes y el Digesto Jurídico . . . . .	183
--	-----

El Digesto Jurídico como camino hacia la democratización de la información jurídica . . . . .	184
--	-----

Los Sistemas Normativos frente a la inflación legislativa y a la contaminación legislativa .....	185
La Inflación Legislativa .....	187
Crisis del conocimiento del Derecho Crisis de la certeza del Derecho .....	189
La Contaminación legislativa .....	191
El mantenimiento de los sistemas normativos .....	193
Digesto jurídico y contaminación .....	194
La consolidación .....	194
El Digesto Jurídico Argentino .....	196
Los procesos de ordenamiento legislativos en las Provincias .....	198
Chubut .....	198
Río Negro .....	200
Reflexiones finales .....	202

#### NOTE MINIME SUL DIRITTO AMMINISTRATIVO DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

<i>Alberto Massera, Marta Simimoncini, Francesca Spagnuolo</i> .....	205
1. Introduzione .....	205
2. I principi generali .....	206
3. Il sistema amministrativo comune ed i procedimenti compositi ..	211
4. I modelli organizzativi di interconnessione amministrativa .....	213
5. L'europeizzazione della tutela giurisdizionale nazionale .....	215
6. Note conclusive sul diritto amministrativo comune .....	221

#### GOVERNANCE E INNOVATIVITÀ IN EUROPA

(Prassi istituzionale e strategie d'intervento) Breve introduzione <i>Enrico Taliani</i> .....	223
La governance in Europa .....	228

1. GOVERNANCE E PROGETTUALITÀ	
<i>Enrico Taliani</i> . . . . .	231
1.1. Il Libro bianco sulla ‘Governanza europea’ . . . . .	231
1.2 Las paradojas europeas . . . . .	232
1.3 Una mayor flexibilidad . . . . .	238
2. CITTADINANZA ATTIVA E LEGISLAZIONE EUROPEA (Per una governance istituzionale)	
<i>Linda Ferretti e Alessandro Cheli</i> . . . . .	243
3. GOVERNANCE EUROPEA E CITTADINANZA ATTIVA: IL CASO ECAS . . . . .	249
<i>Andrea Borghini</i> . . . . .	249
3.1 Premessa . . . . .	249
3.2 La Multilevel Governance . . . . .	250
3.3 Cittadinanza attiva in Europa . . . . .	252
3.4 Il caso ECAS . . . . .	253
3.4.1 Civil Society . . . . .	254
3.4.2 Citizens free movement rights . . . . .	255
3.4.3 Citizenship and governance . . . . .	255
3.5 Alcune riflessioni conclusive . . . . .	257
Bibliografia . . . . .	257
4. GOVERNANCE LOCALE E BOTTOM-UP PARTECIPATIVO (Il processo di capacity building) . . . . .	258
<i>Silvia Cervia</i> . . . . .	258
4.1 L’Unione Europea e la governance locale . . . . .	259
4.2 Gli strumenti di promozione della governance locale . . . . .	261
4.2.1. Il partenariato . . . . .	261
4.2.2. Il benchmarking . . . . .	262
4.3. Il processo di definizione degli strumenti: la ‘palestra’ urbana . . . . .	263

4.4 Governance locale e capacity amministrativa . . . . .	267
4.5 La capitalizzazione delle buone prassi: il programma URBACT . . . . .	272
4.6 Criticità e prospettive . . . . .	273
Bibliografia di riferimento . . . . .	275
5. CITTADINANZA ATTIVA COME STRUMENTO DI GOVERNANCE (L'esperienza italiana)	
<i>Letizia Cecconi</i> . . . . .	277
Figura 1 – Organigramma di PIT servizi . . . . .	286
Bibliografia . . . . .	289
Linkografia . . . . .	289
Lexografia . . . . .	289
6. GOVERNANCE E MARGINALITÀ SOCIALE (per una prassi di recupero)	
<i>Rachele Benedetti</i> . . . . .	289
6.1 Lo spazio urbano come metafora dell'esclusione . . . . .	289
6.2 La marginalità urbana: tendenze, trasformazioni, caratteristiche . . . . .	291
6.3 Le logiche strutturali della nuova marginalità urbana . . . . .	294
6.4 Dalla marginalità urbana alla governance europea: la città in Europa tra esclusione e partecipazione . . . . .	296
Bibliografia . . . . .	299
7. GOVERNANCE E E-PARTECIPATION (una riflessione e una proposta)	
<i>Leonardo Bertini e Simone Gabbriellini</i> . . . . .	301
Titolo . . . . .	310
Breve descrizione . . . . .	310
Motivazione . . . . .	311
Obiettivi . . . . .	311
Modalità . . . . .	311
Opere citate . . . . .	312

8. GOVERNANCE COMUNICATIVA E CAPITALE SOCIALE (Il caso dell'Università di Pisa)	
<i>Stefania Milella</i> .....	314
Un modello di governance comunicativa: l'Università di Pisa .....	318
Riferimenti bibliografici .....	325
9. GOVERNANCE E MICROCREDITO (L'esperienza toscana in tema di finanza etica)	
<i>Barbara Bonciani</i> .....	326
9.1 Credito ed esclusione sociale in Europa .....	326
9.2 Il ruolo del microcredito .....	330
9.3 Microcredito e 'disagio urbano': il caso del Fondo Etico e Sociale delle Piagge .....	334
Bibliografía .....	336
REGOLE NUOVE PER LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA?	
<i>Mario Zana</i> .....	339
1. Premessa .....	339
2. Superamento della distinzione obbligazioni di mezzi / obbligazioni di risultato sul piano sostanziale .....	340
3. Segue: ... e su quello processuale .....	343
4. Causalità civile e perdita di chance .....	344
5. L'obbligo di informazione del cliente .....	346
6. Conclusioni .....	348
CALIDAD EN LEGISLACION: "LO BUENO, SI BREVE DOS VECES BUENO" Quality in Legislation: "Brevity is the soul of wit"	
<i>Antonio A. Martino</i> .....	351
1. La elegancia, propiedad de los sistemas formales .....	351
2. Legislar dando reglas de hacer .....	354
3. Reglas de legislación para la calidad .....	357
4. La esencialidad de las reglas de hacer .....	358

Figura 1. Coeficiente de legibilidad de los políticos en los contextos: . . . . .	359
Tab 1 Coeficiente de la legibilidad según Flesch . . . . .	360
5. Ventajas de la brevedad . . . . .	362
6. En defensa del sentido común . . . . .	365
7. Una propuesta: en búsqueda de la calidad . . . . .	367
LA CONCEZIONE DELLA NORMA GIURIDICA COME COMUNICAZIONE SOCIALE SI ADATTA ANCHE ALLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO?	
<i>Tito Gallas</i> . . . . .	369
1. La concezione della norma giuridica in legistica: messaggio sociale . . . . .	369
2. Teoria della comunicazione – il modello emittente/codice/ricevente . . . . .	370
3. Implicazioni pratiche del modello emittente/ codice/ricevente . . . . .	371
3.1 Il destinatario della norma . . . . .	371
3.2 Chiarezza, semplicità e precisione nella redazione della norma giuridica . . . . .	371
3.3 Terminologia giuridica nazionale e comunitaria . . . . .	373
4. È messaggio sociale anche la norma di diritto internazionale? . . . . .	375
4.1 Funzione comunicativa e funzione mnemonica della lingua . . . . .	375
4.2 La norma di diritto internazionale come “verbale d’accordo” . . . . .	375
5. La posizione della norma comunitaria tra messaggio sociale e verbale d’accordo . . . . .	376
5.1 La natura della norma comunitaria . . . . .	377
5.2 La genesi della norma comunitaria . . . . .	377
6. La norma comunitaria come norma di “diritto diplomatico” . . . . .	378
7. L’evoluzione del Consiglio . . . . .	379
8. Il ruolo del Parlamento europeo . . . . .	380
9. Conclusione . . . . .	381

## NEO-INSTITUCIONALISMO, DERECHO Y GOVERNANCE

<i>José Miguel Busquets</i> .....	383
I. Neo-institucionalismo .....	383
II. Neo-institucionalismo y derecho .....	387
III. Neo-institucionalismo y Gobernanza (governance) .....	388
Conclusión .....	389
Bibliografía .....	390

LOS PARLAMENTOS ¿CREAN DERECHO? Sobre teoría del derecho  
y su transposición didáctica

<i>Oscar Sarlo</i> .....	393
1. Planteamiento .....	393
2. La cuestión en la teoría del derecho .....	394
3. Teoría del derecho y transposición didáctica .....	397
4. Conclusiones .....	400

## RESPONSABILITÀ E POTERE

<i>Giuliano Palagi</i> .....	401
------------------------------	-----

## APÉNDICE

Ley K N° 4270 .....	405
---------------------	-----

ÍNDICE DE AUTORES .....	407
-------------------------	-----

