

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

2

2019 • ANNO XL
aprile/giugno

QUARANT'ANNI DI AUTONOMIA
IN SPAGNA

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini
COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda

Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitarese Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini
Josephine van Zeben

COMITATO DI REDAZIONE

Marina Caporale
Marzia De Donno
Giulia Massari
Anna Margherita Russo

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 - 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo
REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA
Francesca Paron

Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it
EDITORE

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
tel. 0541.628111 – fax 0541.624887

Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628242

Sito web: www.periodicimaggioli.it

E-mail: abbonamenti@maggioli.it

Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore
STAMPA

Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)
Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione
Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824
Direttore responsabile: Stefano Aurighi



Condizioni di abbonamento
La quota di abbonamento
alla Rivista per il 2019
è di € 136,00 da versare
sul c.c. postale n. 31666589
intestato a Maggioli s.p.a.
– Periodici, Via del Carpino, 8
– 47822 Santarcangelo
di Romagna (RN).
La Rivista è disponibile
nelle migliori librerie.
Il prezzo di vendita per singoli
numeri è di € 35,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo
arretrato è di € 39,00.
I prezzi suindicati si intendono
Iva inclusa.

L'abbonamento decorre
dal 1° gennaio
con diritto al ricevimento
dei fascicoli arretrati ed avrà
validità per un anno.
La Casa Editrice comunque,
al fine di garantire la continuità
del servizio, in mancanza
di esplicita revoca,
da comunicarsi in forma scritta
entro il trimestre seguente
alla scadenza dell'abbonamento,
si riserva di inviare il periodico
anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque
valida se l'abbonato non è
in regola con i pagamenti.
Il rifiuto o la restituzione
dei fascicoli della Rivista
non costituiscono disdetta
dell'abbonamento a nessun
effetto.
I fascicoli non pervenuti possono
essere richiesti dall'abbonato non
oltre 20 giorni dopo la ricezione
del numero successivo.



INDICE

EDITORIALE

- 285 2018: un anniversario importante per celebrare ma anche
per ripensare le autonomie. Un confronto tra Italia e Spagna
Gianluca Gardini

SAGGI E ARTICOLI

- 299 Lo Stato delle Autonomie: un bilancio fra luci ed ombre
Brunetta Baldi
- 329 Aniversario de la Constitución Española y de la Carta Euro-
pea de la Autonomía Local: los gobiernos locales en España
Alfredo Galán Galán
- 367 Reflexiones para una reforma de la administración local en
España
Luis Cosculluela Montaner
- 399 Reforma constitucional y modelo territorial. Preferencias
ciudadanas y propuestas partidistas entre el 40 aniversario
de la Constitución española y las elecciones de 2019
Fabio García Lupato
- 439 Federalismo y descentralización en América Latina. Un aná-
lisis comparativo sobre las políticas de salud y educación en
Argentina y Brasil
Cristian Altavilla
- 463 Le “Città intelligenti” alla luce del principio di sussidiarietà
Graziana Urbano
- 485 Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubbli-
ci: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di
uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale
Vinicio Brigante

NOTE E COMMENTI

- 525 Il luogo adatto dove bilanciare. Il “posizionamento” del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali *vs* il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019
Benedetto Ponti

OSSERVATORIO REGIONALE

- 549 Le elezioni regionali del 2019 in Sardegna
Stefano Rombi, Fulvio Venturino
- 571 Table of contents and abstracts
- 577 Notizie sugli autori

2018: un anniversario importante per celebrare ma anche per ripensare le autonomie. Un confronto tra Italia e Spagna

Gianluca Gardini

Sono trascorsi quaranta anni dall'approvazione della Costituzione spagnola del 1978, pietra tombale sul regime centralistico e antidemocratico alimentato per altrettanti anni dalla dittatura franchista, e tuttavia la questione territoriale in Spagna è ancora lontana da una soluzione stabile.

Quelli spagnoli sono “territori inquieti”, come li ha recentemente definiti Luciano Vandelli¹, grande studioso del fenomeno autonomistico in Europa, il quale, nel porre in relazione l'articolazione politico-istituzionale del Regno di Spagna con il suo substrato geofisico, evidenzia il radicale cambio di prospettiva che, nell'arco di due secoli, si è verificato rispetto all'idea di territorio resa universale dalla Rivoluzione francese. Al punto che il territorio, come criterio fondamentale e persino esclusivo nella rappresentanza delle comunità (una comunità, un municipio) e nell'organizzazione dello spazio politico amministrativo, ha progressivamente perso centralità nella comprensione del fenomeno sociale e dell'architettura istituzionale del Paese. Ciò, segnala Vandelli, accade non solo in Spagna, ma nell'intera area europea.

Il processo di trasformazione, infatti, coinvolge le relazioni tra le persone e i territori, tra le comunità e i luoghi in cui esse si radicano, rimodellando l'idea stessa di identità. Per questa ragione, secondo alcuni studiosi, l'identità avrebbe cessato di essere un elemento statico, saldato

(1) Relazione alle *Jornadas sobre la organización territorial de los Estados: experiencias y problemas en América y Europa*, organizzate dall'Istituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), Università di Salamanca, 21 e 22 gennaio 2019.

ad un territorio definito, com'era tradizionalmente nello Stato moderno, per divenire una nozione dinamica e evolutiva, sempre più condizionata dall'appartenenza a sistemi sovranazionali e globali (Luciano Parejo Alfonso)². Altri autori, estremizzando gli effetti delle trasformazioni socioculturali in atto, ipotizzano la "fine dei territori" e della loro funzione tipica nell'organizzazione politico-istituzionale (Bertrand Badie).

Si tratta di tematiche complesse e affascinanti, che ci porterebbero però lontano dall'argomento affrontato in questo numero della Rivista: i quarant'anni del fenomeno autonomistico in Spagna e il rapporto che questo ordinamento ha con il suo territorio. La scelta di questo tema ci è sembrata estremamente opportuna non soltanto per ragioni convenzionali, legate alla celebrazione di una ricorrenza significativa (anzi due, visto che ricorre anche il trentennale dell'approvazione della Carta Europea delle Autonomie Locali da parte del Regno di Spagna, come sottolinea nel suo saggio Alfredo Galán Galán), ma anche perché l'analisi del "sistema delle autonomie" mette in luce molti punti di contatto tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano, mostrando una curiosa anticipazione da parte del primo di molte esperienze attraversate dal secondo solo anni dopo. Lo studio dell'esperienza spagnola risulta perciò di grande utilità al fine di cogliere la traiettoria delle autonomie territoriali all'interno del nostro Paese.

La circostanza che i due ordinamenti mostrino ampie convergenze non significa che, in relazione al fenomeno autonomistico, il bilancio debba necessariamente essere unico e condiviso. A questo proposito è significativo notare la dichiarazione risoluta con cui si apre il saggio di Alfredo Galán Galán: «En el caso de los gobiernos locales, cabe adelantar ya que el balance general debe ser muy positivo, sin perjuicio de que continúen existiendo algunas sombras». Dubito fortemente che uno studioso italiano, nel ripercorrere quarant'anni di autonomia territoriale nel nostro Paese, sarebbe in grado di fare una dichiarazione altrettanto netta.

(2) L. PAREJO ALFONSO, *Las reformas territoriales en España*, in T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, C. TUBERTINI (a cura di), *Las reformas del Estado. Coloquio internacional en homenaje al prof. Luciano Vandelli*, Iustel, 2019, p. 48.

Il fatto stesso che, come si ricava dalla lettura dei saggi qui pubblicati, vengano tenute attentamente separate, fino a risultare divaricate, le valutazioni concernenti le Regioni e i cd. nazionalismi periferici, da un lato, e quelle concernenti gli Enti locali minori, dall'altro, rivela una cesura profonda nell'ambito della "questione territoriale" spagnola. Una scissione che, tutto sommato, non trova equivalente nel nostro ordinamento, dove è invece presente una visione più continuista, o comunque meno divaricata, del fenomeno autonomistico. Nel nostro Paese la questione autonomistica rappresenta un "blocco unitario", dal punto di vista concettuale, al quale vengono ricondotte le diverse problematiche che fanno capo ai livelli di governo comunale, provinciale e regionale. In Italia il "sistema delle autonomie" identifica una modalità di organizzazione del potere pubblico nato per contrapposizione al metodo accentratore e uniformante inaugurato dai governi post-unitari, valorizzato dall'esperienza fascista, e riproposto periodicamente dalla legislazione dell'emergenza e della crisi. All'interno della "famiglia delle autonomie territoriali" non si registra dunque quella spaccatura netta tra enti maggiori (Regioni) ed enti minori (Comuni, Province, Città metropolitane) che caratterizza invece il Regno di Spagna. E, seppure una articolazione viene fatta tra i diversi livelli di governo, non è percepita come una contrapposizione, dal punto giuridico e politico, ma piuttosto come una differenziazione.

È solo accettando l'ottica "dualistica" presente nell'ordinamento spagnolo che possono comprendersi le diverse posizioni espresse dagli Autori che hanno contribuito alla realizzazione di questo numero della Rivista. Solo conoscendo la doppia anima del dibattito autonomistico, riescono infatti a conciliarsi le affermazioni di Brunetta Baldi, secondo cui «nei suoi 40 anni di vita, la Costituzione spagnola non pare avere trovato soluzione alla storica "questione territoriale" che segna la vita dello Stato spagnolo fin dalle sue origini», con quelle di segno decisamente diverso espresse da Alfredo Galán Galán, sopra ricordate; e con l'opinione ancora difforme di Luis Cosculluela Montaner, il quale sottolinea «el carácter bifronte del Régimen Local, deducido por el Tc de lo dispuesto en el art. 149.1.18^oCE, que reserva al Estado la legislación de las Bases del Régimen Local, y a las Comunidades Autónomas su "desarrollo", o mejor».

Nel tentativo di tracciare un quadro d'insieme della "questione territoriale" in Spagna, anche al fine di trarne indicazioni utili per le vicende domestiche, si può cominciare con il dire che, all'origine, essa si pone in riferimento alle richieste di autonomia avanzate da tre Regioni storiche del Paese: Catalogna, Paesi Baschi e Galizia. Queste richieste portarono al riconoscimento, nella Costituzione della II Repubblica spagnola del 1931, di una forma di Stato intermedia tra il modello unitario e quello federale, entro la quale convivevano più o meno pacificamente uno Stato nazione e tre nazionalismi periferici. Dopo la fine del regime franchista, che di fatto portò alla cancellazione delle conquiste ottenute da queste tre Regioni storiche, il problema dell'autonomia dei territori regionali si ripropose con rinnovata forza all'Assemblea costituente, in seguito alle elezioni democratiche del 1977.

È in questo quadro che nasce lo Stato autonomico disegnato dalla Costituzione del 1978, allo scopo principale di trovare un punto di equilibrio sostenibile tra le esigenze di decentramento e autogoverno, legate alle differenze storiche, culturali, linguistiche di alcune Regioni (cd. *hechos diferenciales*), e la necessità di garantire la tenuta unitaria di uno Stato moderno, costruito faticosamente sulle ceneri di un regime accentratore e antidemocratico.

Il punto di equilibrio sostenibile è costituito da un compromesso politico sulla forma di Stato, che conduce alla codificazione di «un testo costituzionale compatibile con lo sviluppo tanto di uno Stato semi-centralista, quanto di uno pienamente regionale e perfino di uno quasi-federale» (Baldi).

Si realizza così uno "schema aperto" che descrive più un meccanismo, un processo di costruzione, che non un preciso modello di autonomia prescelto dalla Costituzione. Uno schema aperto che, in sostanza, non decreta la nascita di uno Stato regionale, ma semmai "regionalizzabile", dal momento che il testo della Costituzione spagnola si limita a prevedere il procedimento attraverso il quale le Province possono volontariamente organizzarsi in Regioni (*Comunidades autonomas*), in seguito ad una complessa negoziazione con lo Stato per l'approvazione degli Statuti regionali, dapprima elaborati ed approvati dalle istituzioni regionali e quindi ratificati dal Parlamento nazionale con *ley organica*. Uno schema aperto che, come tale, è indeterminato e si presta ad interpre-

tazioni diverse e ugualmente legittime, finendo per generare incertezze, frustrazioni, e, soprattutto, pericolose tensioni tra i territori. La libertà concessa alle comunità provinciali di dare vita a enti dotati di maggiore autonomia politica e finanziaria, sulla base di iniziative volontarie e consensuali, finisce infatti per produrre una spinta generalizzata verso una maggiore autonomia da parte di tutti i territori, in una sorta di inseguimento continuo in cui le Regioni storiche fungono da apripista alle altre *Comunidades* che invocano altrettanta autonomia politica. Si parte dall'autonomia speciale o differenziata per arrivare al regionalismo indifferenziato, uniformante, accordato dallo Stato con la stessa facilità con cui viene offerto, si afferma non senza ironia, un *café para todos*. Osservata da questa angolazione, la dinamica regionalista in Spagna sembra muovere in senso quasi opposto a quella che caratterizza la formazione delle Regioni italiane. È pur vero che anche nel nostro Paese il progetto di autonomia regionalista è inizialmente concepito come rimedio alle difficoltà che investono alcune aree del territorio nazionale, strette tra contrasti socio-culturali e spinte secessioniste³. In Italia, come anche nel Regno di Spagna, le Regioni rappresentano una sorta di livello intermedio di governo in grado di ricomporre quella frattura troppo netta che separa la dimensione statale da quella provinciale. Da questo punto di vista, le Regioni appaiono l'articolazione territoriale più idonea per la riorganizzazione dei poteri pubblici, chiamati dopo le devastazioni della guerra a intervenire nell'economia, a svolgere nuove funzioni di pianificazione economica, sociale e territoriale. In Italia, come anche nel Regno di Spagna, la sperimentazione regionale prende il via da alcuni territori caratterizzati da peculiarità storiche, geografiche, linguistiche, culturali e sociali: con il r.d.l. 18 marzo 1944, n. 91, viene istituito l'Alto commissario per la Sicilia, a cui poco dopo si affianca una "Consulta regionale"; nello stesso periodo, vengono avviate forme di governo autonomo nelle Regioni Sardegna e Valle d'Aosta. Si tratta, in tutti questi casi, di aree "speciali" del Paese, in cui le spinte separatiste si fanno sentire in modo particolare e per le quali la risposta istituzionale non può attendere i tempi della riforma costituzionale in atto.

(3) In Italia il progetto regionalista venne presentato nel 1860 da Farini, allora Ministro dell'Interno, e portato nel 1861 davanti al Parlamento da Minghetti.

Tuttavia, la “specialità” delle Regioni italiane non ha alcuna pretesa di esclusività, non contribuisce particolarmente allo sviluppo delle relazioni tra Stato e territori e si configura come una sorta di eccezione rispetto al disegno simmetrico del regionalismo italiano che si afferma a partire dagli anni Settanta. Con l’istituzione delle Regioni ordinarie, infatti, le Regioni a Statuto speciale finiscono per chiudersi progressivamente in un volontario isolamento, prediligendo il canale bilaterale nei rapporti con lo Stato e perseguendo in silenzio i propri interessi senza badare agli aspetti di sistema.

Al contrario, in Spagna il progetto autonomistico originario si caratterizza in senso fortemente dualistico, e nell’ambito di esso le “nazionalità storiche” vengono collocate su un piano differente rispetto alle più comuni Regioni, poiché solo alle nazionalità storiche viene consentito accedere immediatamente al livello superiore di autonomia. La Costituzione spagnola del 1978, osserva giustamente Baldi nel saggio qui pubblicato, «delinea un quadro a geometria variabile che pure rinvia alla negoziazione, approvazione e possibile riforma degli statuti regionali. Essa riconosce un livello ordinario di autonomia a tutte le comunità che si costituiscono (art. 148), ma anche la possibilità di un livello superiore, acquisendo competenze che sarebbero altrimenti riservate allo Stato (art. 149), attraverso negoziazioni fra la singola Regione e il Governo/Parlamento nazionale nella fase di elaborazione dello Statuto di autonomia». Le Regioni spagnole non devono necessariamente coprire l’intero territorio dello Stato, non sono previste in numero predeterminato dalla Costituzione, dunque non sono enti costituzionalmente necessari. È solo la sottoscrizione degli Accordi autonomici del 1981, siglati fra i due principali partiti statali (UCD al governo e PSOE all’opposizione), che consente di generalizzare e uniformare il processo di autonomia, approvando in blocco tutti gli Statuti delle comunità ordinarie e dotandole di un’assemblea legislativa. Si innesca, a partire da questo momento, una rincorsa permanente tra Regioni storiche e Regioni che aspirano all’autonomia. Una dinamica che, lungi dal risolvere le tensioni tra Stato e territori, determina semmai la mobilitazione dei partiti autonomisti contro quella che viene definita «la deriva *“uniformadora”* dello Stato Autonomico». In sostanza, e questa è la prima grande diversità tra Spagna e Italia che si vuole qui sottolineare, il regionalismo spagnolo nasce

differenziato, asimmetrico in favore di alcune Regioni storiche, e progressivamente subisce una torsione verso l'uniformità e l'omogeneizzazione sotto la spinta degli altri territori che puntano a ottenere maggiore autonomia. Una spinta che, di riflesso, provoca una nuova fuga in avanti delle "nazionalità storiche" (Catalogna *in primis*), le quali rifiutano l'assimilazione giuridica alle altre Regioni, soprattutto dal punto di vista fiscale. Secondo i dati del 2018, riportati nel saggio di Fabio Garcia Lupato, il 61 per cento dei cittadini catalani auspica un rafforzamento dell'autonomia regionale, mentre cresce rapidamente in questa regione il *favor* per l'indipendenza, salito di oltre l'11 per cento negli ultimi 10 anni, ossia a partire dall'inizio della crisi economica.

Il regionalismo italiano, al contrario, è immaginato come uniforme nella Costituzione del 1948, fatta eccezione per cinque Regioni che storicamente godono di un'autonomia speciale in ragione delle peculiarità geografiche, sociali e culturali. Le Regioni italiane sono dall'origine previste come enti a numero chiuso, nominalmente indicati in Costituzione, che devono essere necessariamente presenti su tutto il territorio nazionale. Lo Stato italiano è regionale, non regionalizzabile, e ad eccezione di alcune Regioni che hanno storicamente ottenuto un trattamento differenziato a causa delle loro peculiarità geografiche e sociali, il regime giuridico delle Regioni è previsto nella Costituzione del 1948 come uniforme. Solo con la riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta nel 2001, viene introdotta nel testo costituzionale una norma di apertura al cd. regionalismo differenziato, che consente di attribuire "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" alle Regioni che ne facciano richiesta. Norma che, dopo 17 anni di letargo, ha conosciuto un improvviso risveglio nel 2018 grazie ad alcune iniziative concrete assunte da alcune Regioni italiane, che, anche a seguito della bocciatura referendaria della proposta di riforma costituzionale avvenuta nel 2016, hanno iniziato ad invocare maggiore autonomia rispetto alle altre in ragione dei propri meriti nella gestione delle competenze e delle risorse. L'insoddisfazione di alcune Regioni italiane rispetto all'attuale assetto autonomistico non risparmia critiche nemmeno all'indirizzo delle Regioni a statuto speciale, la cui specialità sembra oggi sempre meno giustificarsi in base a fattori culturali o identitari, e sempre più legata alla dimostrazione dell'utilizzo che queste Regioni hanno fatto della propria specialità,

nella risoluzione dei problemi di convivenza tra gruppi diversi in determinati territori, nello sviluppo di tali territori, nella riduzione delle differenze in termini di sviluppo rispetto alla media nazionale.

Per quanto concerne “*el gobierno local*”, i punti di contatto tra l’ordinamento spagnolo e quello italiano sembrano molto più evidenti, sia sotto il profilo del regime giuridico che delle criticità.

È molto significativa, da questo punto di vista, l’indicazione dei punti qualificanti una futura riforma dell’ordinamento locale in Spagna, contenuta nel saggio di Alfredo Galán Galán. In primo luogo, afferma l’A., occorrerebbe articolare in modo più chiaro le relazioni tra il livello regionale e quello locale, attribuendo – sembra di capire – in modo pieno alle Regioni (*Comunidades autonomas*) la competenza normativa in materia di *gobiernos locales*. Si tratta della cosiddetta «*interiorización autonómica del régimen local*», rispetto alla quale tuttavia la dottrina spagnola non sembra avere una posizione unanime (si veda infatti la difforme opinione espressa da Luis Cosculluela Montaner, in questo volume). In merito a questo punto specifico, nell’ottica di un parallelismo con il nostro ordinamento, basterà ricordare l’acceso dibattito sollevato dal d.d.l. costituzionale Renzi-Boschi, che consegnava al legislatore statale l’intera disciplina dell’ordinamento locale, ivi compresa l’intelaiatura delle forme associative e degli enti di area vasta (che si riteneva ormai acquisita alla competenza esclusiva regionale), compiendo un passo nella direzione opposta a quella – auspicata da molti studiosi – di un’estensione alle Regioni ordinarie di una potestà legislativa paragonabile a quella primaria assegnata alle Regioni speciali, e confermando l’attrazione dell’intero ordinamento locale nella sfera di competenza statale.

In secondo luogo, ci dice Galán Galán, una seria riforma locale richiede la «*ruptura de la excesiva uniformidad del régimen local, con un mayor reconocimiento de la diversidad*». Anche su questo aspetto sono notevoli le consonanze con il nostro ordinamento. Come per molti altri Paesi europei continentali, le origini del modello a cui si ispira l’ordinamento locale italiano affondano nella tradizione amministrativa francese, e risalgono alle concezioni rivoluzionarie del 1789, successivamente perfezionate (ed esportate) dall’impero napoleonico: robusto accen-

tramento, centralità dei prefetti, corrispondenza tra comunità e municipalità (da cui la parcellizzazione comunale), uguaglianza intesa come uniformità di regole. In Italia l'opzione a favore dell'uniformità avviene con le leggi di unificazione del 1865, che procedono ad una identica attribuzione di funzioni tra i Comuni, a prescindere da dimensioni e caratteristiche di questi enti. Solo con la legge 142/1990 l'uniformità viene messa realmente in discussione: attraverso il riconoscimento della potestà statutaria, il riparto delle funzioni tra livelli diversi, il regime delle aree metropolitane, si incrina l'equivalenza tra uguaglianza e uniformità. Inizia così ad affermarsi, tra repentini slanci e brusche interruzioni, l'idea della differenziazione, che si consoliderà poi con le riforme Bassanini del 1997.

In terzo luogo, prosegue Galán Galán, occorre migliorare l'articolazione tra i distinti livelli di governo locale, evitando duplicazioni, sovrapposizioni, disfunzioni legate alla coesistenza di più enti sul medesimo territorio. Inutile sottolineare le convergenze con il dibattito sul mantenimento in vita della Provincia, sulla stessa funzione di area vasta, che da decenni si è sviluppato nel nostro Paese.

Infine, Galán Galán sottolinea l'importanza prioritaria di riformare e migliorare *«el sistema de financiación local»* in assenza della quale *«ninguna reforma que se emprenda será valorada positivamente»*.

A questi aspetti, che sicuramente costituiscono altrettanti punti prioritari nell'agenda del riformatore italiano, se ne aggiungono un paio più specifici, legati alle peculiarità sociali e culturali dell'ordinamento spagnolo, che, pur essendo oggetto di interesse anche nel nostro Paese, non rivestono analoga importanza nel dibattito interno. Nell'elenco delle riforme da intraprendere con urgenza, infatti, Galán Galán indica la *«adopción de medidas eficaces para la lucha contra el denominado éxodo rural»*, e il *«refuerzo de la garantía de la autonomía local»*. Per quanto riguarda il primo aspetto, *el éxodo rural*, esso consiste in un processo inarrestabile di svuotamento delle campagne a favore delle grandi realtà urbane. Questo fenomeno è noto mediaticamente come *«España vacía»* o *«España vaciada»*. Il secondo aspetto peculiare riguarda l'accesso diretto alla giustizia costituzionale da parte degli Enti locali, riconosciuto in Spagna con la *Ley orgánica 7/1999*, che si è però rivelato poco funzionale come tecnica di difesa della autonomia locale, sia per le re-

strizioni imposte nella legittimazione ad agire degli enti interessati, sia per la complessità del procedimento dinanzi al *Tribunal constitucional*.

Vi è però un elemento che rappresenta qualcosa di più di un semplice punto di convergenza tra due sistemi: il regime giuridico della Provincia. È infatti verosimile che il legislatore italiano del 2014, nel ridisegnare i contorni di questo ente intermedio, abbia utilizzato come modello di riferimento diretto la *Diputación provincial* spagnola. In quest'ottica, la legge 56/2014 configura le "nuove" Province come enti di secondo grado (gli organi della Provincia sono formati da consiglieri comunali e sindaci dei Comuni ricompresi nella circoscrizione provinciale) dotati di funzioni sovracomunali sia proprie che delegate, e al contempo come enti di servizio e coordinamento orizzontale per i Comuni (cd. casa dei Comuni).

Veniamo alle tendenze attualmente in atto nell'ordinamento spagnolo. Il saggio di Luis Cosculluela Montaner evidenzia molto chiaramente come la *Ley de racionalización* del 2013 abbia puntato sulle *Diputaciones provinciales* quali enti di coordinamento, collaborazione e assistenza nei confronti dei piccoli municipi, generando un effetto complessivo di "provincializzazione" della vita locale. La medesima legge stabilisce inoltre che dev'essere la Provincia, laddove i Comuni con popolazione inferiore ai 20 mila abitanti non siano in grado di garantire l'esercizio delle funzioni di base, ad assumere su di sé alcuni compiti municipali (riscossione delle imposte, amministrazione elettronica e contrattazione centralizzata, prevenzione ed estinzione degli incendi), compensando in questo modo le inefficienze dei piccoli Comuni. Nell'ordinamento spagnolo la riforma del 2013, legata evidentemente alla razionalizzazione delle funzioni amministrative nel periodo di crisi, ha riportato alla ribalta il tema delle *Diputaciones provinciales*, enti che fino a poco tempo fa sembravano destinati ad un ruolo marginale o addirittura alla soppressione, e che ora conoscono un nuovo momento di protagonismo.

In riferimento a questa nuovo orientamento manifestato dal legislatore spagnolo, Alfredo Galán Galán pone un problema molto delicato, che interessa da vicino il dibattito che si è sviluppato in Italia sulle Province in seguito alla bocciatura referendaria della riforma costituzionale del 2016:

il collegamento tra funzioni e elezione diretta degli organi di governo della Provincia. Anche in Spagna, si evince dallo scritto di Galán Galán, esiste un'accesa polemica sulle competenze da attribuire alla Provincia e, conseguentemente, sulle modalità di elezione degli organi di governo provinciali. La dottrina spagnola si domanda infatti se, seguito dell'attribuzione di nuove funzioni, la Provincia debba continuare a considerarsi un ente dotato di competenze solo formali e strumentali, dal momento che le funzioni provinciali risultano sostanzialmente rivolte ai Comuni (Provincia come municipio di municipi, che presta attività di cooperazione e assistenza ai municipi), ovvero debbano riconoscersi alla Provincia finalità sostanziali e generali, in quanto ente posto al servizio diretto della collettività (provincia come ente che presta simultaneamente anche servizi pubblici a favore dei cittadini). La scelta in favore dell'una o dell'altra opzione, ci dice Galán Galán, determina il tipo di legittimazione democratica da ricondurre all'ente provinciale: legittimazione indiretta o di secondo grado, nel caso in cui si opti per la natura di ente a servizio dei Comuni, legittimazione diretta se invece si vuole configurare la Provincia come ente prestatore di servizi, che rivolge la sua attività direttamente alla collettività. Mi pare molto interessante questa impostazione, perché, come si è detto, il modello spagnolo ha ispirato la riforma delle Province introdotta in Italia con la legge 56/2014. Anche per rispondere alle sollecitazioni dell'Unione europea⁴, il legislatore italiano ha rivisto il livello di governo intermedio, quello d'area vasta: attualmente, le Province italiane vedono notevolmente ridursi il perimetro delle proprie funzioni fondamentali, che restano essenzialmente riferite alla pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, a determinati aspetti della tutela e valorizzazione dell'ambiente, ai trasporti, alle strade in ambito provinciale, alla rete scolastica. E, soprattutto, le Province vedono drasticamente ridurre il personale e le risorse a loro disposizione.

Il naufragio della riforma costituzionale, di cui la riforma Delrio voleva rappresentare una sorta di anticipazione amministrativa, ha determinato

(4) Com'è noto il Consiglio direttivo della Banca centrale europea, a partire dal 2010, ha rivolto una serie di raccomandazioni puntuali all'Italia sui temi dell'organizzazione istituzionale e del riordino territoriale, mentre il *monitoring* team della Banca Centrale Europea ha ripetutamente sostenuto che «accorpate le Province sarebbe l'unica vera misura di taglio dei costi della politica».

la riapertura del dibattito sulle Province a tutti i livelli⁵. È plausibile che le Regioni che hanno proceduto a riaccentrare su di sé le funzioni provinciali, in vista della riforma costituzionale poi fallita, ripensino alle scelte sin qui fatte, in favore di una maggiore valorizzazione dell'area vasta provinciale; è inoltre prevedibile che molti processi di accorpamento forzato delle Province (si pensi ai "quadranti funzionali" di area vasta del Piemonte) vengano ripensati su base convenzionale o associativa, in assenza di obblighi di fusione. Lo scenario post-referendario, unito all'allentarsi del morso della crisi, ha aperto la strada ad una differenziazione tra livelli di governo sinora sconosciuta al nostro ordinamento: quante più funzioni di area vasta (oltre a quelle fondamentali) le Regioni conferiranno alle Province del loro territorio, tanto più si caratterizzeranno come enti di indirizzo; quante più funzioni di area vasta tratterranno su di sé o su agenzie/distretti regionali, tanto più agiranno come enti di amministrazione. Ma è soprattutto in riferimento alle modalità di elezione degli organi provinciali che il dibattito attualmente in corso in Spagna può risultare utile a fini interni. Com'è noto sono state recentemente presentate le "Linee guida in materia di riforma dell'ordinamento delle Province e delle Città metropolitane"⁶, che mirano a riportare questi enti alla prece-

(5) Di recente la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune leggi regionali della Toscana nella parte in cui attribuiscono alla Regione Toscana le competenze già esercitate dalle Province in materia di controllo periodico su tutte le attività di gestione, di intermediazione e di commercio dei rifiuti e accertamento delle relative violazioni, e di verifica e controllo dei requisiti previsti per l'applicazione delle procedure semplificate. Nel pensiero della Consulta «Mentre, infatti, con riferimento ad altre competenze amministrative in materia ambientale, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, conseguente all'accordo in Conferenza unificata, ha lasciato spazio all'attività legislativa ed amministrativa regionale, altretanto non può dirsi per le funzioni contemplate dalle norme impugnate, che il Cod. ambiente riserva espressamente alle amministrazioni provinciali. Le norme contenute nel Cod. ambiente, infatti, per espressa previsione dell'art. 3-bis "possono essere derogate, modificate o abrogate solo per dichiarazione espressa da successive leggi della Repubblica"; e la mancanza di tale dichiarazione espressa nella legge n. 56 del 2014 non può essere colmata né dagli interventi legislativi regionali, né dalle intese intervenute nella Conferenza unificata» Cfr. Corte cost., 28 maggio 2019, n. 129.

(6) V. Bozza di linee guida presentate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Conferenza Stato-città ed autonomie locali, Tavolo tecnico-politico per la «redazione di linee guida finalizzate all'avvio di un percorso di revisione organica della disciplina in materia di ordinamento delle Province e delle Città metropolitane, al superamento dell'obbligo di gestione associata delle funzioni e alla semplificazione degli oneri amministrativi e contabili a carico dei Comuni, soprattutto di piccole dimensioni».

dente modalità di investitura, ossia all'elezione diretta degli organi provinciali da parte dei cittadini. A mio avviso è essenziale, in una corretta prospettiva di riforma, non perdere di vista il rapporto tra la tipologia di funzioni attribuite ad un ente e la sua legittimazione democratica. Questo perché, al di là della compatibilità tra il metodo dell'elezione indiretta ed il principio di autonomia⁷, è la sostanza dei compiti, la concretezza delle funzioni esercitate da un ente a richiedere una certa forma di legittimazione agli occhi dei cittadini. I quali risulterebbero disorientati di fronte alla realizzazione di un modello istituzionale astratto di area vasta, forse conforme al principio di legalità e al metodo della rappresentanza democratica, ma assai poco rispondente al comune sentire e alla vita concreta di una comunità.

(7) Su cui si veda la nota sentenza della Corte costituzionale, n. 50 del 2015.

Lo Stato delle Autonomie: un bilancio fra luci ed ombre

Brunetta Baldi

L'articolo traccia un bilancio dello Stato delle Autonomie spagnolo, in occasione del suo quarantesimo anniversario, sottolineando i principali risultati conseguiti ma anche, e soprattutto, i nodi critici che hanno impedito la risoluzione della storica questione territoriale, un insuccesso chiaramente evidenziato dalla grave crisi catalana. Tale fallimento deriva dalle modalità di sviluppo del processo di autonomia che hanno in buona misura tradito le aspettative e i contenuti del patto costituzionale del 1978. Alla visione duale e asimmetrica originaria, presente nei lavori dell'Assemblea costituente, che riconosceva la specialità delle Comunità storiche, si è sostituita una visione uniforme che ha negato tale specialità e alimentato tensioni con le periferie nazionaliste, rendendone difficile l'integrazione all'interno dello Stato. Lo strappo catalano prodotto dalla dichiarazione unilaterale di indipendenza e la profonda crisi istituzionale che ne è derivata sollevano oggi la necessità di una riforma costituzionale per la quale il federalismo potrebbe rappresentare la via maestra.

1. Introduzione

Il 6 dicembre scorso si è celebrato il 40° anniversario della Costituzione spagnola (CE), quattro decenni di vita democratica, dopo il crollo del regime franchista, nel corso delle quali la Spagna ha raggiunto traguardi importanti, a partire proprio dall'aver concluso una difficile transizione alla democrazia il cui successo era tutt'altro che scontato date le forti tensioni fra le forze politiche di destra e quelle di sinistra, fra i sostenitori della monarchia e quelli della repubblica, fra i nazionalisti statali e quelli periferici, contrasti che minacciavano di strappare il tessuto sociale e politico ancora prima del consolidamento democratico. Inoltre, precedentemente alla grave crisi economico-finanziaria avviatasi nel 2008, la Spagna aveva una delle più forti economie europee, con elevati tassi di crescita e di occupazione, proprio per questo entrata subito nell'Unione monetaria europea (1999) nonostante avesse aderito alla

CEE solo nel 1986. Non ultimo, fino al 2015, la Spagna ha rappresentato un modello di stabilità politica caratterizzato dalla regolare alternanza al Governo nazionale dei due principali partiti statali (il PSOE e il PP), un quadro politico solo in seguito mutato con l'affermazione delle nuove forze politiche *Podemos* e *Ciudadanos*¹.

Tuttavia, nei suoi 40 anni di vita, la Costituzione spagnola non pare avere trovato soluzione alla storica “questione territoriale” che segna la vita dello Stato spagnolo fin dalle sue origini e che, a partire dalla fine del XIX secolo, porta allo sviluppo dei nazionalismi periferici basco e catalano e, successivamente, galiziano. Una questione segnata da profonde fratture centro-periferia che trovano espressione nei c.d. *bechos diferenciales*, ovvero fattori distintivi quali lingua, cultura, storia politica, tradizioni di autogoverno e giuridiche proprie che hanno plasmato e radicato identità regionali diverse rispetto a quella dello Stato-nazione di appartenenza, contrapponendo, spesso duramente, le periferie basche e catalane al centro castigliano².

La questione territoriale si pone subito all'attenzione dell'Assemblea costituente che nasce in seguito alle prime elezioni democratiche del 1977 – dopo la morte di Francisco Franco nel 1975 – la quale individua nello Stato delle Autonomie, o Stato Autonomico, una possibile soluzione. Tuttavia oggi, alla luce della dichiarazione unilaterale di indipendenza annunciata dall'autoproclamata Repubblica catalana nell'ottobre 2017, appare evidente come quella soluzione non sia stata sufficiente e come, nonostante i risultati positivi indubbiamente conseguiti, una riflessione sui primi 40 anni di vita dello Stato Autonomico non possa che rilevarne una condizione di crisi³.

(1) R.L. BLANCO VALDÉS, *Spagna: La fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2018, pp. 349-378; A. BOSCO, *Le quattro crisi della Spagna*, Bologna, Il Mulino, 2018. Si veda anche F. LUPATO in questa sezione monografica.

(2) Diverso il caso della Galizia, la Regione meno mobilitata fra le tre storiche, il cui nazionalismo è sempre stato un movimento più culturale che politico.

(3) J. CAGIAO Y CONDE, *Un sassolino nella scarpa. La Catalogna come chiave della crisi del modello territoriale spagnolo*, in J. CAGIAO Y CONDE, G. FERRAIUOLO, P. RIGOBON (a cura di), *La nazione catalana. Storia, lingua, politica, costituzione, nella prospettiva plurinazionale*, Napoli, Editore Scientifico, 2018, pp. 143-191.

Una crisi profonda che matura in una congiuntura complessa, alla quale concorrono più fattori, in parte già anticipati. La crisi territoriale si intreccia infatti con la crisi economico-finanziaria che colpisce duramente la Spagna nell'ultimo decennio, portando alta disoccupazione, dolorosi tagli alle politiche di *welfare* e conseguente mobilitazione sociale. Ma anche con la crisi della rappresentanza politica che sovverte l'equilibrio del sistema partitico spagnolo, superandone il consolidato bipartitismo, con effetti che inaspriscono il conflitto centro-periferia⁴. Eppure, nonostante tali fattori di complessità e aggravio, risulta doveroso riconoscere come lo Stato delle Autonomie presenti criticità proprie, che derivano dal compromesso politico sotteso al suo disegno costituzionale, criticità originarie che impongono la necessità di riforme costituzionali al fine di superare la grave crisi istituzionale prodotta che sta minacciando la tenuta dello Stato spagnolo.

Questo articolo vuole tracciare un breve bilancio dei quarant'anni di vita dello Stato Autonomico a partire dal compromesso trovato in seno all'Assemblea costituente nel 1977. Lo scopo è evidenziare i risultati conseguiti ma anche, e soprattutto, i nodi critici via via emersi che hanno impedito la risoluzione della storica questione territoriale per la quale questo modello di Stato era stato concepito.

2. Il compromesso dell'Assemblea costituente

Lo Stato delle Autonomie che si sviluppa a partire dalla CE del 1978 nasce da un compromesso fra le forze politiche presenti nell'Assemblea costituente (Ac) dal quale non è possibile prescindere se si vuole comprendere la crisi che oggi lo affligge. La questione territoriale a cui l'Ac era chiamata a dare risposta aveva già trovato una precedente soluzione nella Costituzione repubblicana del 1931, sulla base della quale erano stati approvati Statuti di autonomia per le Regioni di Catalogna, Paese Basco e Galizia. Tale costituzione e i relativi statuti erano però stati travolti dagli eventi tragici del 1936-1939: colpo di stato ad opera delle forze armate guidate dal generale Francisco Franco, guerra civile spa-

(4) A. BOSCO, *Le quattro crisi della Spagna*, cit.; T. QUADRA SALCEDO, *Sobre la reconstrucción del Estado Autonomico*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 51, 2015, pp. 56-83.

gnola e successivo avvento del franchismo⁵. Nella fase di ritorno alla democrazia risultava dunque necessario ripristinare i diritti che quelle Regioni avevano maturato in precedenza, consentendo loro di recuperare l'autonomia perduta. Infatti, già nell'autunno del 1977, con decreto, si ristabilì in forma transitoria l'autonomia in Catalogna e lo stesso avvenne tre mesi dopo per il Paese Basco⁶.

La domanda di autonomia non risultava però limitata alle sole Comunità storiche in quanto la nascita di Regioni guidate da organi rappresentativi dei cittadini rispondeva bene all'istanza di democrazia diffusa nel Paese e poteva aiutare il processo di transizione democratica. Molte delle manifestazioni politiche negli ultimi anni della dittatura franchista avevano infatti rivendicato, insieme con il diritto alla democrazia, forme di decentramento politico nel vasto convincimento che una vera democrazia potesse consolidarsi solo se accompagnata all'autonomia territoriale. E ciò sia per il protagonismo, nella mobilitazione a favore della democrazia, delle Province basche e catalane che questo chiedevano per i loro territori, sia per reazione sociale alla lunga fase autoritaria franchista che si era contraddistinta per una forte centralizzazione del potere⁷. Parallelamente ai lavori dell'Ac, erano pertanto nate, in forma spontanea e transitoria, "pre-autonomie" regionali in varie aree del Paese, con la costituzione di assemblee di parlamentari (deputati e senatori eletti

(5) La Costituzione della II Repubblica spagnola abbracciava una forma di Stato definita "integrale", intermedia fra il modello unitario e quello federale, che riconosceva un principio di autonomia regionale, sulla base del quale si arrivò all'approvazione di Statuti di autonomia per le tre Regioni storiche del Paese. Nel 1931 quello catalano, che portò alla nascita della *Generalitat*. A seguire quello del Paese Basco che venne però inizialmente respinto dal Parlamento nazionale in quanto troppo radicale nei contenuti e privo della piena approvazione referendaria da parte di tutte le Province basche. Un secondo Statuto basco, più moderato e riferito a sole tre Province (esclusa quella di Navarra), venne presentato ed approvato dalle *Cortes* nel 1936, ma non riuscì a divenire operativo prima del colpo di Stato franchista. Analogamente la Galizia, dove la debolezza del movimento nazionalista rese più lenta l'elaborazione dello Statuto alla cui approvazione si arrivò solo attraverso referendum, senza la necessaria ratifica parlamentare, prima del precipitare degli eventi. Per approfondimenti cfr. G. CÁMARA VILLAR, *La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 101, enero-abril 2018, pp. 395-430.

(6) Il riconoscimento della Galizia come pre-autonomia, in attesa dell'approvazione del nuovo Statuto, si avrà invece con il decreto-legge 7 del 16 marzo 1978 (R.D. Ley 7/1978).

(7) I. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *El estado federal. Solución al fracaso del estado autonómico*, Madrid, Università Pontificia Comillas, 2014, <https://repositorio.comillas.edu/jspui/handle/11531/547>.

nelle circoscrizioni del territorio) che esprimevano la volontà di conseguire forme di autogoverno per tali Regioni⁸.

Inoltre, in seno all'Ac, si avvertiva la necessità di modernizzare l'apparato centralizzato che si ereditava dal regime franchista, il quale risultava obsoleto a confronto con le altre democrazie europee che in quella fase sperimentavano processi di regionalizzazione per rispondere meglio alle sfide imposte dall'espansione del *welfare state*. Nel corso degli anni '70, in effetti, erano nate le Regioni ordinarie in Italia, si andavano consolidando le Regioni amministrative francesi, il Belgio era diventato regionale e nel Regno Unito si cominciava a parlare di *devolution*; e questo in un quadro europeo dove la Germania e l'Austria erano federali e i Paesi Bassi ampiamente decentrati su base provinciale⁹.

Per tutte queste ragioni, fra le diverse forze politiche presenti nell'Ac esisteva sostanziale accordo sull'ipotesi di dar vita ad uno Stato decentrato su base regionale. Ma non c'era consenso sulla specifica forma da dare a questo Stato: solo regionale oppure federale? Un decentramento per lo più amministrativo oppure essenzialmente politico con tanto di devoluzione del potere legislativo? Solo per le Comunità storiche o esteso a tutto il territorio statale?

Si trattava di una questione delicata (la "forma di Stato") su cui le sei forze politiche presenti nell'Ac avevano posizioni valoriali molto diverse fra loro, di fatto inconciliabili. I nazionalisti baschi e catalani, eletti nelle file del Partito Nazionalista Basco (PNV) e del Patto Democratico per Catalogna¹⁰, volevano una forte autonomia per le proprie Regioni, con i baschi che manifestavano chiare inclinazioni indipenden-

(8) B. BALDI, *Spagna*, in S. VENTURA (a cura di), *Da Stato unitario a Stato federale*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 157-194; L. REBOLLO DELGADO, *Antecedentes, surgimiento y conformación del Estado Autonómico en la Constitución de 1978*, in *Revista de Derecho Político*, 101, enero-abril 2018, pp. 461-502.

(9) Nei Paesi Bassi sono le Province a rappresentare il livello "meso" di governo (intermedio fra quello locale e quello centrale), mentre negli altri Paesi tale livello è rappresentato dalle Regioni. Cfr. M. CACIAGLI, *Regioni d'Europa. Devoluzioni, regionalismi, integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, II. ed., 2006.

(10) Si trattava di una coalizione di forze nazionaliste fra cui Convergència democràtica che, unita ad Unió democràtica, diventerà poi la CiU, il grande partito del nazionalismo catalano moderato guidato da Jordi Pujol.

tiste; d'altronde ETA, l'organizzazione paramilitare e separatista basca, era ancora operativa e aveva al suo attivo una serie di attentati che avevano concorso a determinare la fine del franchismo, con particolare riferimento all'uccisione di Luis Carrero Blanco¹¹. Il Partito socialista (PSOE) e, in buona misura, anche il Partito comunista (PCE) prospettavano invece la possibilità di un federalismo spagnolo, ma le forze di destra associate in Alleanza popolare (AP, che poi diventerà l'attuale Partito Popolare, PP), ereditando la tradizione franchista, consideravano intoccabile l'unità nazionale e pensavano ad un decentramento di basso profilo, di natura amministrativa, con qualche limitata eccezione per le Regioni storiche. L'Unione di centro democratico (UCD) del *premier* Suárez, il partito che nasce in quella fase storica, destinato però a breve vita, operò come forza di mediazione per arrivare ad un compromesso fra aspirazioni così contrapposte. Un compromesso doveroso perché il mancato consenso sulla forma di Stato avrebbe potuto creare tensioni tali da mettere a rischio la fragile democrazia che si stava ricostruendo¹².

Ma quale compromesso venne raggiunto? In una battuta si potrebbe dire che si decise di "non decidere", ovvero di non scegliere una forma predeterminata di Stato, bensì di rinviare la definizione dell'esatta ripartizione territoriale del potere ad accordi politici e provvedimenti legislativi futuri. Si optò cioè per un accordo di minima che riguardava più il processo che il modello di autonomia, aprendosi ad esiti potenzialmente diversi¹³. Il testo costituzionale approvato delineava infatti uno schema aperto, compatibile con lo sviluppo tanto di uno Stato semi-centralista, quanto di uno pienamente regionale e perfino di uno quasi-federa-

(11) Presidente del governo durante l'ultima fase del franchismo, indicato come probabile successore di Franco, viene ucciso da ETA, in un attentato dinamitardo, il 20 dicembre 1973.

(12) Si temeva che le forze della destra, ancora legate agli apparati militari e agli interessi che avevano sostenuto il regime franchista, potessero dar vita ad un nuovo colpo di stato, bloccando il processo di transizione alla democrazia. Per una ricostruzione, si veda R.L. BLANCO VALDÉS, *La seconda decentralizzazione spagnola: fra riforma confederale e Stato possibile*, in *federalismi.it*, 17, 2008.

(13) *Ibidem*; L. REBOLLO DELGADO, *Antecedentes, surgimiento y conformación del Estado Autonómico*, cit.

le¹⁴. Un quadro volutamente indeterminato che consentiva ad ogni forza politica di prefigurare l'esito che auspicava, accordando così il proprio consenso. In altri termini, nell'impossibilità di adottare un modello definito che potesse risultare condiviso, si scelse di "decostituzionalizzare" la forma dello Stato, rinviando la sua definizione all'approvazione di eventuali e futuri statuti di autonomia.

Le principali aperture del quadro costituzionale che fanno comprendere il compromesso raggiunto sono tre. Si tratta di indeterminanze che segnano tutto lo sviluppo dello Stato delle Autonomie, concorrendo alla sua crisi attuale¹⁵.

2.1. *Nazione, nazionalità e Regioni*

La prima apertura fa riferimento al contenuto dell'art. 2 della CE, il quale da un lato sancisce la «indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli» e, dall'altro, «garantisce il diritto all'autonomia delle nazionalità e delle Regioni che la compongono». Risulta evidente il compromesso raggiunto per soddisfare tutte le forze politiche in gioco e le loro diverse aspirazioni, dal nazionalismo statale di Alleanza Popolare, fino ai nazionalismi periferici (Pnv e Patto per Catalogna), passando per un diritto all'autonomia territoriale da declinarsi in forme differenti. Tale dettato costituzionale e le due distinzioni che contiene – quella fra Regioni e nazionalità e quella fra nazionalità e nazione – rappresenta ancora oggi uno dei punti più controversi della CE, la cui indeterminatezza ha concorso ad alimentare il conflitto con le periferie nazionaliste. La CE infatti enuncia queste distinzioni ma non offre alcuna indicazione per dare loro attuazione¹⁶.

Innanzitutto, non indica quali sono le nazionalità che compongono la

(14) R.L. BLANCO VALDÉS, *Cinque tesi sul decentramento in Spagna*, in S. GAMBINO (a cura di), *Regionalismo Federalismo Devolution. Competenze e diritti*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 105-144.

(15) A.G. GAGNON, *Sfide emergenti negli Stati plurinazionali*, in J. CAGIAO Y CONDE, G. FERRAIUOLO, P. RIGOBON (a cura di), *La nazione catalana*, cit., pp. 3-21.

(16) L. REBOLLO DELGADO, *Antecedentes, surgimiento y conformación del Estado Autonómico*, cit.; J. ROMERO GONZÁLEZ, *Naciones y regiones. Realizaciones, insuficiencias y límites del proceso de descentralización política en España*, in A. CUCÓ, J. ROMERO, J. FARINÓS (a cura di), *La organización territorial del Estado. España en Europa: un análisis comparado*, Valencia, Universitat de València, 2002, pp. 13-39.

nazione spagnola né indica in cosa l'enunciata differenza con le Regioni si dovrebbe sostanziare. Al riguardo, ha prevalso l'interpretazione che riconosce questa distinzione come l'espressione di un mero principio di pluralismo culturale privo di effetti giuridici, ma dai lavori dell'Ac emerge una visione differente: una prospettiva duale dello Stato delle Autonomie dove le nazionalità storiche venivano poste su un piano differente rispetto alle più comuni Regioni¹⁷. Il processo di autonomia intendeva infatti rispondere a due diverse esigenze¹⁸: da un lato, la necessità di superare le storiche fratture fra centro e periferia, ovvero dare risposta alle rivendicazioni nazionaliste ed integrare le collettività dotate di una identità storica distinta (nazionalità) al fine di contenerne le spinte centrifughe; dall'altro, il bisogno di modernizzare e democratizzare il sistema politico-amministrativo, attraverso un principio di decentramento regionale che intendeva avvicinare le politiche pubbliche alle preferenze dei cittadini e alle istanze dei territori. Tuttavia, tale distinzione fra nazionalità e Regioni, netta in quella fase storica, si perderà nello sviluppo successivo dello Stato Autonomico, quando prevarrà una visione simmetrica del processo di autonomia¹⁹.

Secondariamente, il dettato costituzionale non chiarisce il rapporto fra nazione e nazionalità, una distinzione che solleva perplessità, visto che i due termini vengono solitamente considerati sinonimi, sia nel linguaggio comune che nella letteratura politologica. Nel corso dei lavori dell'Ac i rappresentanti del nazionalismo catalano proposero il termine "nazionalità" al posto di quello di "nazione" per trovare il consenso necessario al varo della Costituzione, considerandolo un semplice eufemismo²⁰. Nella giurisprudenza costituzionale, però, i due concetti sono sempre stati interpretati come diversi e su questo si gioca parte dell'attuale conflitto catalano. Come noto, il ricorso sul nuovo Statuto della

(17) T. QUADRA SALCEDO, *Sobre la reconstrucción del Estado Autonómico*, cit.

(18) E. FOSSAS ESPALDER, *Asimetría plurinacionalidad en el Estado Autonómico*, in E. FOSSAS ESPALDER, F. REQUEJO (a cura di), *Asimetría federal y estado plurinacional*, Barcelona, Editorial Trotta, 1999, pp. 275-301.

(19) Sul punto si rinvia al prossimo paragrafo.

(20) G. TORTELLA, *La nación de las naciones*, in *El Mundo*, 8/1/2016. Si veda anche J. ROMERO GONZÁLEZ, *Naciones y regiones*, cit.

Catalogna, approvato nel 2006, è stato parzialmente accolto dal Tribunale costituzionale spagnolo (Tc), con la sentenza STC 31/2010, laddove conteneva disposizioni che avallavano l'interpretazione della «Catalogna come nazione»²¹. Nazionalità sì, ma nazione no, perché l'unica nazione, conformemente all'art. 2 della CE, è quella spagnola. Appare evidente come nel testo costituzionale si confonda, volutamente, il concetto di nazione con quello di Stato, attribuendo al primo quanto viene solitamente riconosciuto al secondo ovvero l'essere espressione di un potere sovrano che deriva da tutti i cittadini senza distinzioni. Nell'esperienza delle democrazie contemporanee, l'unità dello Stato e quella della nazione non vanno necessariamente di pari passo data l'esistenza di Stati plurinazionali dove il riconoscimento di più identità nazionali non incrina la sovranità statale. Si pensi al Regno Unito fra gli Stati non federali, oppure al Belgio o al Canada fra quelli federali. Ma nel caso della CE l'unità e l'indissolubilità risultano essere attributi della nazione, e non dello Stato, in uno binomio Stato-nazione che non si considera scorporabile. Ciò conferma una concezione nazionalista della Carta costituzionale spagnola sulla quale si sono trovati d'accordo, seppure per motivazioni opposte, tanto i partiti del nazionalismo statale di eredità franchista (UCD e AP) quanto i rappresentanti del nazionalismo basco e di quello catalano²².

2.2. *Un regionalismo bottom-up e a geometria variabile*

Le altre due aperture del quadro costituzionale, che pure concorrono alla crisi attuale dello Stato Autonomico, riguardano le modalità del processo di regionalizzazione e i livelli di autonomia riconosciuti alle Regioni, denominate Comunità autonome (CC.AA.).

La CE non prevede la nascita di uno Stato regionale bensì di uno Stato regionalizzabile; diversamente dalla Costituzione italiana, non indica infatti quali sono le Regioni in cui si organizza lo Stato né le istituisce. Si limita a prevedere il procedimento attraverso il quale le Province possono, se vogliono, organizzarsi in CC.AA., avviando poi le negoziazioni con

(21) Si rinvia al paragrafo 5.1.

(22) R.L. BLANCO VALDÉS, *La seconda decentralizzazione spagnola*, cit.

lo Stato per l'approvazione degli Statuti regionali. Il regionalismo prospettato è dunque *bottom-up*: le CC.AA. nascono su iniziativa dei territori, sulla base di un principio dispositivo o volontario²³. Gli Statuti vengono elaborati ed approvati dapprima dalle istituzioni delle Regioni che si vanno a costituire e, successivamente, vengono ratificati, con *ley organica*, dal Parlamento nazionale, rendendo quindi necessario un accordo negoziato fra i due livelli.

L'indeterminatezza deriva dal fatto che nel momento dell'approvazione della CE non si sapeva se le CC.AA. sarebbero nate in tutta Spagna oppure no, sebbene la diffusione delle pre-autonomie facesse prevedere un'estesa regionalizzazione. La CE, nella sua seconda disposizione transitoria, si limitava a menzionare le Regioni storiche, quelle che già in passato avevano conosciuto l'approvazione di uno Statuto, riservando loro un accesso preferenziale all'autonomia, a conferma della visione duale sopra indicata. Interessante osservare come tale indeterminatezza persista ancora oggi nonostante le CC.AA. siano nate e consolidate su tutto il territorio statale: la CE continua a non nominare quali e quante Regioni compongano lo Stato, rinviando l'organizzazione territoriale del potere agli Statuti successivamente approvati.

Con riferimento al riparto del potere, la CE delinea un quadro a geometria variabile che pure rinvia alla negoziazione, approvazione e possibile riforma degli Statuti regionali. Essa riconosce un livello ordinario di autonomia a tutte le Comunità che si costituiscono (art. 148), ma anche la possibilità di un livello superiore, acquisendo competenze che sarebbero altrimenti riservate allo Stato (art. 149), attraverso negoziazioni fra la singola Regione e il Governo/Parlamento nazionale nella fase di elaborazione dello Statuto di autonomia. Tale livello superiore risulta immediatamente accessibile alle Comunità storiche in virtù dei loro diritti passati (e dunque di una riconosciuta specialità), ma non viene precluso alle altre. Secondo il dettato costituzionale, tutte le CC.AA. possono infatti accedere alla fascia superiore di autonomia, o subito (via rapida), attraverso la soddisfazione di complessi requisiti procedurali nella propria fase costitutiva, oppure dopo cinque anni dall'approvazione dei lo-

(23) E. FOSSAS ESPALDER, *El principio dispositivo en el Estado Autonómico*, in *Revista de Derecho Político*, 71-72, 2008, pp. 151-173.

ro statuti ordinari (via graduale)²⁴. La *ratio* sottesa a tale disposto costituzionale era quella di non porre limiti al soddisfacimento delle aspirazioni autonomiste, coerentemente al principio dispositivo (regionalismo *bottom-up*) e, soprattutto, a garanzia di una maggiore democratizzazione del Paese. Va infatti precisato come la CE si limitasse a prevedere un'Assemblea legislativa solo per le Comunità di livello superiore (art. 152) rinviando la decisione di dotare le Comunità ordinarie di tale organo, e relativi poteri, agli Statuti di autonomia. Nel dubbio che le Comunità di livello ordinario potessero nascere senza poteri legislativi, i costituenti scelsero di non rendere rigida la differenza con le Comunità di livello superiore²⁵. Sebbene il disegno asimmetrico dei due livelli di autonomia non richiamasse la distinzione fra le nazionalità e le Regioni, di cui all'art. 2 della CE, simile coincidenza era prefigurata dalle forze politiche presenti nell'Ac: secondo la già anticipata visione duale, esse ritenevano che solo le Comunità storiche (nazionalità) avrebbero avuto accesso al livello superiore mentre le altre eventuali Regioni (in quel momento semplici "pre-autonomie") si sarebbero tutte costituite in Comunità di livello ordinario. Gli eventi successivi, in buona misura inattesi, mostrarono invece che così non sarebbe stato.

3. Lo sviluppo dello Stato Autonomico

In tale quadro costituzionale, lo sviluppo dello Stato Autonomico procede per gradi, con fasi alterne segnate da una costante dialettica fra simmetria e asimmetria²⁶. Esso nasce asimmetrico, dati i diritti storici riconosciuti alle Comunità storiche, ma risultando a geometria variabile e aperto a successive ridefinizioni esso supera rapidamente l'asimmetria originaria, salvo poi conoscere nuove limitate asimmetrie in una dinamica competitiva che si sviluppa fra le CC.AA.

(24) Per approfondimenti, cfr. E. AJA, *El Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, Alianza Editorial, II ed., 2014.

(25) T. QUADRA SALCEDO, *Sobre la reconstrucción del Estado Autonómico*, cit.

(26) R.L. BLANCO VALDÉS, *Cinque tesi sul decentramento in Spagna*, cit. Per una riflessione approfondita sul concetto di "asimmetria" nei sistemi regionali e/o federali, cfr. F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in *questa Rivista*, 2, 2018, pp. 255-271.

3.1. *La svolta andalusa: dall'asimmetria alla simmetria*

Il processo prende avvio con l'approvazione degli Statuti, negoziati con le istituzioni centrali, della Catalogna e del Paese Basco (1979), Comunità che accedono al livello superiore di autonomia in quanto Regioni storiche. Segue lo Statuto della Galizia che conosce alcune controversie legate alla volontà del Governo nazionale di declassarne il grado di autonomia. Il tentativo, reso possibile dalla mancanza di un partito nazionalista locale, fallisce e la questione si risolve a favore del riconoscimento della specificità storica della Galizia²⁷. Lo Statuto, equiparato nei contenuti ai due precedenti, viene approvato nel 1981.

Parallelamente al ripristino dell'autonomia in virtù dei diritti storici, l'Andalusia avvia la complessa procedura prevista dall'art. 151 CE per ottenere il livello superiore di competenze senza godere della via preferenziale riservata alle Comunità storiche. Diversamente da quanto prefigurato dalle forze politiche, e particolarmente dall'UCD di Suárez, l'Andalusia riesce a superare le soglie e gli adempimenti previsti, fra cui un referendum popolare che ottiene il 55,5% dei voti favorevoli, accedendo quindi allo stesso livello di autonomia delle Comunità storiche. L'Andalusia conferma un fenomeno innovativo già anticipato dall'esperienza delle pre-autonomie: la presenza di una spiccata propensione all'auto-governo anche nei territori privi di nazionalismi storici. Il caso andaluso apre la strada alla generalizzazione del processo di autonomia, rappresentando il primo elemento di rottura di un'interpretazione strettamente asimmetrica e nazionalista della Costituzione. Consentendo anche alle Regioni, e non solo alle nazionalità storiche, di accedere subito al livello superiore di autonomia, si concretizza la c.d. "terza via" che incrina la visione duale originaria e, con essa, la possibilità di dare piena attuazione all'art. 2 della CE, ovvero alla distinzione fra nazionalità e Regioni²⁸. È in tale cambio di prospettiva che si collocano gli Accordi Autonomici

(27) La Galizia, che storicamente ha espresso un nazionalismo più culturale che politico, non ha mai sperimentato la mobilitazione delle altre due Comunità storiche. D'altro canto, non ha mai avuto la forza economica della Catalogna o del Paese Basco né ha sperimentato una storia di autonomia rispetto al centro castigliano. Possiede una lingua propria, di origine celtica, che però solo in tempi successivi alla CE è stata recuperata nella sua tradizione anche scritta. Per approfondimenti sullo statuto della Galizia, si veda E. AJA, *El Estado autonómico*, cit.

(28) T. QUADRA SALCEDO, *Sobre la reconstrucción del Estado Autonómico*, cit.

del 1981, siglati fra i due principali partiti statali (UCD al Governo e PSOE all'opposizione), destinati a governare in tutte le CC.AA. ad eccezione di quelle basca e catalana dove le forze nazionaliste maggioritarie avevano dato vita a sistemi partitici in buona misura distinti da quello statale. Tali Accordi esprimono la volontà di generalizzare e uniformare il processo di autonomia, approvando in blocco tutti gli Statuti delle Comunità ordinarie ed estendendo loro il quadro istituzionale previsto dalla CE per le Comunità di livello superiore, dotandole cioè di un'Assemblea legislativa in vista di un possibile *upgrading* successivo. Non solo, gli Accordi prevedono anche l'immediato accesso al livello superiore di autonomia per altre Comunità non storiche: oltre all'Andalusia, la "via rapida" viene aperta alla Comunità Valenziana e alle Isole Canarie²⁹. A queste poi si aggiunge la Comunità basca di Navarra che si costituisce separatamente rispetto al Paese Basco condividendone però lo stesso *status* di Regione storica. Si arriva così alla regionalizzazione integrale dello Stato con la nascita di 17 CC.AA., di cui sette di livello superiore (incluse le tre storiche) e dieci di livello ordinario.

La visione dello Stato delle Autonomie prospettata dagli Accordi Autonomici del 1981 si perfeziona con quelli successivi, siglati nel 1992, sempre fra i due principali partiti statali (PSOE al Governo e PP all'opposizione)³⁰, i quali, trascorsi oramai i cinque anni previsti dalla CE, prevedono l'armonizzazione del processo di autonomia portando tutte le Comunità ordinarie al livello superiore. In particolare, essi definiscono le modalità per trasferire le maggiori competenze nei settori dell'istruzione e della sanità, quelli in cui si sostanzia la principale differenza fra i due livelli di autonomia, con la conseguente modifica degli Statuti e il relativo trapasso delle necessarie risorse amministrative e finanziarie³¹.

(29) Queste due Comunità avevano avviato le procedure per seguire l'*iter* previsto dall'art. 151 CE come fatto dall'Andalusia, ma con gli Accordi si decise di semplificare il processo, facendo seguire la procedura ordinaria pur garantendo un livello di competenza superiore. Per approfondimenti cfr. E. AJA, *El Estado autonómico*, cit.

(30) Il partito UCD, la forza centrista del sistema partitico spagnolo, che aveva governato nella fase di transizione, conosce un progressivo declino a partire dalle elezioni generali del 1981 fino a scomparire. Per una attenta ricostruzione, cfr. A. Bosco, *Da Franco a Zapatero*, Bologna, Il Mulino, 2005.

(31) Sarà la *Ley Orgánica de Transferencias* 9/1992 a dare attuazione a tali Accordi, a cui segui-

Le ragioni a sostegno della armonizzazione degli Statuti vanno individuate, *in primis*, nell'emergere di una classe politica regionale che esercita pressioni a favore dell'ampliamento delle competenze al fine di conseguire maggiori risorse e rafforzare ulteriormente le istituzioni regionali³². Una classe politica che non è espressione dei soli partiti statali in quanto, nel corso del processo di autonomia, si vanno costituendo nuove forze politiche in ambito regionale. Si tratta dei c.d. *Partidos de ambito no estatal* (PANE), i partiti autonomisti che nascono in quasi tutte le CC.AA., entrando in competizione con i partiti statali e conoscendo affermazioni elettorali anche significative³³. Pur restando lontani dal consenso ottenuto dalle forze nazionaliste del Paese Basco e della Catalogna³⁴, lo sviluppo dei PANE conferma il progredire di un sentimento autonomista, e per alcuni versi anche identitario, nelle Regioni non storiche dello Stato.

Il consolidamento politico delle istituzioni autonome spinge le Comunità di livello ordinario a rivendicare livelli superiori di autonomia grazie alle aperture del modello costituzionale. Tali aspirazioni trovano corrispondenza nella strategia dei due principali partiti statali, i quali avallano il progetto di armonizzazione sia per vincere la competizione con i PANE nelle elezioni regionali, sia per un proprio convincimento politico, già prospettato dal *premier* Suárez nella fase di transizione democratica, ovvero che tale armonizzazione avrebbe ridimensionato la

rà la riforma degli statuti nel 1994. Tuttavia, il trasferimento effettivo delle competenze in materia di sanità e di istruzione alle Comunità ordinarie si completerà solo nel 2001. Cfr. T. FONT I LLOVET, *Il processo di "federalizzazione" in Spagna: l'organizzazione amministrativa*, in *questa Rivista*, 1, 2000, pp. 151-175.

(32) R.L. BLANCO VALDÉS, *Cinque tesi sul decentramento in Spagna*, cit.

(33) Con riferimento alle elezioni regionali, i PANE arrivano a conoscere le seguenti affermazioni: il 33% nelle Isole Canarie, il 31% in Cantabria, il 25% in Aragona, il 18% nelle Isole Baleari, il 10% in Andalusia, il 7% nella Comunità Valenciana e il 6,5% in La Rioca. I PANE risultano presenti pure nelle Regioni di Estremadura, Asturie e Murcia, dove però non superano mai il 3,5% dei consensi. Assenti invece nelle Regioni più "castigliane" dello Stato, ovvero Castiglia-La Mancia, Castiglia-Leon e Madrid. Cfr. B. BALDI, *Spagna*, cit.

(34) In tali Comunità la somma dei voti ai vari partiti nazionalisti, nelle elezioni regionali, non scende mai sotto i 2/3 del totale. Per quanto riguarda la Comunità di Navarra, invece, le affermazioni si assestano mediamente intorno a 1/3 dei voti. Si differenzia, al solito, la Galizia dove solo nel 1982 si costituisce un partito nazionalista, il *Bloque Nacionalista Galego* (BNG), i cui consensi però non superano mai il 25% dei voti (massimo risultato ottenuto nel 1997, scendendo successivamente sotto la soglia del 10%). Cfr. *Ibidem*.

specialità delle periferie nazionaliste riducendone il rischio centrifugo, un rischio che il perdurante attivismo di ETA continuava a prospettare³⁵. Va tuttavia osservato come gli Accordi Autonomici, tanto quelli del 1981 quanto quelli del 1992, pur modificando la visione politica dello Stato delle Autonomie, non abbiano coinvolto le forze nazionaliste che pure avevano sottoscritto il patto costituzionale originario³⁶, creando così i presupposti per lo sviluppo di tensioni e contrasti: i partiti nazionalisti baschi e catalani infatti insorgono presto contro quella che viene definita la deriva “*uniformadora*” dello Stato Autonomico mobilitandendosi di conseguenza³⁷.

3.2. *Una spirale rivendicativa*

Agli Accordi Autonomici del 1992 fanno seguito tensioni nel rapporto con le Comunità storiche, le quali rivendicano i fattori distintivi originari (*bechos diferenciales*) ed il diritto ad essere riconosciute diverse, sulla base della distinta nazionalità, rispetto alle più comuni Regioni. Esse coniano lo *slogan* del “*Café para todos*” per indicare l'intento dei nuovi Accordi di disconoscere le differenze fra le CC.AA. e cambiano la propria strategia rivendicativa: sfruttando le aperture della CE chiedono di negoziare nuove competenze al fine di ripristinare quella distinzione fra nazionalità e Regioni negata dagli Accordi. Si struttura così quella dinamica competitiva indicata in letteratura come «la corsa fra le lepri e le tartarughe»³⁸: le Comunità storiche (Paese Basco e Catalogna) sono le lepri che saltano in avanti nel processo di autonomia, ottenendo maggiori competenze, ma le altre CC.AA., le tartarughe, pur con i loro tempi,

(35) A. BOTTI, *La questione basca. Dalle origini allo scioglimento di Batasuna*, Milano, Mondadori, 2003.

(36) M. REVENGA SÁNCHEZ, *La evolución del Estado Autonomico basta la Src 31/2010*, in M. AGUDO ZAMORA (a cura di), *La evolución del Estado Autonomico y el papel de las Comunidades Autonomas en la segunda década del siglo XXI*, Centro de Estudios Andaluces Consejería de la Presidencia, Sevilla, Junta de Andalucía, 2013, pp. 13-23.

(37) I. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *El estado federal*, cit.; T. QUADRA SALCEDO, *Sobre la reconstrucción del Estado Autonomico*, cit.

(38) Per una trattazione cfr. J. PRADERA, *La Liebre y la tortuga. Política y administración en el Estado de las autonomías*, in *Claves de Razón Práctica*, 38, 1993, pp. 24-33; R.L. BLANCO VALDÉS, *Cinque tesi sul decentramento in Spagna*, cit.

seguono a ruota, perché inseguono simili traguardi. E quando raggiungono le lepri, queste balzano nuovamente in avanti chiedendo ancora maggiori poteri in virtù dei propri *hechos diferenciales*.

Simile dinamica si rafforza grazie alla nuova congiuntura politica che si sviluppa a livello nazionale a partire dal 1993: il sistema politico produce Governi nazionali minoritari (prima quello del PSOE, 1993-1996, poi quello del PP, 1996-2000), rendendo necessario l'appoggio esterno dei PANE presenti in Parlamento. Vengono allora siglati accordi politici, denominati "Patti per la governabilità", con le forze nazionaliste basche e catalane (PNV e CiU) a cui si aggiunge successivamente il partito autonomista canario (Coalizione Canaria): questi partiti offrono un sostegno di legislatura al Governo in carica in cambio del progredire del processo di autonomia. Si tratta di un gioco negoziale piuttosto unico nel panorama europeo, attraverso il quale l'appoggio ai Governi nazionali viene utilizzato dai PANE per ridefinire i rapporti centro-periferia a proprio vantaggio³⁹. Tale congiuntura accresce il potere dei partiti nazionalisti, che ottengono il varo di importanti riforme in materia di federalismo fiscale e partecipazione alle decisioni dell'Unione europea di cui beneficiano tutte le Comunità⁴⁰. Contestualmente però essi rilanciano la questione territoriale in chiave asimmetrica. Attraverso accordi bilaterali con il Governo nazionale, negoziano infatti concessioni particolari per le proprie Comunità. La Catalogna ottiene un corpo di polizia regionale, nuove competenze in materia di politica del lavoro e governo locale, la gestione dei porti commerciali e alcuni finanziamenti speciali per opere pubbliche. Il Paese Basco, a sua volta, maggiori competenze in materia di economia e tutela linguistica, oltre al controllo totale del proprio patrimonio storico-culturale e nuovi fondi per le infrastrutture. Le Isole Canarie, infine, un regime fiscale agevolato e nuove competenze per le politiche del lavoro.

La vittoria assoluta del PP nelle elezioni generali del 2000 consegna al *premier* Aznar un Governo maggioritario che non necessita più dell'appoggio esterno dei nazionalismi periferici. Si avvia così una nuova fa-

(39) A. BOSCO, *Da Franco a Zapatero*, cit.

(40) B. BALDI, *Spagna*, cit.

se, definita “neo-centrista”, caratterizzata dal rifiuto del Governo centrale di proseguire oltre nelle negoziazioni con le periferie nazionaliste. Ciò produce nuove tensioni che si acutizzano nel 2003, quando il PNV presenta al Parlamento il *Plan Ibarretxe*⁴¹ ovvero la proposta di nuovo Statuto per il Paese Basco che riconosca la nascita di uno Stato basco (*Euskadi*) in un rapporto confederale con lo Stato spagnolo. La proposta viene respinta dal Parlamento ed il *premier* Aznar prosegue nel rifiuto del dialogo con i nazionalisti.

Il quadro politico cambia di nuovo, riaprendo la possibilità per i nazionalisti di negoziare maggiori poteri, con la vittoria del PSOE alle elezioni generali del 2004, la quale porta José L. Zapatero alla guida del Governo nazionale. Entrambi i suoi Governi (2004-2008; 2008-2011) risultano infatti minoritari e, come in passato, necessitano dell'appoggio esterno delle forze nazionaliste. Inoltre, in campagna elettorale, Zapatero aveva presentato un programma di riforme per lo Stato delle Autonomie fra cui, *in primis*, quella degli Statuti regionali per assecondare le istanze che provenivano principalmente, ma non solo, dalla Catalogna⁴².

Si avvia così la stagione della riforma degli Statuti, nel corso della quale vengono approvati nove Statuti di c.d. “seconda generazione”. Alla Catalogna, che per prima vede approvato il proprio nuovo Statuto (2006) seguono Andalusia, Comunità Valenziana, Aragona, Isole Baleari, Castiglia-Leone, Estremadura, Isole Canarie e Castiglia-La Mancia⁴³. Si tratta di un

(41) Dal nome di Juan José Ibarretxe, Presidente del Paese Basco nonché *leader* del partito PNV in quella fase.

(42) Con le elezioni regionali del 2003, in Catalogna si registra la fine della lunga presidenza moderata di Jordi Pujol. Il suo partito, la CiU, perde le elezioni mentre lo storico partito indipendentista *Esquerra Republicana de Catalunya* (ERC), raddoppia il proprio consenso raggiungendo il 16,3% dei voti. Nasce un governo guidato dal socialista Maragall, frutto della coalizione fra il Partito socialista catalano (PSC) e il partito indipendentista ERC (a cui si aggiunge la forza autonomista di ICV - *Iniciativa per Catalunya*). È tale coalizione, vicina al PSOE, a chiedere l'approvazione di un nuovo statuto, un progetto a cui Zapatero, nel corso della campagna elettorale del 2004, promette il suo appoggio. Cfr. B. BALDI, G. BALDINI, *La riforma dello Stato delle Autonomie*, in A. BOSCO, I. SÁNCHEZ-CUENCA (a cura di), *La Spagna di Zapatero*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 87-108.

(43) A queste si aggiungono Galizia e Paese Basco dove un processo di revisione dello Statuto si avvia ma non si conclude. Lo Statuto di Navarra conosce alcune modifiche ma limitate al funzionamento delle proprie istituzioni. Nelle restanti cinque Comunità (La Rioja, Asturia, Cantabria, Murcia e Madrid) un dibattito sulla revisione degli Statuti risulta invece debole. Cfr. J. Tu-

processo orizzontale di diffusione ed imitazione in cui i politici regionali perseguono, in linea con la dinamica fra “le lepri e le tartarughe”, un ampliamento di competenze analogo a quello già ottenuto dalla Catalogna. Lo Statuto catalano viene infatti preso a modello soprattutto in materia di diritti dei cittadini, identità, autonomia finanziaria, ordinamento giudiziario e “blindatura” delle competenze per evitare ingerenze statali⁴⁴.

Tuttavia, diversamente dal passato, quando l'ampliamento delle competenze era stato guidato da Accordi Autonomici, non ci sono le condizioni politiche per una intesa fra i due principali partiti statali (PSOE e PP) che possa rappresentare un quadro comune di guida e riferimento. Il processo di riforma procede dunque in modo frammentario, senza una visione d'insieme e con una elevata conflittualità data la dura opposizione del PP al governo del PSOE⁴⁵. È infatti il PP ad impugnare lo Statuto catalano, già approvato dal Parlamento nazionale oltre che da quello della Catalogna, davanti al Tribunale costituzionale (TC) per vizio di costituzionalità. Si arriva così alla storica sentenza STC 31/2010 che segna l'inizio del processo independentista catalano: accogliendo, in parte, il ricorso del PP, la sentenza dichiara incostituzionali alcuni articoli dello Statuto catalano, nel frattempo entrato in vigore, alimentando il conflitto nelle relazioni fra le istituzioni centrali e la Catalogna⁴⁶.

Complessivamente, nel corso del suo sviluppo, lo Stato delle Autonomie conosce dunque variazioni frequenti, non solo attraverso la riforma degli Statuti (e alcuni vengono riformati più volte) ma anche attraverso leggi organiche che decentrano maggiori competenze e/o risorse sulla base di accordi politici, spesso bilaterali, fra il Governo nazionale e singole Comunità. Un rilancio continuo del processo di autonomia, reso possibile dalle aperture del quadro costituzionale, in una dinamica

DELA ARANDA, *La asimetría, que no los bechos diferenciales, como nota distintiva del estado autonómico*, in *Revista de Derecho Político*, 101, 2018, pp. 431-460.

(44) Poiché la maggior parte delle competenze regionali è di natura concorrente – poche sono le competenze esclusive – ampi sono i margini per le possibili ingerenze del potere centrale; da qui la necessità avvertita dalle CC.AA. di difendere (“blindare”) le proprie competenze. Cfr. B. BALDI e G. BALDINI, *La riforma dello Stato delle Autonomie*, op. cit.

(45) A. BOSCO, *Da Franco a Zapatero*, cit.

(46) Per approfondimenti sulla sentenza, si rinvia al paragrafo 5.1.

competitiva e centrifuga, alimentata dalla diffusione dei PANE e dal consolidamento di una classe politica regionale, che rafforza le rivendicazioni dei nazionalismi periferici.

4. *L'esito del processo: un sistema federale?*

Lo sviluppo del processo di autonomia porta la Spagna ad essere uno degli Stati più decentrati in Europa delineando una vera e propria «rivoluzione territoriale»⁴⁷. Le CC.AA., che fino al 1978 non esistevano, nascono nel giro di pochi anni, si consolidano nel decennio successivo, arrivando a gestire il 36% della spesa pubblica, con la titolarità di competenze importanti⁴⁸, un significativo livello di autonomia finanziaria⁴⁹ ed apparati che assorbono oltre il 48% del pubblico impiego totale⁵⁰.

Nonostante l'armonizzazione operata attraverso gli Accordi Autonomici, restano alcune asimmetrie nella distribuzione delle competenze, sintetizzate nella Tabella 1. Appare evidente come la tutela di una lingua propria non sia prerogativa delle sole Comunità storiche, per quanto tali Comunità, diversamente dalle altre, abbiano sviluppato tale competenza in modo pieno e fin dall'avvio del processo di autonomia. Inoltre, al di là di alcune concessioni negoziate con i «patti di governabilità», permangono alcune specialità storiche, definite «forali»⁵¹, che riguarda-

(47) R.L. BLANCO VALDÉS, *La revolución territorial española: estado y sociedad*, in F.J. FERRARO GARCÍA (a cura di), *Un balance del Estado de las Autonomías*, Almería, Fundación Cajamar, 2006, pp. 109-126.

(48) I settori nei quali le CC.AA. vantano le più ampie competenze legislative sono: agricoltura e allevamento, caccia e pesca, edilizia e urbanistica, trasporti e opere pubbliche, risorse idriche e beni culturali, sviluppo economico locale (attività produttive, commercio, turismo), assistenza sociale, igiene pubblica, sport e cultura, organizzazione amministrativa e istituzioni regionali. A questi si aggiungono i settori nei quali, a partire da leggi quadro nazionali, le CC.AA. vantano un più limitato potere legislativo ma spesso ampie responsabilità gestionali: sanità, istruzione, ambiente, industria, finanza locale, energia, immigrazione, lavoro e previdenza sociale. Cfr. E. AJA, *El Estado autonómico*, cit.

(49) Le CC.AA. partecipano al gettito fiscale di importanti tributi erariali quali l'IRPEF e l'Iva a cui si aggiungono tributi interamente ceduti dallo Stato (imposte sugli alcolici, sul tabacco, sugli idrocarburi, sull'elettricità e sui trasporti). Prima della recente crisi economico-finanziaria, che decurtò il gettito fiscale dei territori, le CC.AA. erano mediamente in grado di finanziare oltre il 60% del proprio fabbisogno con entrate proprie. Cfr. B. BALDI, *Spagna*, cit.

(50) A. BOSCO, *Da Franco a Zapatero*, cit., p. 124.

(51) Così chiamate perché derivanti dagli antichi *fueros*, ovvero statuti di autonomia e tradizio-

no il diritto civile ma soprattutto la fiscalità. In particolare, la più marcata asimmetria dello Stato delle Autonomie concerne il regime fiscale forale dei territori baschi, che riconosce alle Comunità del Paese Basco e della Navarra massima autonomia finanziaria, consentendo loro di trattenere la totalità del gettito fiscale di pertinenza del proprio territorio⁵². Una specialità rivendicata più volte pure dalla Catalogna, soprattutto in seguito alla recente crisi economica che ha prodotto un grave *deficit* nel bilancio della *Generalitat* e un forte indebitamento regionale⁵³. Simile richiesta non ha però mai incontrato la disponibilità del Governo nazionale a scendere a patti, nonostante rappresentasse un valido terreno di mediazione per arginare il conflitto catalano⁵⁴.

Tab. 1 – *I principali settori di competenza speciale (asimmetrie)*

	Lingua	Diritto Civile	Fiscalità	Governo locale	Polizia
Aragona	x	x			
Canarie			x	x	
Catalogna	xx	x		x	x
C. Valenciana	x	x			
Galizia	xx	x			
Isole Baleari	x	x		x	
Navarra	x	x	xx		x
Paese Basco	xx	x	xx	x	x

Fonte: E. AJA, *El Estado autonómico*, cit.

ni giuridiche proprie che risalgono ad una storia lontana, in buona misura precedente alla nascita dello Stato spagnolo.

(52) Attraverso tali ingressi vengono finanziate non solo le competenze assunte dalle due Comunità, ma anche i servizi di titolarità statale, per i quali viene trasferita allo Stato una quota dei tributi riscossi, il c.d. *cupo*, definita attraverso accordi bilaterali negoziati, ogni cinque anni, fra le Comunità basche e lo Stato.

(53) M. CAMINAL, *The Spanish “Estado de las Autonomías”: Between Nationalist Resistance and Federal Horizon*, in F. REQUEJO, M. CAMINAL (a cura di), *Federalism, Plurinationality and Democratic Constitutionalism. Theory and Cases*, Abingdon, Routledge, 2012, pp. 324-364.

(54) A. BOSCO, *Le quattro crisi della Spagna*, cit. Per approfondimenti sul punto si rinvia al paragrafo 5.1.

Nonostante la CE non faccia alcun riferimento al federalismo⁵⁵, la distribuzione del potere e i meccanismi di funzionamento dello Stato Autonomico che si sono sviluppati sono tali da presentare forti analogie con i sistemi federali, al punto da suggerire la definizione della Spagna come uno Stato federale *de facto* sebbene non *de jure*⁵⁶. Sono però almeno tre i fattori che non consentono di considerare questa forma di Stato compiutamente federale: due attengono al quadro istituzionale ed uno a quello politico.

Innanzitutto, manca una Camera territoriale (o Senato federale) che consenta di dare piena rappresentanza alle CC.AA. nelle istituzioni centrali e nel processo legislativo nazionale⁵⁷. Si tratta di un attributo tipico dei sistemi federali, la cui assenza non ha aiutato ad evitare la crisi attuale. Un Senato pienamente rappresentativo delle CC.AA. avrebbe infatti potuto essere una sede importante per promuovere l'integrazione fra le diverse Comunità e fra queste e lo Stato, mediando fra i differenti interessi territoriali.

In secondo luogo, il riparto del potere risulta aperto a nuove ridefinizioni sulla base di accordi politici bilaterali che consentano la riforma degli Statuti oppure l'approvazione di leggi per il trasferimento di ulteriori competenze. Simile condizione, sulla quale intervengono le indeterminatezze proprie della CE, contrasta apertamente con il federalismo che invece poggia su un patto di ripartizione territoriale del potere stabile e chiaramente definito dalla Costituzione. Un riparto del potere

(55) Le ragioni per le quali l'Ac rifiutò di definire lo Stato delle Autonomie come "federale" vanno ricercate, oltre che nei timori di disgregazione dell'unità spagnola da parte delle forze del nazionalismo statale e necessità di trovare un compromesso sulla forma di Stato, nella memoria storica, e particolarmente nell'esperienza della I Repubblica spagnola (1873) quando il tentativo di creare uno Stato federale si associò a gravi conflitti sociali e disordini interni che portarono al fallimento dell'esperienza. Cfr. B. BALDI, *Spagna*, cit.

(56) I. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *El estado federal*, cit. Sull'interpretazione federale dello Stato delle Autonomie si vedano anche, fra gli altri, E. AJA, *El Estado autonómico*, cit.; R.L. BLANCO VALDÉS, *Cinque tesi sul decentramento in Spagna*, cit.; J. COLOMER, *The Spanish State of Autonomies: Non-institutional Federalism*, in *West European politics*, 21, 4, 1998, pp. 40-52.

(57) In realtà la CE definisce già il Senato come camera territoriale ma per la sua elezione si è scelto come collegio non la Regione bensì la Provincia e la quota prevista di senatori scelti direttamente dai Parlamenti regionali rappresenta solo 1/5 del totale (48 su 256). A ciò si aggiunge la debolezza istituzionale del Senato spagnolo, una Camera di seconda lettura priva di potere di veto su quanto approvato dal Congresso dei deputati.

che non può essere modificato da accordi bilaterali, ma solo attraverso un processo di revisione costituzionale al quale partecipano, seppure con modalità diverse a seconda del sistema federale, tutte le entità che compongono la federazione. Il *premier* Zapatero, durante il suo primo mandato, aveva proposto una riforma costituzionale federale per “chiudere” il riparto del potere e, al tempo stesso, dare piena rappresentanza alle CC.AA. nel Senato, ma sono mancate le condizioni politiche per la sua approvazione⁵⁸. E ciò chiama in causa il terzo fattore di ostacolo al federalismo spagnolo, quello legato alle strategie dei partiti in gioco. Un modello aperto di ripartizione del potere viene preferito dai nazionalismi periferici perché consente quel gioco negoziale al rialzo che può favorirli e le forze nazionaliste basche e catalane hanno sempre rifiutato l'idea del federalismo criticandone la classica forma simmetrica. Dal prototipo americano in poi il federalismo infatti riconosce a tutte le entità federate lo stesso *status* costituzionale e, seppure con alcune limitate eccezioni⁵⁹, gli stessi poteri, ovvero l'opposto di quanto chiedono i nazionalisti baschi e catalani. Per le medesime ragioni queste forze politiche non hanno mai avallato una riforma territoriale del Senato, preferendo invece i canali bilaterali di relazione con il Governo centrale dove il loro potere negoziale può essere fatto maggiormente valere. Va comunque osservato come l'ipotesi di un federalismo spagnolo sia sempre stata rifiutata anche dal PP, sebbene per ragioni opposte, vale a dire il timore di disgregazione dell'unità nazionale che uno Stato federale potrebbe favorire⁶⁰.

5. *Lo Stato delle Autonomie: luci ed ombre*

Nel suo insieme, attraverso il decentramento politico, la strutturazione di un assetto di governo multilivello ed il bilanciamento dei poteri fra centro-periferia, lo sviluppo dello Stato Autonomico ha innegabil-

(58) B. BALDI, G. BALDINI, *La riforma dello Stato delle Autonomie*, cit.

(59) Fra gli Stati federali occidentali, il c.d. federalismo asimmetrico, con riferimento ai poteri delle entità federate, è sostanzialmente presente solo in Canada, a beneficio della Provincia del Québec.

(60) A.X. LÓPEZ MIRA, *El modelo autonómico como antídoto del federalismo*, in *Revista de Derecho Político*, 101, 2018, pp. 869-879.

mente concorso alla modernizzazione e al consolidamento democratico del Paese. Si tratta di risultati importanti, a cui si aggiungono le buone *performance* delle CC.AA. nella gestione delle politiche sul territorio, sui quali concordano non solo gli analisti ma anche i cittadini⁶¹. Secondo l'indagine di Metroscopia del 2018, il 63% di cittadini spagnoli infatti indica nello Stato delle Autonomie il modello di organizzazione statale preferito, sebbene si registri al riguardo un calo del 12% rispetto alle rilevazioni fatte alla fine degli anni '80, quando il favore era intorno al 75%⁶².

Tuttavia, sempre secondo questa indagine, solo il 5% dei cittadini ritiene che non siano oggi necessarie riforme. Il 28% indica la necessità di aggiustamenti limitati e ben il 66% richiede riforme profonde, con un 14% che si apre alla possibilità di riconoscere l'indipendenza alle Comunità che lo richiedono mentre un 21% si dichiara favorevole ad una svolta centralista (ritorno ad uno Stato senza CC.AA.). La richiesta di riforme, seppure in direzioni diverse, risulta dunque essere largamente diffusa nella cittadinanza a conferma di criticità che si sono chiaramente manifestate⁶³.

Come osservato in letteratura⁶⁴, simili criticità attengono a due ordini di problemi: da un lato alcuni aggiustamenti necessari per migliorare il funzionamento dello Stato delle Autonomie; dall'altro un vero e proprio fallimento, in parte inatteso, reso evidente dalla vicenda catalana, ovvero la mancata risoluzione della storica questione territoriale per la quale il processo di autonomia era stato principalmente pensato.

Per quanto riguarda le criticità attinenti al funzionamento dello Stato Autonomico, esiste sostanziale accordo fra gli osservatori nell'indicare

(61) J. TORNOS MAS, *Valoración general del Estado Autonómico durante 2012*, in *Informe Comunidades Autónomas 2012*, Barcelona, Instituto de derecho público, 2013, pp. 13-46. Sul punto si veda anche R.L. BLANCO VALDÉS, *Cinque tesi sul decentramento in Spagna*, cit.

(62) L'indagine è stata pubblicata sul quotidiano spagnolo *20 minutos* il 5 dicembre 2018, nella sezione speciale dedicata al quarantesimo anniversario della Ce.

(63) Sul punto si veda F. LUPATO in questa sezione monografica.

(64) Si vedano, fra gli altri, R. L. BLANCO VALDÉS, *Cinque tesi sul decentramento in Spagna*, cit.; T. QUADRA SALCEDO, *Sobre la reconstrucción del Estado Autonómico*, cit.

i seguenti problemi⁶⁵: la necessità di rivedere il riparto di competenze fra lo Stato e le CC.AA. in modo da ridurre i numerosi conflitti di competenza davanti al Tc; la riforma dell'amministrazione centrale per evitare duplicazioni con le competenze regionali; il perfezionamento del federalismo fiscale che la recente crisi economico-finanziaria ha posticipato imponendo politiche di ricentralizzazione per il controllo della spesa pubblica⁶⁶; la debole partecipazione delle CC.AA. alle decisioni dello Stato e, in tale prospettiva, il potenziamento delle Conferenze Stato-Regioni e la riforma territoriale del Senato. Su tali problemi il Governo Zapatero aveva tentato interventi correttivi: la riforma degli Statuti, ancora in corso, era stata avviata anche per risolvere queste criticità e nella medesima direzione andava la proposta di riforma costituzionale sopra citata. Si tratta di nodi critici di non semplice risoluzione che però, a ben vedere, accomunano la Spagna ad altri Paesi federali o di regionalismo avanzato europei, basti pensare al dibattito che ha accompagnato le riforme istituzionali proposte e/o operate in Belgio, Italia, Germania e Regno Unito nell'ultimo decennio.

Anomala, invece, risulta essere l'irrisolta questione dei nazionalismi storici, una vera e propria spina nel fianco che a lungo è sembrata riguardare solo il Paese Basco ma che dal 2010 è diventata anche e principalmente un problema catalano⁶⁷. È proprio la radicalizzazione del nazionalismo catalano, tradizionalmente moderato, a cambiare, e drammaticamente, il bilancio dello Stato delle Autonomie che fino a quel momento era stato tutto sommato positivo⁶⁸.

(65) Cfr. E. AJA, J. GARCÍA ROCA, J. MONTILLA, *Valoración general del Estado Autonómico en 2014*, in *Informe Comunidades Autónomas 2014*, Barcelona, Instituto de derecho público, 2015, pp. 13-30; J. TORNOS MAS, *Valoración general del Estado Autonómico durante 2012*, cit.; I. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *El estado federal*, cit.

(66) Nel 2009 era stato riformato il sistema di finanziamento regionale ma l'attuazione del nuovo corso è stata sospesa per la difficile congiuntura economico-finanziaria prodotta dalla crisi. Cfr. E. AJA, J. GARCÍA ROCA, J. MONTILLA, *Valoración general del Estado Autonómico*, cit.

(67) R. L. BLANCO VALDÉS, *Spagna: La fine della stabilità?*, cit.; J. CAGIAO Y CONDE, *Un sassolino nella scarpa*, cit.

(68) K.J. NAGEL, *Nazionalismo e indipendentismo in Catalogna. Concetti e pratiche*, in J. CAGIAO Y CONDE, G. FERRAIUOLO, P. RIGOBON (a cura di), *La nazione catalana*, cit., pp. 193-226; J. TORNOS MAS, *Valoración general del Estado Autonómico durante 2012*, cit.

5.1. *La crisi catalana*

La letteratura concorda nell'indicare tre principali fattori che concorrono alla radicalizzazione del nazionalismo catalano⁶⁹. *In primis*, la crisi economica che comincia a manifestarsi in tutta la sua gravità a partire dal 2008 producendo non solo la contrazione del gettito fiscale (quindi delle risorse finanziarie della *Generalitat*) ma anche l'avvio di pesanti politiche nazionali di rigore, imposte dai vincoli europei di stabilità e di bilancio, che prevedono drastici tagli alla spesa pubblica (con penalizzazioni nelle politiche di *welfare* della Catalogna) e rafforzano il potere decisionale del Governo centrale a scapito dell'autonomia regionale. La gestione centralistica della crisi economica e le pesanti ripercussioni della stessa sul bilancio della *Generalitat* radicano il convincimento, favorito anche dalla presenza di *Esquerra republicana de Catalunya* (ERC), storica forza politica independentista, alla guida della Regione⁷⁰, che una Catalogna indipendente sarebbe stata maggiormente capace di ridurre gli effetti negativi della crisi o quanto meno di superarla più rapidamente.

Secondariamente, la già citata sentenza del Tc (Stc /2010) che accoglie, in parte, il ricorso sul nuovo Statuto catalano, ridimensionandone i contenuti di autonomia a lungo negoziati con il Governo centrale ed infine approvati⁷¹. La sentenza, dopo quattro anni di attesa, riconosce infatti incostituzionali 14 articoli dello Statuto (fra cui quello che rendeva il catalano lingua preferenziale rispetto al castigliano), ne reinterpreta 27 (specie quelli relativi alla delimitazione della competenza statale e al nuovo regime di autonomia fiscale) e ribadisce la nullità giuridica del preambolo laddove la Catalogna si dichiarava "nazione"⁷². Quale rea-

(69) Si vedano fra gli altri A. BOSCO, *Le quattro crisi della Spagna*, cit.; K.J. NAGEL, *Nazionalismo e independentismo in Catalogna*, cit.; M. SANTJAUME CALVET, *Il processo independentista catalano. Evoluzione politica, opinione pubblica, partiti*, in J. CAGIAO Y CONDE, G. FERRAIUOLO, P. RIGOBON (a cura di), *La nazione catalana*, cit., pp. 257-288.

(70) In un Governo di coalizione tripartita presieduto da Maragall. Cfr. nota 42.

(71) Il processo di riforma dello Statuto si avvia nel 2004 e vede una prima proposta approvata dal Parlamento catalano ma respinta da quello nazionale, a cui seguono mesi di negoziazione per apportare le modifiche richieste dalle istituzioni centrali. Il testo definitivo, sottoposto a referendum popolare, viene approvato dal Parlamento nazionale il 19 luglio 2006.

(72) J. TORNOS MAS, *La sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010 sobre el Estatuto de*

zione alla sentenza, si sviluppano imponenti manifestazioni di protesta che rivendicano per la Catalogna “il diritto di decidere” del proprio destino istituzionale e cresce la mobilitazione dell’elettorato catalano che si sposta su posizioni più radicali⁷³.

Infine, la mancanza di dialogo con il Governo centrale che, con le elezioni generali del 2011, vede il ritorno al potere del PP con il *premier* Mariano Rajoy, lo stesso Presidente di partito che aveva firmato il ricorso sullo Statuto catalano nel 2006. Tale congiuntura non agevola la possibilità di trovare una soluzione politica alla crisi, rendendo minima la possibilità di un dialogo. In particolare, le tensioni fra Madrid e la Catalogna si acutizzano in seguito al rifiuto di Rajoy di accogliere la proposta di mediazione fiscale di Artur Mas, il nuovo Presidente della Catalogna eletto nel 2010⁷⁴. La proposta catalana, approvata dal *Parlament* con la risoluzione 737/IX e discussa a Madrid il 20 settembre 2012, prospettava un sistema di finanziamento simile a quello forale basco, prevedendo per la Catalogna una gestione più autonoma del gettito fiscale proveniente dal proprio territorio, al fine di riequilibrare la posizione della Regione (che in relazione allo Stato risulta essere “contribuente netto”, con un elevato residuo fiscale a proprio svantaggio) ed affrontare più agevolmente gli effetti della crisi economica. Ma il Governo centrale rifiuta di scendere a patti.

La concomitanza dei tre fattori porta all’esasperazione del conflitto e spinge la Catalogna a scegliere la strategia indipendentista. Il processo (*El procés catalán*) si avvia ufficialmente nel 2012, con la risoluzione 5/X del *Parlament*, che definisce il popolo catalano un soggetto politico “sovrano” ed esprime l’impegno a creare le condizioni per rendere effettivo il suo “diritto a decidere”, e giunge cinque anni dopo alla dichiarazione unilaterale di indipendenza della Catalogna, proclamata dal

Autonomía de Cataluña, in *questa Rivista*, 1, 2011, pp. 13-47; A. SEGURA, *Crònica del catalanisme: de la autonomia a la independència*, Barcelona, Angle Editorial, 2013.

(73) Il riferimento va alla prima ed imponente manifestazione di protesta convocata a Barcellona il 10 luglio 2010 con lo *slogan* «Siamo una nazione, decidiamo noi», a cui, negli anni successivi, ne seguiranno altre dello stesso tipo, organizzate soprattutto in concomitanza della festa nazionale catalana dell’11 settembre. Sulla radicalizzazione dell’elettorato catalano, si veda anche F. LUPATO in questa sezione monografica.

(74) Le elezioni regionali di quell’anno sono infatti vinte da CiU di cui Mas è esponente.

Presidente Carles Puigdemont il 27 ottobre 2017. Un processo segnato da una forte *escalation* del conflitto politico ed istituzionale marcato da numerose risoluzioni del *Parlament* (volte a consentire l'esercizio del "diritto di decidere" del popolo catalano) puntualmente impugnate dal Governo centrale davanti al Tc e riconosciute prive di legittimità costituzionale; due elezioni regionali convocate anticipatamente ed espressamente sul tema indipendentista (25 novembre 2012 e 27 settembre 2015); due referendum indetti dalle istituzioni catalane, entrambi illegittimi ma con esito favorevole all'indipendenza (quello informale e consultivo del 9 novembre 2014 e quello istituzionale ritenuto vincolante del 1° ottobre 2017)⁷⁵.

Nei riguardi del processo catalano il Governo centrale assume una posizione molto dura: nessuna apertura per una mediazione politica, si attiene alle sentenze del Tc sui provvedimenti impugnati e arriva alla repressione per impedire le operazioni di voto del referendum (illegittimo) del 1° ottobre 2017. In reazione alla dichiarazione unilaterale di indipendenza, procede poi alla sospensione dell'autonomia catalana attraverso l'applicazione dell'art. 155 della Ce⁷⁶, una misura coercitiva che mai si pensava di vedere applicata nella Spagna post-franchista; non ultimo, opera per l'incarcerazione e l'avvio di un processo giudiziario contro gli esponenti indipendentisti delle istituzioni catalane accusati di ribellione, sedizione e malversazione. Uno scenario per molti versi inaudito, se contestualizzato in una democrazia ritenuta consolidata, il quale evidenzia, e in modo eclatante, lo stato profondo di crisi a cui è giunto lo Stato delle Autonomie spagnolo.

6. Conclusioni

Sebbene la svolta indipendentista della Catalogna derivi da una particolare congiuntura di fattori di crisi, sia politici che economici, essa non

(75) Per un'attenta ricostruzione, cfr. A. BOSCO, *Le quattro crisi della Spagna*, cit.; M. SANTJAUME CALVET, *Il processo indipendentista catalano*, cit.

(76) L'art. 155 della Ce consente al Governo nazionale, previo consenso a maggioranza assoluta del Senato, di commissariare una Comunità autonoma che operi in modo tale da non rispettare gli obblighi costituzionali o attentare agli interessi generali della Spagna. Nel caso catalano la misura è stata applicata fino alla celebrazione delle nuove elezioni regionali, convocate per il 21 dicembre 2017, e successiva formazione di un nuovo esecutivo regionale.

può non essere messa in relazione alle modalità di sviluppo del processo di autonomia che, come visto, hanno in buona misura tradito le aspettative e i contenuti del patto costituzionale del 1978. Benché indeterminato nei suoi contorni e contenuti specifici, lo Stato delle Autonomie nasceva infatti per dare risposta alle rivendicazioni delle periferie nazionaliste, caratterizzate da identità storiche e spinte separatiste, al fine di integrarle maggiormente nel nuovo quadro costituzionale. Il disegno asimmetrico originario riconosceva la specialità delle Comunità storiche, ma le aperture della Ce hanno portato ad un diverso percorso di sviluppo, tale da alimentare tensioni crescenti con le periferie nazionaliste. La visione *uniformadora*, che si è sostituita a quella duale, ha reso difficile l'integrazione delle Comunità storiche, a partire dalla Catalogna che, non va dimenticato, già nel 1931 e di nuovo nel 1934 aveva dichiarato la propria indipendenza⁷⁷. Ma anche il Paese Basco che, pur avendo raggiunto un grado di integrazione maggiore rispetto al passato, grazie soprattutto alla dissoluzione di ETA, non risulta avere abbandonato le proprie rivendicazioni indipendentiste. La riforma dello Statuto catalano intendeva recuperare lo spirito del patto originario per una Comunità, la Catalogna, penalizzata rispetto alle Regioni basche dal non avere un regime forale che le riconosca uno *status* distinto all'interno dello Stato spagnolo⁷⁸. Tuttavia, tale potenziale, prima ancora della STC 31/2010, viene ridimensionato dal processo di emulazione delle altre CC.AA., secondo la oramai classica dinamica delle lepri e delle tartarughe. La storica questione territoriale resta dunque irrisolta nel quadro costituzionale attuale ed appare di difficile soluzione. Se, infatti, all'epoca

(77) La Costituzione del 1931 venne approvata velocemente proprio per dare soluzione alla questione catalana: la Catalogna si era autoproclamata Repubblica indipendente il 14 aprile 1931 in seguito alla vittoria alle elezioni municipali del partito indipendentista ERC. Tale proclamazione venne ritirata solo in seguito all'approvazione dello Statuto di autonomia sulla base della nuova Costituzione nel frattempo entrata in vigore. Il 6 ottobre del 1934, l'allora Presidente della *Generalitat* Lluís Companys (esponente del partito ERC) proclamò di nuovo la nascita di una Repubblica indipendente in reazione alla scelta del Governo nazionale di assegnare Ministeri a esponenti delle forze di destra percepite come una minaccia all'autonomia della Catalogna. La risposta del Governo centrale fu repressiva e portò in carcere tutti i membri del Governo catalano. Solo le successive elezioni politiche nazionali, quelle del 1936, vinte dal Fronte popolare, ristabilirono l'autonomia della *Generalitat* e riportarono in libertà gli esponenti del Governo catalano.

(78) M. CAMINAL, *The Spanish "Estado de las Autonomías"*, cit.

dell'Ac la distinzione fra le nazionalità e le Regioni poteva essere possibile, data la fase di avvio del processo di autonomia e la visione duale al suo riguardo, oggi risulta essere in larga misura improponibile in quanto le CC.AA. hanno conosciuto un percorso di sviluppo e di consolidamento troppo simile, i sentimenti autonomisti si sono diffusi in tutte, o quasi, le Regioni spagnole e le rivendicazioni identitarie non sono più prerogativa delle sole Comunità storiche. Nella fase di riforma degli Statuti, oltre alla Catalogna, ben quattro Comunità hanno rivendicato una distinta identità linguistica richiamandosi al concetto di "nazionalità" dell'art. 2 CE: Andalusia, Aragona, Comunità Valenziana e Isole Baleari⁷⁹. Lo strappo catalano e la grave crisi istituzionale che ne è derivata impongono dunque un ripensamento profondo dello Stato delle Autonomie e il contestuale avvio di riforme costituzionali. Le difficoltà incontrate in passato dalle proposte di riforma federale non sembrano precludere la strada del federalismo per affrontare la complessa situazione che si è venuta a determinare⁸⁰. Il federalismo, che nei fatti ha comunque ispirato lo sviluppo dello Stato Autonomico⁸¹, viene infatti indicato dalla letteratura comparata come il principale strumento istituzionale per aggiustare le minoranze nazionali all'interno di uno Stato e per pacificare le tensioni prodotte dalle fratture centro-periferia⁸². Esso resta dunque la via maestra delle riforme sia per aggiustare i malfunzionamenti dello Stato Autonomico sopra ricordati, sia per integrare le periferie nazionaliste, superando il fallimento che si è prodotto a loro riguardo. Fra i requisiti essenziali per consentire al federalismo di operare con successo, la letteratura sottolinea però la capacità di dialogo e mediazione politica, vale a dire quanto pare essere venuto meno in

(79) B. BALDI, G. BALDINI, *La riforma dello Stato delle Autonomie*, cit.

(80) M. CAMINAL, *The Spanish "Estado de las Autonomías"*, cit.

(81) Sul punto si vedano J. COLOMER, *The Spanish State of Autonomies*, cit.; T. QUADRA SALCEDO, *Sobre la reconstrucción del Estado Autonómico*, cit.

(82) Si vedano, fra gli altri, A.G. GAGNON, *Sfide emergenti negli Stati plurinazionali*, cit.; W. KYM-LICKA, *Is federalism a viable alternative to secession?*, in P.B. LEHNING (a cura di), *Theories of secession*, Abingdon, Routledge, 1998, pp. 111-150; R. WATTS, *Can Federal Political Systems Accommodate National Minorities?*, in E. BELSER ET AL. (a cura di), *States Falling Apart? Secessionist and Autonomy Movements in Europe*, Bern, Stampfli Verlag, 2015, pp. 37-46.

Spagna nel corso dell'ultimo decennio. Sarebbe davvero paradossale che il sistema politico spagnolo non sapesse ritrovare questa capacità posto il quadro costituzionale che ha permesso, ad oggi, lo sviluppo e il consolidamento dello Stato delle Autonomie, un quadro interamente centrato sulla negoziazione e sull'accordo politico. Occorre dunque riaprirsi al dialogo e intraprendere la via del federalismo, con riforme che, sfruttando la flessibilità del principio federale, capace di tradursi in una varietà di forme politico-istituzionali, possano, nei limiti del possibile, aggiustare le istanze di riconoscimento della plurinazionalità dello Stato spagnolo⁸³, ritrovando lo spirito del patto costituzionale originario. Superata, e oramai da tempo, la delicata fase della transizione democratica, risulta indispensabile decidere su ciò che si è lasciato troppo a lungo indeterminato, recuperando il clima costruttivo e la capacità di confronto politico che avevano contraddistinto i lavori dell'Ac quarant'anni fa.

(83) M. CAMINAL, *The Spanish "Estado de las Autonomías"*, cit.; M. GONZÁLEZ PASCUAL, *La asimetría consensuada y opcional como solución constitucional al conflicto catalán. La necesaria reforma constitucional*, in *questa Rivista*, 2, 2018, pp. 323-342.

Aniversario de la Constitución Española y de la Carta Europea de la Autonomía Local: los gobiernos locales en España

Alfredo Galán Galán

La commemorazione del quarantesimo anniversario della Costituzione spagnola e del trentesimo anniversario della ratifica da parte della Spagna della Carta europea dell'autonomia locale offre l'opportunità di fare il punto della situazione dei governi locali in Spagna. Nel contesto della Costituzione spagnola, vengono esaminate alcune delle principali sfide che il mondo locale deve attualmente affrontare e vengono presentate delle proposte di riforma: la distribuzione dei poteri in materia di regime locale, la necessaria riconduzione degli enti locali all'interno di un sistema di governo locale, i problemi tuttora derivanti dalla mappa locale, compreso il fenomeno dell'esodo rurale, e gli interrogativi che continua a porre la questione dell'autonomia locale, a cominciare dall'inadeguatezza dei meccanismi di garanzia. In modo complementare, poi, nel contesto della Carta europea dell'autonomia locale, si analizza il livello di conformità dell'ordinamento giuridico spagnolo rispetto alla Carta medesima, affrontando, in particolare, il grado di vincolatività che la CEAL produce sul legislatore spagnolo, il riconoscimento e la definizione di autonomia locale nella legislazione interna e il collegamento esistente tra l'autonomia così definita e la democrazia locale.

1. El gobierno local en los aniversarios de la Constitución Española y de la Carta Europea de la Autonomía Local

En el pasado año 2018 han coincidido dos eventos de profunda significación en el mundo local español: la conmemoración de los cuarenta años de vida de la Constitución Española (en adelante, CE) y del trigésimo aniversario de la ratificación por España de la Carta Europea de la Autonomía Local (en adelante, CEAL). A sabiendas de lo convencional que resulta acordarse de una institución con ocasión de su cumpleaños si la cifra es redonda, lo cierto es que este hecho proporciona una bue-

na excusa para llevar a cabo un ejercicio que es siempre saludable: hacer un diagnóstico de la situación actual con examen de la evolución seguida y formulando propuestas de futura reforma. En el caso de los gobiernos locales, cabe adelantar ya que el balance general debe ser muy positivo, sin perjuicio de que continúen existiendo algunas sombras¹.

2. La autonomía local y la Constitución Española

2.1. El gobierno local en España: diagnóstico de la situación actual

Desde diferentes sectores y especialmente desde el municipalismo, se ha mantenido una permanente reclamación de llevar a cabo una mejora regulatoria que se traduzca en un robustecimiento de la posición de los gobiernos locales en España, valorado no solamente en términos cuantitativos, sino también cualitativos. Desde la aprobación del texto constitucional son muchas las reformas normativas que han incidido profundamente en el nivel local de gobierno. Aunque debe advertirse que algunas persiguieron una finalidad distinta a la defendida por los municipalistas e incluso, en ocasiones, frontalmente contraria a ella². En cualquier caso, lo cierto es que a día de hoy siguen sin recibir una respuesta legislativa adecuada muchos de los retos – por no calificarlos directamente de problemas – a los que deben enfrentarse cotidianamente las entidades locales. Sin el afán de hacer un análisis exhaustivo, se destacan a continuación lo que consideramos son algunas ideas centrales sobre esta cuestión.

(1) Un balance de la situación en T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local*, en *Anuario del Gobierno Local* 2018, 2019, pp. 11-39.

(2) Es el caso, por ejemplo, de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, *LRSAI*). El objetivo de esta importante reforma no fue la de satisfacer las tradicionales peticiones formuladas desde el mundo local, sino, antes al contrario, venciendo la resistencia de la mayoría de la doctrina científica, de la oposición política y de los representantes del municipalismo, tuvo como finalidad introducir, con mayor fuerza todavía, con el impulso proveniente de la Unión Europea y en un contexto de profunda crisis económica, los criterios de naturaleza exclusivamente económica de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. En realidad, la *LRSAI* fue una norma más, aunque de indudable relevancia, en una extensa oleada de cambios normativos que tuvo sus puntos álgidos en la reforma del año 2011 del artículo 135 de la Constitución Española y, en su desarrollo, mediante la aprobación de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

2.2. El modelo constitucional de organización territorial del poder público: la compleja articulación del nivel local de gobierno con los niveles de gobierno territorialmente superiores

Una polémica presente desde el mismo momento de aprobación de la Constitución ha sido la de determinar la relación existente entre los gobiernos locales y los otros niveles territorialmente superiores de gobierno: el estatal y el autonómico. En el fondo, de lo que se trata es de precisar el reparto del poder entre Estado y comunidad autónoma sobre el nivel local de gobierno. Todo ello con el respeto debido a la autonomía local. Del análisis de esta cuestión nos hemos ocupado largamente, incluso en las páginas de esta misma revista, y a ese lugar nos remitimos ahora. Baste con indicar que sigue siendo a día de hoy una cuestión abierta³.

2.3. La pluralidad de entidades locales: su reconducción a un sistema de gobierno local

La peculiaridad del nivel local de gobierno, en comparación con los niveles territorialmente superiores – tanto el estatal como el regional –, es el hecho de estar compuesto por una pluralidad de entidades públicas. Pluralidad que se predica tanto de la tipología de entidades (así, entre otras, municipios, provincias, islas o entes metropolitanos) como del número de unidades que integra cada una de dichas clases. El resultado final es la configuración del nivel local como una galaxia habitada por un sinnúmero de cuerpos celestes. Todos estos astros, sin embargo, forman un único sistema: el sistema de gobierno local. Que debe responder a un modelo coherente: el modelo de gobierno local que diseñe el legislador. Ello nos conduce inexorablemente a la cuestión central de la determinación de las relaciones entre las diferentes entidades locales existentes. En este contexto, son de interés las siguientes consideraciones:

a) El sistema de gobierno local español es, ante todo, un sistema. Por “sistema” hemos de entender un conjunto de unidades, que constitu-

(3) A. GALÁN GALÁN, *El renacer de una vieja polémica en España: la interiorización autonómica de los gobiernos locales en las comunidades autónomas*, en *Istituzioni del Federalismo*, 1-2, 2010, pp. 141-174. Sobre esta misma cuestión, A. GALÁN GALÁN, *El reparto del poder sobre los gobiernos locales: estatuto de autonomía, Tribunal Constitucional e interiorización autonómica del régimen local*, en *Anuario del Gobierno Local 2009, 2010*, pp. 97-159.

yen sus partes o componentes, organizadas y relacionadas entre sí, dirigidas a la consecución de un objetivo común. Esta noción de sistema puede aplicarse, sin mayores dificultades, a las Administraciones públicas y, dentro de ellas, también a los gobiernos locales. De esta manera, en efecto, puede sostenerse la existencia de un sistema de Administraciones públicas, así como también de un sistema de gobiernos locales: conjunto de entidades locales, organizadas y relacionadas entre sí (relaciones interadministrativas), dirigidas a la consecución de un objetivo común (el interés general cuya satisfacción les encomienda el ordenamiento jurídico). Debe notarse que la noción de sistema propuesta se construye sobre la base de dos elementos: las unidades que lo integran (elemento estático) y las relaciones que se traban entre dichas unidades (elemento dinámico). En consecuencia, para poder estudiar y entender correctamente un sistema – también el local de gobierno – hemos de tener en cuenta no solamente sus partes o componentes (dimensión estática: foto fija), sino también la interacción entre ellos (dimensión dinámica: imagen en movimiento). Dicho de otra manera, el sistema es algo más que la mera suma o yuxtaposición de las unidades que lo integran. Es también y sobre todo las relaciones que se traban entre ellas⁴.

b) Debe añadirse, en segundo término, que el sistema de gobierno local español, del mismo modo que sus homólogos comparados, es un sistema multinivel. Con ello se alude a la singularidad del nivel local de estar integrado por una pluralidad de (sub)niveles de gobierno local, habitualmente denominados de este modo: nivel municipal, nivel supramunicipal (o intermunicipal) y nivel inframunicipal.

Es notorio que la clasificación arriba expuesta utiliza el territorio como

(4) Sobre la noción de sistema de Administraciones públicas y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, A. GALÁN GALÁN, *El sistema de Administraciones Públicas de Cataluña*, en J. TORNOS MAS (COORD.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Iustel, 2012, pp. 154-156. Sobre la traslación de esta noción de sistema a las entidades locales, A. GALÁN GALÁN, *La provincia como parte de un sistema de Administraciones Públicas: la necesaria articulación competencial*, en L. PAREJO ALFONSO (DIR.), *El futuro de la Administración local y el papel de los gobiernos locales intermedios*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, pp. 383-412.

criterio rector: en la medida en que los entes públicos que integran el nivel local de gobierno tienen un diferente ámbito territorial, se afirma la existencia de una pluralidad de (sub)niveles ordenados con ese dato objetivo. Ahora bien, más allá de ese criterio, no está tan clara la existencia de otras diferencias, como la competencial (la diferenciación por el tipo de competencias atribuidas, en particular, si son sustantivas o instrumentales) o la relativa a la legitimidad (la diferenciación por el tipo de legitimidad reconocida, en especial, si es legitimidad democrática directa o bien indirecta o de segundo grado)⁵.

En el ordenamiento español solamente son constitucionalmente necesarios los niveles municipal y supramunicipal. En efecto, la Constitución solamente garantiza la existencia necesaria de los siguientes tipos de entidades locales: municipios, provincias e islas (en los archipiélagos). Por tanto, el dato de su existencia queda fuera de la disponibilidad del legislador infraconstitucional, tanto estatutario (estatutos de las comunidades autónomas) como ordinario (legisladores estatal y autonómico sobre régimen local). De los tipos de entes locales de existencia constitucionalmente necesaria se deriva la igualmente necesaria existencia, para el texto constitucional, de dos (sub)niveles de gobierno local: el nivel municipal, integrado únicamente por los municipios; y el nivel supramunicipal, compuesto por las provincias y por las islas (en los archipiélagos).

Ha sido la legislación infraconstitucional la que ha previsto la posible existencia de entidades locales cuyo ámbito territorial es inferior al municipio. No se trata, pues, de un tipo de entidad constitucionalmente necesaria. Así lo ha hecho la legislación de régimen local, tanto la originaria Ley básica estatal⁶ como las leyes autonómicas de de-

(5) Sobre la existencia de varios subniveles territoriales de gobierno local, A. GALÁN GALÁN, *La provincia como parte de un sistema de Administraciones Públicas: la necesaria articulación competencial*, cit., pp. 390-392; T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local*, cit., pp. 23-24.

(6) La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, *LRRL*), en su redacción originaria, en efecto, preveía la existencia, como un tipo de entidad local más, de las «entidades locales de ámbito territorial inferior al municipal». Así, su artículo 3.2 establecía lo siguiente: «Gozan, asimismo, de la condición de entidades locales: a) Las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las comunidades autónomas, de conformidad con esta Ley y los correspondientes estatutos de autonomía».

sarrollo⁷, y también algún estatuto de autonomía⁸. Debe advertirse de inmediato, no obstante, que la reforma de la legislación básica estatal sobre régimen local, operada por la polémica LRSAL, ha debilitado mucho a este tipo de entidades y, de esta manera, también a este (sub)nivel de gobierno local. En breve, la reforma mantiene las ya existentes como verdaderas entidades locales, dotadas de personalidad jurídica propia, siempre que cumplan un conjunto de nuevas exigencias. Pero de cara al futuro, y aquí radica la esencia del cambio, las nuevas que puedan crearse mutan en su naturaleza: pasan de ser una entidad local descentralizada, con personalidad jurídica, a ser tan solo una forma de organización desconcentrada (que no descentralizada) del municipio, carente de dicha personalidad propia⁹.

c) La existencia de esos tres niveles territoriales de gobierno local plantea, finalmente, la cuestión compleja de la determinación de la relación existente entre ellos o, si se prefiere, el problema de la articulación competencial de la pluralidad de entidades locales que coexisten sobre un mismo territorio.

(7) Sirva de ejemplo la legislación sobre régimen local de Cataluña: el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, dedica su título V (artículos 79 a 83) a regular las «entidades municipales descentralizadas».

(8) Así, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC) prevé la existencia de «entidades municipales descentralizadas». Según establece el artículo 86.7 del EAC: «Las concentraciones de población que dentro de un municipio constituyan núcleos separados pueden constituirse en entidades municipales descentralizadas. La ley debe garantizarles la descentralización y la capacidad suficientes para llevar a cabo las actividades y prestar los servicios de su competencia».

(9) La nueva regulación elimina a estas entidades del listado de otras entidades locales del artículo 2.3 de la LBRL; vacía de contenido el artículo 45 de la LBRL, dedicado específicamente a este tipo de entidad y ubicado sistemáticamente en el capítulo que tiene como objeto a las «otras entidades locales»; se adiciona un nuevo artículo 24.bis de la LBRL, de contenido semejante al suprimido artículo 45, aunque solamente en apariencia, puesto que, en realidad, los «entes» regulados en este nuevo precepto, a pesar de la denominación coincidente, son de naturaleza bien distinta, puesto que ya no se configuran como el resultado de la descentralización, sino únicamente de una mera desconcentración municipal; se prevé en el artículo 116.bis de la LBRL la disolución de las entidades de ámbito territorial inferior al municipal como contenido posible del plan económico-financiero; y se prevé un régimen transitorio en las disposiciones transitorias cuarta y quinta de la mencionada LRSAL. Un análisis pormenorizado de estos cambios en A. GALÁN GALÁN, R. GALINDO CALDÉS, *Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio*, en M. ALMEIDA CERRADA, C. TUBERTINI, P. COSTA GONÇALVES (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 47-103.

El eje sobre el que gira la relación entre los tres posibles niveles territoriales de gobierno local es la centralidad del municipio: es el tipo de entidad local que ocupa la posición central en el nivel local. El ordenamiento jurídico español recoge de modo expreso esta centralidad, configurándolo como el tipo de ente local más relevante. Mayor relevancia que se desprende de la regulación que sobre él ofrecen la Constitución, la legislación sobre régimen local y, también ahora, algunos de los nuevos estatutos de autonomía. Los principales argumentos que justifican la posición central del municipio en el nivel local derivan de su propia configuración institucional: su legitimidad democrática directa, la singularidad de la autonomía municipal, su consideración como mecanismo principal de participación ciudadana en los asuntos públicos y el hecho de que sea el único tipo de ente local que se define por sí mismo y no por referencia a otro. En este sentido, aunque no siempre sea del todo preciso jurídicamente, es habitual que se califiquen las entidades supramunicipales como agrupaciones de municipios y que se justifique la existencia de los entes inframunicipales como el resultado de un proceso de “descentralización” municipal¹⁰.

2.4. Los problemas de la planta local: el éxodo rural

Entendida la expresión en un sentido amplio, la planta local ha sido y sigue siendo una fuente inagotable de problemas. Es en este contexto que deben situarse las siguientes consideraciones:

a) Los municipios en España se caracterizan por las grandes diferencias que presentan. La inmensa mayoría de ellos son de escasa población y de perfil rural. Unos pocos reúnen un número considerable de habitantes y responden ya al modelo de ciudad. Muy pocos, finalmente, constituyen grandes aglomeraciones urbanas y forman parte de auténticos hechos metropolitanos. Progresivamente, el ordenamiento local se ha ido haciendo sensible a esta realidad y, coherentemente, ha introducido distinciones dentro del régimen jurídico municipal. Un trato diferen-

(10) Se analiza con mayor detalle en A. GALÁN GALÁN, *La provincia como parte de un sistema de Administraciones Públicas: la necesaria articulación competencial*, cit., pp. 392-395; y T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local*, cit., p. 24.

ciado que obedece, en los términos expuestos, a que la realidad municipal es distinta y diferentes son también los problemas que padecen. En nuestra opinión, sin embargo, sigue precisándose un mayor grado de diversidad o, si se prefiere, ahondar en la ruptura de la uniformidad del régimen municipal. Un tratamiento jurídicamente diverso que debe proyectarse, sin duda, como ya está ocurriendo, sobre el aparato organizativo, sobre las competencias municipales reconocidas y sobre el correspondiente régimen de financiación. Pero que debe ir más allá, alcanzando también, por ejemplo, al modelo de gobierno municipal, así como a las potestades atribuidas y, entre ellas, a la potestad normativa municipal. En definitiva, es urgente admitir la diversidad dentro de la propia noción de autonomía municipal.

Como ha quedado dicho, la mayoría de los municipios españoles tienen muy pocos habitantes y están ubicados en un contexto rural. El principal problema que sufren es su falta de capacidad de gestión, lo que dificulta enormemente un adecuado ejercicio de sus competencias, esto es, de la correcta prestación de los servicios públicos y del ejercicio de las funciones públicas que tienen encomendados. Consciente de esta situación, el legislador ha previsto distintos mecanismos que tienen como finalidad suplir esa insuficiente capacidad municipal: el fomento de la fusión de municipios¹¹, el estímulo de las fórmulas asociativas municipales¹² y la atribución a otras entidades públicas de la función de asistencia y cooperación con estos municipios¹³.

(11) La política de fusión de municipios se ha demostrado un fracaso en España. Son múltiples las razones que lo explican, incluido el apego sentimental de la población a su pueblo, lo que se traduce en una resistencia a que desaparezca como municipio. En sentido contrario, aunque sea de manera lenta, sigue creciendo el número de municipios. En algunas ocasiones, esta creación se articula a través de una ley singular que excepciona, para ese caso concreto, alguno de los requisitos exigidos por la ley general aplicable en ese territorio. Sirva como ejemplo la Ley catalana 8/2010, de 22 de abril, de creación del Municipio de La Canonja.

(12) Las fórmulas asociativas más relevantes en el ámbito local son el consorcio y la mancomunidad de municipios. En especial, este último tipo ha sido objeto últimamente de un particular fortalecimiento. Ejemplo de ello son las mancomunidades integrales (reguladas en la Ley extremeña 17/2010, de 23 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura) y las mancomunidades de ámbito comarcal (previstas en la Ley valenciana 21/2018, de 16 de octubre, de la Comunidad Valenciana).

(13) El Tribunal Constitucional ha identificado como contenido esencial de la autonomía provincial la función de asistencia y cooperación a los municipios.

Las necesidades peculiares de las grandes aglomeraciones urbanas se han intentado satisfacer, por el legislador local español, a través de dos vías principalmente. De entrada, mediante el reconocimiento de regímenes especiales municipales. En este sentido, está previsto un régimen general para todos aquellos municipios que merezcan la calificación legal de “municipios de gran población”¹⁴, que convive junto al reconocimiento de otros regímenes específicos para ciudades concretas¹⁵. En segundo lugar, a través del reconocimiento jurídico de la realidad metropolitana. En este caso, está siempre presente la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la entidad metropolitana (configurada como municipio metropolitano o bien como gobierno local dotado de sustantividad y políticas propias). Vinculado a la solución que se adopte, el debate se extiende a las funciones (competencias) que se le deben encomendar y, en estrecha conexión, el tipo de legitimidad democrática que debe tener (directa o bien indirecta o de segundo grado)¹⁶.

Cabe advertir que en la gran ciudad suelen confluir tres hechos diferenciales que no siempre son claramente distinguidos por el legislador a la hora de arbitrar un tratamiento especial: ser un municipio que reúne a una gran población (régimen municipal especial), el fenómeno metropolitano (régimen metropolitano) y el hecho capitalino, esto es, la capitalidad del estado o de la comunidad autónoma correspondiente (ré-

(14) Se trata del régimen especial de municipios de gran población regulado en el título X de la LBRL.

(15) El régimen especial de Barcelona está integrado por dos leyes: la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre de la Carta Municipal de Barcelona, y la Ley estatal 1/2016, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del Municipio de Barcelona. El régimen especial de Madrid se recoge en la Ley estatal 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. Por su parte, el régimen especial de Zaragoza contenido en la Ley aragonesa 10/2017, de 30 de noviembre, de Régimen Especial del Municipio de Zaragoza como Capital de Aragón.

(16) El hecho metropolitano está institucionalizado en Barcelona a través de la Ley catalana 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona. El Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 93, lleva a cabo «el reconocimiento de las áreas metropolitanas», añadiendo que su «creación, modificación y supresión, así como el establecimiento del régimen jurídico» debe regularse por ley del Parlamento catalán. El artículo 88 de este mismo texto estatutario, con carácter general, reconoce el principio de diferenciación en el ámbito municipal: «Las leyes que afectan al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios deben tener en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen». Además, su artículo 89 reconoce expresamente el régimen especial del Municipio de Barcelona.

gimen de capitalidad)¹⁷. En cualquier caso, son muchos los retos que actualmente plantea la gran ciudad y que están a la espera de un tratamiento normativo adecuado¹⁸.

b) En relación con el nivel supramunicipal de gobierno local, el principal problema detectado es el de la necesaria articulación competencial de la pluralidad de gobiernos locales intermedios que coexisten sobre un mismo territorio: tanto los que son de origen legal (así, provincias y, en su caso, comarcas y área metropolitana) como los de base asociativa (consorcios y mancomunidades de municipios principalmente). Debe tenerse en cuenta, además, que el mapa local supramunicipal puede variar – y, de hecho, varía – en función de la comunidad autónoma tomada en consideración, habida cuenta del alto grado de interiorización autonómica en este ámbito. Sin desconocer las dificultades que entraña la labor, es preciso encontrar fórmulas jurídicas que permitan racionalizar la estructura resultante, evitando solapamientos administrativos y duplicidades competenciales. Las soluciones posibles son de distinta clase: territoriales¹⁹, organizativas²⁰ o competenciales²¹.

La principal entidad local supramunicipal en España es la provincia.

(17) Sobre esta cuestión, A. GALÁN GALÁN, F. TOSCANO GIL, *Dimensiones jurídicas de la gran ciudad: régimen municipal especial, fenómeno metropolitano y régimen de capitalidad*, en A. TRONGOSO REIGADA (dir.), *Comentarios a la Ley de Capitalidad y Régimen Especial del Madrid*, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 231-262.

(18) Piénsese, por ejemplo, en los debates actuales en torno a la noción de “smart city”, de “ciudad refugio” (en materia de inmigración y asilo) o bien de “redes de ciudades” (destacando su protagonismo en la escena internacional, en clara competencia con las regiones e, incluso, en ocasiones, con los propios Estados).

(19) Por ejemplo, que no existan todas las entidades locales supramunicipales en todo el territorio. Sirva de ejemplo la Ley catalana 1/2019, de 15 de febrero, de supresión del Consejo Comarcal del Barcelonés.

(20) Por ejemplo, asegurando la presencia de algunas entidades locales supramunicipales en los órganos de otras.

(21) Por ejemplo, atribuyendo a la entidad local supramunicipal competencias únicamente en relación con algunos municipios y no con todos. Pongamos por caso que se excluya a los municipios metropolitanos del ejercicio de la función de asistencia y cooperación de la provincia correspondiente.

Subsiste hoy la ya tradicional polémica acerca del tipo de competencias que se le deben atribuir: si únicamente formales o instrumentales (la asistencia y cooperación con los municipios y, en segundo término, la coordinación sobre esos mismos municipios) o también de carácter sustantivo (la prestación material de servicios). En definitiva, lo que se discute es cuál deba ser la función esencial de este tipo de entidad: si servir a los municipios (la provincia entendida como una especie de “municipio de municipios”) o, simultáneamente, también a los ciudadanos directamente (la provincia como prestadora de servicios públicos). Ligado con este debate debe entenderse el otro relativo al tipo de legitimidad democrática que debe corresponder a la provincia: indirecta o de segundo grado, de manera que los diputados provinciales son electos municipales (alcaldes y concejales) en atención al resultado de las elecciones municipales, o bien directa, con un sistema de elección directa por los ciudadanos. Nótese que el sistema electoral provincial y, consiguientemente, el tipo de legitimidad resultante, debería ser coherente con la configuración funcional de la provincia, esto es, con su entendimiento como una estructura dirigida a los municipios o, en cambio, también prestadora de servicios públicos a los ciudadanos.

Los Presidentes de los Gobiernos Provinciales, reunidos en la IV Conferencia de Presidentes, celebrada en la ciudad de Granada los días 14 y 15 de febrero de 2019, en la Declaración institucional que firmaron, sostuvieron lo siguiente: «Constatamos que las diputaciones provinciales, como gobiernos locales intermedios, han interpretado históricamente, y continúan haciéndolo en la actualidad, un papel protagonista en la vertebración y cohesión del territorio, asistiendo a los municipios y asegurando a los ciudadanos la recepción de servicios de calidad [...] Sostenemos que la principal función de las diputaciones provinciales, como parte integrante que son de un verdadero sistema de gobierno local que las vincula al resto de entidades locales, es proporcionar la asistencia jurídica, técnica y económica que requieren los municipios, así como cooperar con ellos. En la realidad de nuestro mapa municipal, esta labor de asistencia y cooperación se erige frecuentemente en la mejor garantía de la autonomía y la democracia municipales, en tanto que permite completar la capacidad de gestión de los municipios, especialmente en el caso de aquellos de pequeño tamaño, asegurándoles

así un adecuado ejercicio de sus competencias, una satisfactoria prestación de los importantes servicios que tienen encomendados y la necesaria rendición de cuentas a sus vecinos. De esta manera, la actividad de las diputaciones provinciales, realizada de un modo diferenciado para permitir su adecuación a una realidad diversa, es un factor clave para la consecución de retos de tanta relevancia social como son la lucha contra la despoblación del medio rural y el aseguramiento de la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, con independencia de que residan en una zona rural o urbana. Contribuyendo, así, al mantenimiento de un territorio equilibrado y sostenible. Para la consecución de estos objetivos, los Gobiernos locales intermedios apuestan decididamente por la adopción de medidas dirigidas al impulso de las nuevas tecnologías y el freno de la exclusión financiera que padecen los pequeños municipios, asegurando la adecuada prestación en todo el territorio de los servicios de interés público que mejoren la calidad de vida de las personas, fomenten la actividad económica y, en definitiva, procuren el necesario equilibrio demográfico y territorial.

c) La Declaración institucional arriba indicada hace especial hincapié en lo que actualmente se considera uno de los principales problemas – quizá el principal – que tiene planteado hoy el mundo local en España: el éxodo rural, esto es, el imparable proceso de desplazamiento poblacional del medio rural a las grandes ciudades. El resultado es el despoblamiento creciente de la inmensa mayoría de municipios y la saturación poblacional de las zonas urbanas. Con las consecuencias de todo orden que ello conlleva. Es el fenómeno que mediáticamente se conoce con el nombre de la “España vacía” o, en su versión más actual, de la “España vaciada”. No es esta la sede para el estudio de esta cuestión. Quede apuntada, sin embargo, la insistencia de los Presidentes de los Gobiernos Provinciales en la necesidad de abordar transversalmente el problema y su firme compromiso de contribuir a su solución. Debe observarse, no obstante, que los entes locales intermedios no tienen competencia o son de escasa relevancia y, en todo caso, no son de carácter instrumental, en algunas de las materias clave para afrontar el reto planteado (por ejemplo, trabajo, vivienda o infraestructuras y comunicaciones).

2.5. La autonomía local: su adecuada garantía como asignatura pendiente

La autonomía local ha planteado un gran número de interrogantes a lo largo de la vigencia del texto constitucional que, en algún caso, siguen hoy a la espera de una respuesta acertada. En breve síntesis, sin afán de exhaustividad, pasamos a exponer los principales:

a) El concepto y el alcance de la autonomía local. De la mano de la doctrina científica, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional ha mantenido la tesis de origen germánico de la garantía institucional de la autonomía local. La práctica ha demostrado su insuficiencia para proporcionar una adecuada garantía de la autonomía, en la medida en que únicamente sirve de límite negativo al legislador (no puede desconocer la institución). A lo largo de los años, se han formulado propuestas alternativas, que han corrido diversa suerte en nuestra jurisprudencia, como son la configuración de la autonomía local como principio constitucional, como derecho, como garantía constitucional o bien como mandato de optimización dirigido al legislador.

b) La naturaleza de la autonomía local. Se constata en este punto una clara evolución, desde el entendimiento inicial como una autonomía “meramente administrativa”, incluso por la propia jurisprudencia constitucional, hasta su aceptación hoy generalizada como una autonomía de naturaleza verdaderamente política, expresión de la existencia de una comunidad política local y que se manifiesta en la posibilidad de mantener políticas propias. En el terreno de lo simbólico, esta evolución encuentra su visualización en la propia denominación de las entidades locales, que pasan de ser referidas únicamente como “administraciones locales” a ser calificadas de “gobiernos locales”.

c) El contenido de la autonomía local. Aquí ha jugado nuevamente un papel relevante la jurisprudencia constitucional, que ha asumido la existencia de unos contenidos mínimos necesarios de la autonomía local. En el bien entendido, eso sí, de que no existe una identidad perfecta de contenido de toda autonomía con independencia del tipo de entidad titular. En concreto, como ya se ha apuntado, ha marcado notables diferencias entre la autonomía municipal y la provincial.

Un primer contenido necesario de la autonomía local y, en especial, de la municipal es el normativo: la potestad normativa municipal. Se ha abierto paso la tesis según la cual las normas municipales ocupan una posición peculiar en el sistema de fuentes del derecho. Esa peculiaridad, en relación con la posición propia del reglamento gubernativo, encuentra como principales manifestaciones las dos siguientes: la interpretación del principio de legalidad como vinculación negativa a la ley y, en segundo lugar, la necesidad de modular la exigencia de reserva de ley cuando la norma infralegal en presencia proviene de un municipio, en tanto que es una entidad dotada de autonomía y de legitimidad democrática directa. Esto último ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en materias tan relevantes y sensibles como son la sancionadora administrativa y la tributaria²².

Un segundo contenido es el organizativo: la potestad de autoorganización. La entidad local autónoma debe poder decidir su propia configuración. Decisión que debe abarcar no solamente su estructura administrativa, sino también la territorial (por ejemplo, la desconcentración municipal en distritos) y la gestión de los servicios públicos (así, el reconocimiento de un margen de decisión en la elección del modo de gestión).

En tercer y último lugar, el contenido competencial: el necesario aseguramiento de una atribución competencial suficiente, valorado no únicamente en términos cuantitativos, sino también y complementariamente cualitativos. En este sentido, son varias las propuestas defendidas desde el municipalismo durante todo el período constitucional.

La primera propuesta se refiere al tipo de competencia que debe ser atribuido al ente local: competencias propias, es decir, a título de propias. Solamente esta clase de competencias – y no las delegadas – están vinculadas a la autonomía local y, por tanto, satisfacen sus exigencias. La consecuencia es que no se puede sustituir la atribución de competencias propias por la delegación de competencias o por el reconocimiento de un mecanismo de participación local en el ejercicio de competencias ajenas.

(22) Sobre esta cuestión, A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, 2001; y del mismo autor, *El reglamento orgánico local*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2004.

En segundo término, se propone que las locales sean competencias no intervenidas. La autonomía local implica asumir que su titular tiene un ámbito de decisión propio, aunque, como la otra cara de la misma moneda, la decisión será adoptada bajo la propia responsabilidad. En este punto, se constata una permanente discusión acerca del alcance del control que puede ejercerse sobre las entidades locales (legalidad frente a oportunidad) y de los mecanismos de coordinación.

Finalmente, se destaca la vinculación esencial existente entre competencia y financiación. En rigor, la distinción entre ambas nociones es artificial e incorrecta: el aseguramiento de la financiación adecuada es algo necesario para que la atribución competencial pueda considerarse efectiva. Es constante la reclamación del mundo local de mejora de su financiación mediante la reforma del sistema de financiación local. Reforma que, en el contexto actual, pretende ligarse a la también esperada reforma del sistema de financiación autonómico²³.

d) La garantía de la autonomía local. La efectividad del reconocimiento de la autonomía local requiere el establecimiento de mecanismos de garantía suficientes. Esta es la principal asignatura pendiente del ordenamiento local español. Clara demostración de esta afirmación es

(23) En la mencionada Declaración institucional de la IV Conferencia de Presidentes de Gobiernos Provinciales puede leerse: «Reivindicamos un nuevo marco de financiación, no solamente para los Gobiernos locales intermedios, sino para el conjunto del sistema local de Gobierno, incluidos los municipios. La efectividad de las competencias depende de la garantía de su financiación. En otras palabras, recordamos que el aseguramiento de los recursos económicos necesarios constituye un elemento indisoluble del reconocimiento de las competencias: la falta o insuficiente financiación se traduce en la vulneración del principio de suficiencia financiera y, de este modo, también del contenido competencial de la autonomía provincial. Por ello, cualquier proceso de actualización de las diputaciones provinciales que se pretenda acometer y quiera ser coherente, en el actual contexto de superación de la crisis económica, deberá abordar tanto el aspecto competencial como el financiero, y, complementariamente, deberá tener presente la dimensión institucional, esto es, su incidencia en la forma de gobierno provincial. Proceso de actualización en el que, como no puede ser de otro modo, deben estar presentes, desde el momento inicial, como personajes destacados, las propias diputaciones provinciales y el resto de Gobiernos locales intermedios, con el objeto de poder enriquecer el debate con la aportación de su conocimiento y la perspectiva de su interés. En todo caso, los cambios que se introduzcan en el marco financiero local, dentro del contexto más amplio de la reforma del sistema de financiación de conjunto de Administraciones territoriales, deberán tener en cuenta la existencia de economías de escala y diseñar la distribución de los fondos públicos atendiendo al imprescindible equilibrio entre los criterios poblacionales y los territoriales».

la valoración muy negativa que merecen los dos siguientes mecanismos de garantía: el conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional y los órganos estatutarios de participación de las entidades locales en la toma de las decisiones autonómicas que les afecten²⁴.

Tanto la doctrina científica como los representantes municipalistas reivindicaron durante mucho tiempo el establecimiento de un mecanismo procesal que permitiera a los gobiernos locales acceder directamente al Tribunal Constitucional en caso de vulneración de la autonomía local por el legislador, ya fuera el estatal o bien el autonómico correspondiente. En el debate se formularon múltiples propuestas. La solución finalmente acogida fue la creación de un nuevo proceso: el conflicto en defensa de la autonomía local²⁵.

La valoración que debemos hacer de este mecanismo procesal es muy negativa. Desde la perspectiva de la protección efectivamente brindada a la autonomía local, su eficacia ha sido casi nula: solamente se han formalizado treinta conflictos en todo este período, de los que – hasta hoy – únicamente once han finalizado por sentencia y tan solo en siete casos esa sentencia ha entrado a examinar el fondo del asunto; por lo demás, ninguna de esas sentencias contiene un fallo estimatorio del conflicto. La razón debe buscarse en la configuración legal de este proceso: en una legitimación muy restrictiva (que es colectiva); en un procedimiento muy complejo (que requiere la adopción de acuerdos municipales con quórum reforzado y la intervención previa de órganos consultivos); y en la regulación de los efectos del proceso (doble sentencia de lesión de la autonomía local y de inconstitucionalidad). Todo ello se explica, probablemente, por la situación en la que se encontraba el propio Tribunal Constitucional en el momento de la creación del conflicto en defensa de la autonomía local, con una evidente carga de trabajo y el temor a una parálisis por desbordamiento (como consecuencia del

(24) T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local*, cit., pp. 32-36.

(25) Se introdujo mediante la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, junto a un amplio conjunto de medidas de reforma adoptadas en el contexto del denominado Pacto Local.

gran número de recursos de amparo interpuestos por vulneración de derechos fundamentales). Es en este contexto que debe entenderse el miedo del legislador a que este estado de cosas empeorara todavía más si se permitía que fácilmente pudieran acceder a la corte constitucional los miles de entidades locales existentes en España²⁶.

La autonomía local no solamente tiene una vertiente interna, de defensa de un espacio de decisión propio, sino que también se proyecta hacia el exterior: la capacidad de las entidades locales, especialmente de los municipios, de poder defender sus intereses en instancias territorialmente superiores e, incluso, de participar en la elaboración de las decisiones normativas y administrativas que les afecten directamente. Desde la perspectiva orgánica, esta dimensión externa se ha traducido tradicionalmente en la existencia de órganos de cooperación de composición mixta (estatal y local o bien autonómica y local). Como novedad más reciente, ante la insuficiencia de este mecanismo, en la última oleada de reformas estatutarias, con clara influencia italiana, se ha propiciado la creación de unos nuevos órganos, bajo la denominación de consejo de gobiernos locales o de autonomía local, dotados ya de relevancia estatutaria y con una posición más reforzada, de composición exclusivamente local, dotados de autonomía y a los que se reconoce una intervención preceptiva en la elaboración de leyes, reglamentos, planes y decisiones administrativas que tengan incidencia directa en los intereses locales.

Lo cierto es que la configuración normativa concreta de estos consejos no siempre ha sido la más adecuada. La posición de los partidos políticos ha sido reacia a compartir el protagonismo parlamentario con estos

(26) T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local*, cit., p. 33. Sobre esta cuestión, L. POMED SÁNCHEZ, *El conflicto en defensa de la autonomía local*, en *Anuario del Gobierno Local* 2017, 2018, pp. 291-318; J. GARCÍA ROCA, *La primera sentencia sobre el conflicto en defensa de la autonomía local (STC 240/2006): una ocasión perdida*, en *Cuadernos de Derecho Local*, 13, 2007, pp. 14-23; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El conflicto en defensa de la autonomía local: justificación, configuración jurídica y funcionalidad*, en *Anuario del Gobierno Local* 2001, 2002, pp. 55-77; M.D. CABELLO FERNÁNDEZ, *El conflicto en defensa de la autonomía local*, Civitas, 2003; y E. FOSSAS ESPADALER, *El conflicto en defensa de la autonomía local: un experimento constitucional fallido*, en *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 903-923.

órganos. En el fondo, late el rechazo a que pudieran operar como una especie de “Senado territorial” en competencia con el parlamento autonómico correspondiente. A ello debe sumarse la fuerte resistencia que frente a este tipo de órganos han mostrado las asociaciones municipalistas, temerosas de perder su protagonismo en los procesos de interlocución. En cualquier caso, el resultado es decepcionante: estos consejos, en la práctica, no han cumplido satisfactoriamente la expectativa de reforzar la garantía de la autonomía local²⁷. Ilustrativo de ello es la situación en la que se encuentra el Consejo de Gobiernos Locales de Cataluña, pionero en España, modelo de los restantes consejos autonómicos y que cuenta con un expreso reconocimiento estatutario²⁸. No siendo suficiente con su debilitamiento por la vía de un inadecuado desarrollo legal de esta institución estatutaria²⁹, desde hace varios años está inactivo por falta de renovación de sus miembros. Queremos llamar la atención, no obstante, sobre el hecho de que el Tribunal Supremo sí parece haberse tomado en serio la función de estos órganos. Damos noticia, en este sentido, de la existencia de dos recientes sentencias de este alto tribunal en los que anula normas autonómicas por omisión del preceptivo informe previo del consejo de gobiernos locales de Andalucía³⁰.

(27) T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local*, cit., pp. 34-36. Sobre esta cuestión, M. VILALTA REIXACH, *El Consejo de Gobiernos Locales. La nueva participación de los entes locales en las comunidades autónomas*, Iustel, 2007; F. TOSCANO GIL, M. VILALTA REIXACH, *El Consejo Andaluz de Concertación Local: una oportunidad perdida para la autonomía local en Andalucía*, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de Administración Pública*, núm. 70, 2008, pp. 97-130; y T. FONT I LLOVET, M. VILALTA REIXACH, *Los órganos de participación local en las comunidades autónomas*, en *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, 3ª ed., Iustel, 2011, pp. 1717-1746.

(28) Artículo 85 del EAC: «El Consejo de Gobiernos Locales es el órgano de representación de municipios y veguerías en las instituciones de la Generalitat. El Consejo debe ser oído en la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas que afectan de forma específica a las Administraciones locales y la tramitación de planes y normas reglamentarias de carácter idéntico. Una ley del Parlamento regula la composición, la organización y las funciones del Consejo de Gobiernos Locales».

(29) Ley catalana 12/2010, de 19 de mayo, del Consejo de Gobiernos Locales de Cataluña.

(30) Se trata de dos sentencias del Tribunal Supremo, Sala del Contencioso Administrativo, Sección Quinta: la núm. 1714/2016, de 21 de abril de 2016, núm. de recurso 4135/2014 (ECLI:ES:Ts:2016:1714); y la núm. 950/2019, de 25 de marzo de 2019, núm. de recurso 4495/2016 (ECLI:ES:Ts:2019:950).

2.6. Una visión de futuro: la necesaria reforma del marco normativo de los gobiernos locales en España

En los apartados precedentes hemos intentado un rápido diagnóstico de la situación en la que se encuentran los gobiernos locales en España. El remedio a los males detectados requiere, en nuestra opinión, la reforma de su marco normativo³¹. Las siguientes consideraciones se formulan en esa hipótesis de una futura reforma:

a) Contenido de la reforma. De lo escrito hasta ahora puede deducirse el sentido que deba tener la futura reforma del régimen local. Recapitulamos a continuación lo que, a nuestro juicio, son las principales propuestas. Primera: mejora de la articulación del nivel local de gobierno con los niveles territorialmente superiores (estatal y autonómico). Se trata de volver al clásico tema de la distribución de competencias sobre los gobiernos locales. Si se quiere avanzar hacia un modelo federal, será preciso profundizar en la interiorización autonómica del régimen local. Segunda: ruptura de la excesiva uniformidad del régimen local, con un mayor reconocimiento de la diversidad. La interiorización autonómica apuntada lo puede favorecer. Tercera: mejora de la articulación entre los distintos (sub)niveles de gobierno local. Especialmente, deben evitarse las disfunciones que se producen entre los varios entes locales supramunicipales que pueden coexistir sobre un mismo territorio. Cuarta: adopción de medidas eficaces para la lucha contra el denominado éxodo rural. Se trata de un problema que, sin duda, desborda el estricto ámbito local, pero que en él proyecta mayoritariamente sus consecuencias negativas. Quinta: refuerzo de la garantía de la autonomía local. En particular, deben abordarse las modificaciones que sean precisas para que efectivamente contribuyan a esa garantía el mecanismo procesal de acceso al Tribunal Constitucional (el conflicto en defensa de la auto-

(31) Sobre el balance de la situación actual de los gobiernos locales en España y la valoración de la reforma de su marco normativo: E. NIETO GARRIDO, *El estatuto constitucional de los entes locales. La autonomía local y la vinculación negativa a la ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2018; J. TORNOS MAS, *El govern local a Espanya després de 40 anys de Constitució*, en *La Notaria*, 2, 2018, pp. 51-61; J. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La reconstrucción de la autonomía local*, Reus, 2015; y M. MEDINA GUERRERO, *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, 2014.

mía local) y los órganos de composición exclusivamente local de participación en las decisiones autonómicas que les afecten (consejos de gobiernos locales). Séptima: mejora de la regulación sobre las competencias locales. Especial atención debe prestarse a los problemas relativos al solapamiento competencial, a las cláusulas generales de atribución de competencias y a la determinación del tipo de competencia en atención del tipo de legitimidad que ostente la entidad local destinataria. Octava: mejora del sistema de financiación local. Esta es la reclamación prioritaria desde el mundo local y sin cuya satisfacción ninguna reforma que se emprenda será valorada positivamente. Y novena: mejora de la calidad de la democracia local. En particular, debe reflexionarse sobre la oportunidad de la reforma del sistema electoral local.

b) Vías de reforma. Una actualización completa del régimen local español requerirá de la modificación conjunta y planificada de múltiples normas: de la legislación básica estatal sobre régimen local, de las leyes autonómicas sobre régimen local, de la legislación reguladora del régimen electoral local, de la legislación reguladora del Tribunal Constitucional (si se incide en el conflicto en defensa de la autonomía local), de la legislación sobre haciendas locales y otra normativa financiera y, en general, sobre el total de la legislación sectorial, para asegurar una atribución competencial adecuada, en cantidad y calidad, a los gobiernos locales. Además, deberá valorarse la conveniencia de reformar nuevamente los estatutos de autonomía (por ejemplo, para ahondar en la interiorización autonómica de los gobiernos locales). Aunque tímidamente, forma también parte de la agenda política la posible reforma de la Constitución en lo referente a la materia local. En la hipótesis de que esa modificación constitucional tuviera lugar, son dos las principales decisiones a tomar. La primera es la inclusión de un título competencial expreso y específico relativo a los gobiernos locales, que contribuya a pacificar la permanente controversia entre el Estado y las comunidades autónomas. Y la segunda, es el incremento de la densidad – actualmente muy baja – de la regulación constitucional sustantiva sobre los gobiernos locales. A título puramente ejemplificativo, podría estudiarse el acierto de incluir en el texto constitucional los siguientes aspectos: el reconocimiento del principio de diversidad en el régimen lo-

cal; del principio de subsidiariedad; de la naturaleza política de la autonomía local; del derecho de asociación de los municipios y otras entidades locales; del nivel metropolitano en la misma definición de los elementos estructurales de la organización territorial del Estado; el refuerzo de la garantía de la autonomía local; y también de la autosuficiencia financiera.

Cualquier reforma que incida seriamente sobre los gobiernos locales, especialmente si se modifica la Constitución, los estatutos de autonomía o leyes estatales de gran relevancia, debería ser el fruto de un amplio consenso entre las principales fuerzas políticas. Acuerdo que, por lo demás, tendría que ir en la dirección adecuada de reforzamiento de la posición de los gobiernos locales. Advertencia esta última que no es innecesaria, teniendo presente algunas de las últimas reformas normativas que se han experimentado en el país.

3. La autonomía local en España y la Carta Europea de la Autonomía Local

3.1. El alcance de la vinculación del legislador español a la Carta

La Carta Europea de la Autonomía Local es un tratado internacional que, en aplicación de las reglas generales del Derecho Internacional Convencional, vincula a los Estados que lo hayan ratificado. En concreto, el Reino de España firmó la Carta el 15 de octubre de 1985 y, tras el otorgamiento por las Cortes Generales de la correspondiente autorización recogida en el artículo 94.1 de la Constitución, procedió a su aprobación y ratificación el 20 de enero de 1988.

El texto articulado de la Carta se abre con la previsión del modo en que los Estados que la hayan ratificado quedan obligados por sus preceptos: «Las partes contratantes se comprometen a considerarse vinculadas por los artículos siguientes de la forma y en las condiciones prescritas por el artículo 12 de la presente Carta» (artículo 1 de la CEAL). Queda claro, pues, que los Estados contratantes aceptan su vinculación a la Carta.

Debe señalarse que esta vinculación corresponde, desde la perspectiva externa, a quien es el sujeto de Derecho Internacional, esto es, al propio estado contratante. El Reino de España no es una excepción: ha aceptado su vinculación al contenido regulatorio de la Carta a través de

los actos propios de aprobación y ratificación. Complementariamente, también se traduce, ahora desde la perspectiva interna del ordenamiento jurídico estatal, en la vinculación a ese texto de todos los poderes públicos del estado. Todas las autoridades nacionales, con respeto a las normas internas de distribución de competencias, deben ajustar su actuación a las reglas contenidas en la Carta. Dentro de estos poderes públicos no es una excepción el poder legislativo, en todas las manifestaciones que reviste en un estado territorialmente compuesto. Pero alcanza también a los poderes ejecutivo y judicial.

Aunque sea esta una cuestión más controvertida, en nuestra opinión, la vinculación a la Carta asumida por el estado parte debe interpretarse de un modo amplio, con la finalidad de contribuir a asegurar la efectividad de sus mandatos y, en particular, la garantía de la autonomía local. En este sentido, España, al decidir la aprobación y ratificación de la Carta, ha asumido un compromiso que supone no solamente la prohibición de vulneración de sus preceptos, consecuencia primera y obvia de aquella decisión estatal, sino, todavía más allá, implica el mandato en positivo de lograr su optimización. Así, de entrada, la normativa interna no debe contradecir lo establecido en la Carta y, además, debe contribuir a su óptimo de efectividad. Finalidad esta última que, en segundo lugar, igualmente debe perseguirse en la ejecución, administrativa y judicial, de la normativa interna.

3.2. La peculiaridad en la vinculación del legislador español a la Carta

Como el resto de Estados parte, el Reino de España está vinculado a la Carta. Debe advertirse de inmediato, sin embargo, que esta vinculación es peculiar. Así lo reconoce y regula su propio texto, al afirmar que los Estados contratantes deben considerarse vinculados «de la forma y en las condiciones prescritas por el artículo 12 de la presente Carta» (artículo 1, *in fine*, de la CEAL)³². Más allá del contenido del artículo remitido,

(32) Así se explicita en el «Informe explicativo» de la CEAL, elaborado por el propio Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa. En efecto, dentro de su apartado C («Observación sobre las disposiciones de la Carta»), en relación con el artículo 1 de la CEAL, se afirma: «El artículo 1 expresa el compromiso general de las partes a observar los principios de

interesa destacar primeramente que la vinculación puede no ser total o absoluta. En otras palabras, la propia Carta admite que cada estado contratante pueda decidir, dentro de los parámetros por ella establecidos, la extensión de su vinculación y, por tanto, su grado de compromiso. Lo que equivale a decir que está prevista, sin que ello suponga ninguna anormalidad o disfunción, la posibilidad de una cierta asimetría en la posición de los Estados respecto al contenido de la Carta y, por ello, en relación con la finalidad que se persigue con su redacción. Esta asimetría posible – no necesaria – se hace visible en el momento del estudio del ámbito de aplicación de la Carta. Es de interés examinar la posición asumida por España frente a estas asimetrías posibles:

a) Los Estados contratantes de la Carta. La firma de la CEAL es posible, pero no obligada para los Estados miembros del Consejo de Europa³³. Como ha quedado dicho, España sí que es parte de la Carta. En concreto, su instrumento de ratificación es de 20 de enero de 1988.

b) Los artículos de la Carta que vinculan a los Estados contratantes. No es necesario que el estado contratante quede vinculado a la totalidad del contenido de la Carta. España, según consta en su instrumento de ratificación, ha decidido aprobar y ratificar “cuanto en ella se dispone”, esto es, en su totalidad³⁴.

la autonomía local enunciados en la parte I de la Carta (artículos 2 al 11), en las condiciones establecidas por el artículo 12».

(33) La CEAL es un tratado internacional celebrado en el marco del Consejo de Europa. Como se afirma en el primer párrafo de su preámbulo, el texto ha sido redactado por «los Estados miembros del Consejo de Europa, firmantes de la presente Carta, considerando que el objetivo del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros, a fin de salvaguardar y promover los ideales y los principios que son su patrimonio común». De manera coherente con lo dicho, el artículo 15.1 de la CEAL afirma que «La presente Carta está abierta a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa». Ahora bien, lo que nos interesa ahora destacar es que dicha firma no se impone o, en otras palabras, que la pertenencia a esa organización internacional no comporta necesariamente la condición de parte contratante de la Carta. Por esta razón, el artículo 15.2 de la CEAL prevé que, para su entrada en vigor, bastará con que cuatro Estados miembros del Consejo de Europa hayan expresado su consentimiento de quedar vinculados por la Carta.

(34) El artículo 12 de la CEAL, bajo la rúbrica de “Compromisos”, presupone la posibilidad de una vinculación parcial. La libertad de decisión estatal, sin embargo, queda constreñida por la

c) El territorio del estado contratante al que se aplica la Carta. No es necesario que su contenido se aplique a todo el territorio del estado contratante³⁵. España, según consta en su instrumento de ratificación, «declara que la Carta Europea de la Autonomía Local se aplicará en todo el territorio del Estado», por tanto, sin exclusión territorial alguna.

d) Las entidades locales del estado contratante a las que se aplica la Carta. No es necesario que el contenido de la Carta se aplique a todas las entidades locales existentes en el estado³⁶. España, según consta en su instrumento de ratificación, «declara que la Carta Europea de la Au-

imposición de dos límites (apartado primero del citado artículo 12 de la CEAL). De entrada, es necesario que el estado se comprometa a considerarse vinculado «por veinte, al menos, de los apartados de la primera parte de la Carta» (artículo 1 a 11). Y, en segundo lugar, de los apartados a los que decida vincularse, es preciso que, «al menos diez» se encuentren dentro del listado contenido en el precepto de la Carta: artículos 2, 3 (apartados 1 y 2), 4 (apartados 1, 2 y 4), 5, 7 (apartado 1), 8 (apartado 2), 9 (apartados 1, 2 y 3), 10 (apartado 1) y 11. En este contenido mínimo necesario se recogen los aspectos más esenciales de la regulación de la Carta, incluidos los referidos al fundamento constitucional y legal de la autonomía local, su concepto, lo principal relativo a su alcance, control y financiación, así como a su protección legal.

(35) El artículo 16 de la CEAL, bajo la rúbrica de «Cláusula territorial», presupone la posibilidad de una aplicación territorial parcial. En este sentido, se afirma que: «Todo estado podrá, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, designar el o los territorios a los que se aplicará la presente Carta» (apartado primero). Con posterioridad a ese momento, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, el estado «podrá extender la aplicación» de la Carta «a cualquier otro territorio» (apartado segundo). Estas declaraciones, por lo demás, no tienen un carácter irrevocable, sino que pueden ser «retiradas» mediante notificación al mencionado Secretario General (apartado tercero).

(36) El artículo 13 de la CEAL, bajo la rúbrica de «Entidades a las cuales se aplica la Carta», presupone la posibilidad de una aplicación diferenciada en atención al tipo de entidad de que se trate. En efecto, la regla general, es que «los principios de autonomía local contenidos en la presente Carta se aplican a todas las categorías de entidades locales existentes en el territorio de la parte contratante». No obstante, como excepción, normativamente se prevé lo siguiente: «cada parte contratante puede, en el momento de depositar los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Carta, designar las categorías de entidades locales y regionales a las que quiera limitar el campo de aplicación o que quiere excluir del campo de aplicación de la presente Carta». Decisión que puede ser revisada con posterioridad: «puede igualmente incluir otras categorías de entidades locales o regionales en el campo de aplicación de la Carta por vía de comunicación posterior escrita al Secretario General del Consejo de Europa». Nótese que la excepción aparece siempre referida a «categorías de entidades locales» y no a entidades individualizadas. Además, se observa que la exclusión puede traducirse tanto en una «limitación» como en una «exclusión»: que una determinada categoría de entidad local esté sometida solo parcialmente a la regulación de la Carta o bien excluida totalmente de su aplicación.

tonomía Local se aplicará [...] en relación con las colectividades contempladas en la legislación española de régimen local y previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución. No obstante, el Reino de España únicamente no se considera vinculado con el apartado 2 del artículo 3 de la Carta en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma»³⁷. Esta declaración presenta algún problema interpretativo.

En su literalidad, como regla general, declara aplicable la CEAL a las “colectividades” contempladas en la legislación española de régimen local “y” previstas en los artículos citados del texto constitucional. Por lo tanto, deben cumplirse ambas condiciones. Ello restringe el ámbito subjetivo de aplicación únicamente a la tipología de entidades locales previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución: el municipio (artículo 140), la provincia (artículo 141.1 y 2), la isla (artículo 141.4) y, de manera indeterminada, las «agrupaciones de municipios diferentes de la provincia» que se creen. No obstante, en nuestra opinión, la voluntad de la declaración es considerar aplicable la Carta a la totalidad de las entidades locales existentes en España, incluidas aquellas que no tienen encaje en esa enumeración, por ejemplo, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio. A favor de esta conclusión juega el hecho de que los artículos referidos se incluyen dentro de un capítulo que lleva por rúbrica general «De la Administración local».

Esta regla general encuentra una excepción: España no se considera vinculada con el artículo 3.2 de la CEAL «en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma». Esta salvaguarda debe entenderse referida al nivel supramunicipal de gobierno local y, muy especialmente, a las pro-

(37) Dentro de sus observaciones generales, el «Informe explicativo» de la CEAL afirma que, «en potencia, los principios de la autonomía local enunciados en la Carta se aplican a todos los niveles o categorías de autoridades locales en cada estado miembro, y también, mutatis mutandis, a las autoridades territoriales a nivel regional. Sin embargo, con el fin de prever casos especiales, se permite a las partes excluir a determinadas categorías de autoridades del ámbito de aplicación de la Carta».

vincias, dotadas de legitimación democrática, sin duda, pero indirecta o de segundo grado.

3.3. La obligación de información al Consejo de Europa de la adopción de disposiciones legislativas estatales de adaptación a la Carta

La vinculación del estado contratante a la Carta, en los términos descritos en el apartado anterior, se traduce en la obligación que asume este estado de adaptar su ordenamiento interno a lo dispuesto en la Carta. En relación con el cumplimiento de esta obligación, el artículo 14 de la CEAL impone a los Estados contratantes otra obligación secundaria, de carácter formal e instrumental respecto a la antes indicada, de informar al Consejo de Europa de las medidas de todo tipo, también normativas, incluidas legislativas, adoptadas con ese fin: «Cada parte contratante transmitirá al Secretario General del Consejo de Europa toda la información apropiada relativa a las disposiciones legislativas y otras medidas que hubiera tomado con el fin de adaptarse a los términos de esta Carta»³⁸.

En el caso de España, no nos consta que estas comunicaciones hayan tenido lugar. De confirmarse este hecho, ello supondría el incumplimiento de la obligación arriba indicada.

3.4. El fundamento normativo interno: reconocimiento de la autonomía local en el ordenamiento estatal

La Carta impone a los Estados contratantes la obligación de reconocer la autonomía local en su ordenamiento interno. Así se prescribe en el

(38) El problema más genérico y de fondo que aquí se plantea es el de la existencia de un mecanismo de control que asegure el respeto de la Carta. En este sentido, dentro de sus observaciones generales, el «Informe explicativo» de la CEAL afirma lo siguiente: «La Carta no prevé un sistema institucionalizado de control de su aplicación, más allá de la obligación impuesta a las partes de proporcionar toda la información pertinente relativa a las medidas legislativas o de otro tipo adoptadas con el fin de cumplir con lo dispuesto en la Carta. Es cierto que se contempló la posibilidad de establecer un sistema de control análogo al de la Carta Social Europea. Sin embargo, se consideró posible prescindir de un mecanismo de control complejo, dado que la presencia en el Consejo de Europa de la CLRAE (Conferencia Permanente de los Poderes Locales y Regionales de Europa, por sus siglas en inglés), que tiene acceso directo al Comité de Ministros, aseguraría el control político adecuado del cumplimiento por las partes de los requisitos de la Carta».

artículo 2, bajo la rúbrica de «Fundamento constitucional y legal de la autonomía local», según el cual: «El principio de autonomía local debe estar reconocido en la legislación interna y, en lo posible, en la Constitución».

El ordenamiento español cumple sobradamente la exigencia de la Carta de reconocimiento de la autonomía local. Este reconocimiento, con su correspondiente garantía, se contiene ya en la Constitución, referido tanto al municipio (artículo 140) como a la provincia (artículo 141.2). Se completa con expresas previsiones en los estatutos de autonomía – más desarrolladas en los de última generación, a partir de la línea marcada por el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 – y en la legislación sobre régimen local, tanto en la básica estatal como en las correspondientes autonómicas. A partir de estos datos normativos, tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional aluden cada vez más a la Carta para fundamentar sus sentencias.

Cabe señalar, de manera complementaria, que progresivamente ha ido creciendo en la normativa interna las referencias a la Carta. Además, se observa que, con el paso del tiempo, esas referencias dejan de ser formales o retóricas para adquirir una relevancia sustantiva, llegándose incluso, con toda naturalidad, a la indicación expresa de que la regulación establecida en cada caso debe ser objeto de una interpretación conforme con los postulados de la propia Carta. Todavía más, las referencias últimamente ya no se contienen únicamente en el preámbulo de las leyes, sino que pasan a recogerse en su articulado. Debe notarse, sin embargo, que no hay alusión alguna de la Carta en la Constitución Española. Y tampoco la hay expresa en la legislación básica estatal en materia local, esto es, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Esta ley, en efecto, aunque previa por pocos meses, es casi simultánea a la firma por España de la CEAL, de manera que se sitúa ya en su órbita tendencial³⁹. Sí que aparece ya en algunos de los nuevos estatutos de autonomía⁴⁰. Y empiezan a mul-

(39) En este sentido, T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local*, cit., p. 36.

(40) Así, por ejemplo, en el artículo 89.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (en adelante, EAA), al establecer que las relaciones entre la Administración autonómica y las entidades lo-

tipificarse en las recientes leyes autonómicas de régimen local⁴¹. Cabe advertir, por último, que las referencias a la CEAL se contienen también en las leyes que establecen regímenes especiales para algunas grandes ciudades⁴².

cales debe respetar la autonomía local «reconocida por la Constitución y por la Carta Europea de la Autonomía Local».

(41) Algunos ejemplos sirven de muestra de lo dicho. En el preámbulo de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, LAULA), se reconoce que esta ley define la autonomía local «en los términos de la Carta Europea de la Autonomía Local». Por su parte, el preámbulo también de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana (en adelante, LRLCV), afirma que esta ley cumple con los mandatos estatutarios en la materia y «configura un modelo de Administración local basado en una serie de principios recogidos en dicha norma, en la Constitución Española de 1978 y en la Carta Europea de la Autonomía Local». Muchas más son las referencias contenida en la más reciente Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (en adelante, LILE). En su preámbulo se afirma que la finalidad de la ley es garantizar a las entidades locales vascas plena autonomía local «de conformidad con el espíritu y los principios de la Carta Europea de la Autonomía Local». Se añade, después, que lo que mueve al legislador es la voluntad de robustecer la garantía de la autonomía local, «lo que representa una lectura ciertamente avanzada y adecuada de los principios recogidos en la Carta Europea de la Autonomía Local, que resultará, sin duda, una de las experiencias pioneras en el Estado español a la hora de reforzar el autogobierno local». En definitiva, según se sostiene en el preámbulo, «todo ello porque la Carta Europea de la Autonomía Local constituye una fuente preferente de integración e interpretación de las leyes de régimen local». Estas consideraciones se trasladan después al articulado de la ley vasca. Comenzando por su artículo 1.1, delimitando el objeto el objeto de la ley «de acuerdo con los principios recogidos en la Carta Europea de la Autonomía Local». Alusiones a esta interpretación conforme a lo establecido en la Carta se contienen en otros muchos preceptos de la misma ley en relación con múltiples y relevantes materias (así, artículos 2.2, 4.1.a) y c), 10.1 y 3, 18.1 y 111.2). Por terminar, son igualmente numerosas las referencias a la Carta contenidas en la Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura (en adelante, LGAME). De entrada, en su preámbulo, donde se sostiene que la regulación legal se introduce «siguiendo la estela de la Carta Europea de la Autonomía Local»; que la regulación de la autonomía local «se inspira fundamentalmente en la Carta Europea de la Autonomía Local»; que «la ley toma como patrón de este concepto [la noción de autonomía local] la definición que el artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local realiza»; y que la regulación legal del principio de autoorganización es «también inspirada en la propia Carta Europea de la Autonomía Local (artículo 4)». De manera similar a la ley vasca, la extremeña también lleva al texto articulado las referencias a la Carta. Comenzando por su artículo 1.1, en el momento de delimitar su objeto «de acuerdo con los principios establecidos en la Carta Europea de la Autonomía Local». Aquí también son muchas las alusiones a la Carta con ocasión de la regulación de múltiples e importantes materias (así, artículos 5.2.a), 43.2 y apartado primero de la disposición transitoria séptima).

(42) Pionera, en este sentido, fue la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona (en adelante, LCMB). En su artículo 58.1 se afirma que, para el cumplimiento de las finalidades establecidas en la CEAL, entre otras razones, tanto la legislación del Estado como la de la Generalitat de Cataluña deben asegurar una atribución competencial adecuada al

3.5. *La definición de la autonomía local*

La Carta contiene una definición de autonomía local. En efecto, según dispone el artículo 3.1 de la CEAL: «Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes». Progresivamente, el ordenamiento local español ha ido acercando la definición de la autonomía local a la proporcionada por la Carta, hasta el punto de que, en la actualidad, se identifican plenamente⁴³. Es de interés destacar aquí algunos de los rasgos que caracterizan la definición proporcionada por la Carta⁴⁴ y su contraste con la noción manejada por la normativa interna española:

a) La autonomía definida es genéricamente la “autonomía local”. De manera paralela, su titularidad se reconoce, también de ese modo ge-

Municipio de Barcelona. También se alude a la Carta en la otra ley que completa el régimen especial barcelonés. En concreto, en el preámbulo de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del Municipio de Barcelona (en adelante, LREMB) se afirma la voluntad de hacerse «eco del principio de subsidiariedad, construido en el Derecho Comunitario y plasmado en el artículo 4 de la Carta Europea de la Autonomía Local». Referencias a la Carta se encuentran también, en referencia a los Municipios de Madrid y Zaragoza, respectivamente, en el preámbulo de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (en adelante, LCREM) y de la Ley 10/2017, de 30 de noviembre, de Régimen Especial del Municipio de Zaragoza como Capital de Aragón (en adelante, LREMZ). En el artículo 2 de este último texto legal, bajo la rúbrica de «personalidad jurídica, capacidad de obrar y potestades», se establece una regulación de acuerdo con la CEAL, entre otros textos normativos allí citados.

(43) Sirva de ejemplo, en primer lugar, la definición contenida en el artículo 2.1 de la LREMB: «De acuerdo con la autonomía garantizada constitucionalmente a los municipios, lo previsto en el Estatuto de Autonomía de Cataluña y lo establecido en la Carta Europea de Autonomía Local, se reconoce al Ayuntamiento de Barcelona el derecho y la capacidad efectiva para ordenar y gestionar los asuntos públicos que afecten a sus ciudadanos, en el marco del ordenamiento jurídico, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes». Asimismo, en el preámbulo de la LAULA se afirma, con claridad, que «la ley define la autonomía local, en los términos de la Carta Europea de la Autonomía Local, como el derecho y la capacidad para la ordenación y gestión de una parte importante de los asuntos públicos bajo la propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes». Definición que, en efecto se recoge en el artículo 4.1 de la LAULA.

(44) Usando los términos del «Informe explicativo» de la CEAL, se trata de «las características esenciales de la autonomía local tal como deben comprenderse a efectos de la Carta». Cabe advertir que la definición de autonomía que se recoge y, por tanto, sus notas caracterizadoras, limitan su ámbito de aplicación – como no puede ser de otro modo – a «efectos de la Carta».

neral, a las “entidades locales”. No se encuentra en la Carta una distinción entre distintas modalidades de autonomía local. Correlativamente, tampoco se introducen diferencias respecto a la posición jurídica de tipos de entidades locales o de alguna entidad en concreto (más allá de la previsión de su artículo 13 en relación con la posibilidad de designar categorías de entidades locales a las que se quiera limitar o excluir del campo de aplicación de la Carta).

En el ordenamiento local español se maneja tanto la acepción genérica de “autonomía local” como otras más específicas relativas a tipos concretos de entidades locales (así, entre otras, “autonomía municipal”, “autonomía provincial”, “autonomía insular” o “autonomía comarcal”). Se constata, sin embargo, una frecuente falta de rigor, tanto en el legislador como en la jurisprudencia, a la hora del uso de estas nociones. En este sentido, no es infrecuente hacer alusión a la autonomía local en supuestos en los que se hace realmente referencia únicamente a los municipios. Estas imprecisiones terminológicas son jurídicamente relevantes en la medida en que con esas expresiones se indique un régimen aplicable – al menos parcialmente – diferente. En rigor, el concepto de “autonomía local” debe aludir al denominador común. Además, la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que no son totalmente equiparables la autonomía municipal y la autonomía provincial, identificándoles un distinto contenido esencial, que resulta indisponible por el legislador infraconstitucional (tanto estatutario como ordinario, ya sea estatal o bien autonómico). Está todavía abierta la cuestión acerca de si debe entenderse la autonomía municipal como una categoría uniforme o, por el contrario, debe aceptarse la posibilidad de una diferenciación en su seno en atención a la realidad diversa que caracteriza a los municipios españoles (piénsese, por ejemplo, en la diferencia que efectivamente existe entre los pequeños pueblos rurales y las grandes aglomeraciones urbanas).

b) La autonomía local se define como un “derecho” y como una “capacidad efectiva”. En otros preceptos de la misma Carta, complementariamente, se configura dicha autonomía como un “principio” (así, artículo 2 de la CEAL) o, incluso, en plural, como un conjunto de “principios” (artículo 11 de la CEAL). Conviene destacar la exigencia de “efec-

tividad” en la definición que la Carta proporciona de la autonomía local⁴⁵.

De manera similar a lo que sucede en los países de nuestro entorno, son tan numerosos los estudios doctrinales en España que versan acerca de la naturaleza de la autonomía local que hace baldío el esfuerzo de su cita. Sí que puede destacarse, sin embargo, quizá fruto de la influencia de esta doctrina científica, que el legislador utiliza en este punto una terminología variada que fuerza la necesidad de recurrir a su interpretación.

c) La autonomía local definida atribuye a su titular las facultades de “ordenar” y de “gestionar”. Conviene notar que la autonomía local no queda reducida a la gestión, sino que se extiende a la función de ordenación. De lo que cabe derivar, con naturalidad, el reconocimiento de un contenido normativo de esa autonomía local: la atribución a la entidad local de la potestad normativa que sea necesaria para la ordenación de los asuntos públicos que sean de su competencia. Facultades que, por lo demás, deben poder ser ejercidas de una manera efectiva, por imperativo de la configuración de la autonomía local como la “capacidad efectiva” de las entidades locales de llevar a cabo esa gestión y ordenación.

La legislación española de régimen local, especialmente la más reciente, hace hincapié en la necesidad de que la autonomía local reconocida sea efectiva y que su titular tenga la capacidad real tanto de gestionar como de ordenar los asuntos que le sean propios, eso sí, bajo su responsabilidad⁴⁶. De manera coherente con esta concepción, como ya ha quedado dicho, debe entenderse superada ya en el ordenamiento es-

(45) Según se hace constar en las observaciones al artículo 3 en el «Informe explicativo» de la CEAL: «El concepto de “capacidad” expresa la idea de que el derecho jurídico a ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos debe ir acompañado de los medios para poder ejercerlo efectivamente».

(46) Sirva de ejemplo el preámbulo de la LILE, donde se afirma que uno de sus objetivos «no es otro que el de reforzar y garantizar plenamente la autonomía municipal, lo que implica no sólo el reconocimiento formal de esa autonomía, sino, además, hacerla efectiva materialmente, con el fin de que los municipios vascos dispongan de una capacidad real de ordenar y gestionar sus asuntos propios bajo su entera responsabilidad».

pañol la concepción que reduce la autonomía local, incluida la municipal, a una naturaleza “meramente” administrativa. Al contrario, hoy se impone su consideración como autonomía de naturaleza política. Idea esta que ha sido expresamente recogida en las más recientes normas reguladoras del régimen local⁴⁷.

d) El objeto de la ordenación y gestión es «una parte importante de los asuntos públicos». La imprecisión de la expresión entrecomillada es evidente. No obstante, consta que ha sido querida por la Carta⁴⁸.

(47) Así, por ejemplo, el artículo 9.4 de la LILE afirma: «La autonomía municipal, dotada de contenido político, supone la capacidad de ordenación y gestión que permita a los gobiernos locales la definición y ejecución de políticas propias que excedan de la estricta prestación de servicios». Destaca, en este punto, el reconocimiento estatutario expreso realizado en el artículo 54.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (en adelante, EAE): «Los municipios tienen autonomía política y personalidad jurídica propia». En esta misma dirección se sitúa la LGAME, en cuyo preámbulo, siguiendo el camino marcado por el estatuto extremeño, destaca la calificación de la autonomía local «como autonomía política, lo cual es una novedad en el panorama del bloque constitucional español y refuerza, sin duda, la configuración de esa noción en la línea con lo establecido en la Carta Europea de Autonomía Local. Esa calificación de “política” de la autonomía local, especialmente de la autonomía municipal, no es un dato menor, puesto que, por un lado, conecta la legitimidad democrática directa del nivel de gobierno municipal con el ejercicio de ese poder político que ejercen los ayuntamientos extremeños; y, por otro, tras definir de forma precisa los contornos competenciales de los municipios, pone el foco sobre la necesidad imperiosa de que el gobierno local deba necesariamente priorizar recursos y decisiones, que al fin y a la postre es la esencia de la política, más aún cuando se aplica sobre bienes o recursos escasos». El legislador extremeño de régimen local ha trasladado esta concepción al articulado de la ley. Así, el artículo 7.2 de la LGAME establece: «El municipio dispone de autonomía política y de autonomía de gestión administrativa, así como de autonomía y suficiencia financiera». Complementariamente, el artículo 8.3 de la LGAME afirma que «La autonomía política municipal implica el ejercicio de las facultades de ordenación y gestión para la formulación y puesta en marcha de políticas propias y diferenciadas por parte de los ayuntamientos».

(48) Así resulta de las observaciones al artículo 3 del «Informe explicativo»: «No es posible definir con precisión a qué asuntos debería autorizarse a las autoridades locales a ordenar y gestionar. Las expresiones “asuntos locales” y “asuntos propios” se rechazaron por considerarse excesivamente vagas y difíciles de interpretar. Las tradiciones de los Estados miembros con respecto a los asuntos que se consideran pertenecientes al ámbito de competencia de las autoridades locales varían considerablemente. En realidad, la mayoría de los asuntos tienen consecuencias tanto locales como nacionales, y la responsabilidad con respecto a los mismos puede variar de un país a otro y con el tiempo, e incluso puede ser compartida entre diferentes niveles de gobierno. El hecho de limitar a las autoridades locales a asuntos que no tengan consecuencias más generales conllevaría el riesgo de relegarles a un papel marginal. Por otra parte, se reconoce que los países quieren reservar determinadas funciones, como la defensa nacional, al gobierno central. La intención de la Carta es que las autoridades locales tengan una amplia gama de responsabilidades que puedan ejercer a nivel local. En el artículo 4 se definen estas responsabilidades». El mencionado artículo 4 de la CEAL lleva por rúbrica «Alcance de la autonomía lo-

En nuestra opinión, de este rasgo cabe derivar lo siguiente en el caso de Estados territorialmente compuestos, como es el caso de España. Tomada la decisión constitucional de distribuir el poder público en tres niveles territoriales de gobierno (estatal, intermedio o regional y local), resulta imperativo que a cada uno de ellos les corresponda una parte del todo que se reparte. En otras palabras, de la Constitución se deriva la garantía de que una parte del poder público corresponde a los gobiernos locales: la existencia de lo que podría denominarse una reserva constitucional de poder local. Esta reserva se vincula al reconocimiento constitucional de la autonomía local. Ahora bien, el legislador constituyente no ha determinado el contenido de la reserva, es decir, no ha delimitado con precisión el poder constitucionalmente garantizado a las entidades locales. Esta decisión se ha dejado en manos del legislador infraconstitucional: tanto del estatutario (en la regulación sobre régimen local contenida en los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas) como del ordinario (en la ley estatal y en las leyes autonómicas reguladoras del régimen local, según los criterios de distribución de competencias sobre la materia entre el Estado y las comunidades autónomas).

e) Las facultades contenidas en la autonomía local se ejercen por la entidad local “bajo su propia responsabilidad”. La responsabilidad es la otra cara de la moneda del poder de decidir. En otras palabras, la autonomía asegura un ámbito de decisión propio al sujeto que, complementaria y necesariamente, debe asumir la responsabilidad derivada de las decisiones adoptadas⁴⁹.

cal» y se ocupa de las competencias locales. Queda clara así la conexión entre autonomía local y competencias locales, constituyendo estas últimas un contenido necesario de la primera. Debe advertirse, sin embargo, que la dificultad existente para la determinación concreta de los “asuntos públicos” objeto de la autonomía local se traslada igualmente a la labor de delimitación de las competencias de las entidades locales. En las observaciones al artículo 4, el «Informe explicativo» de la CEAL afirma: «Como se ha explicado en las observaciones sobre el artículo 3, no es posible enumerar de manera exhaustiva las competencias y responsabilidades que deberían conferirse a las autoridades locales en toda Europa, ni sería apropiado intentarlo. Sin embargo, este artículo establece los principios generales en los que se deberían basar las responsabilidades de las autoridades locales y la naturaleza de sus poderes».

(49) En las observaciones al artículo 3, el «Informe explicativo» de la CEAL afirma al respecto: «La expresión “bajo su propia responsabilidad” pone de relieve que las autoridades locales no deberían limitarse simplemente a actuar como agentes de autoridades superiores». La decisión au-

El reconocimiento a la entidad local, en especial al municipio, de la capacidad de adoptar y ejecutar políticas propias y diferenciadas guarda íntima conexión con la configuración de su autonomía como política, en los términos ya expuestos. En el ordenamiento jurídico español, algunas leyes autonómicas locales, sobre todo las más recientes, expresamente reconocen esta capacidad⁵⁰.

f) Las facultades contenidas en la autonomía local se ejercen por la entidad local «en beneficio de sus habitantes». Como toda entidad pública, también las locales tienen un carácter vicarial: su existencia misma se justifica por la consecución de las finalidades de interés público que tiene encomendadas por el ordenamiento jurídico. Precisamente por ello sus potestades son instrumentales, de ejercicio obligatorio y en beneficio ajeno, esto es, de los ciudadanos destinatarios de su actuación.

Es habitual que las normas españolas sobre régimen local afirmen que la atribución de competencias realizada a favor de las entidades locales, en particular de los municipios, se hace para que sean ejercitadas en beneficio de la colectividad local. Esto resulta común, por ejemplo, en la redacción de las cláusulas de reconocimiento de una competencia general municipal⁵¹. Más novedoso resulta, en cambio, la afirmación de que esa colectividad constituye una comunidad única⁵².

tónoma, en efecto, responde a la idea de manifestación y desarrollo de un poder propio y no a la de ejecución de una voluntad ajena. En definitiva, la autonomía debe permitir a la entidad local titular la adopción de políticas propias y diferenciadas.

(50) Sirva de ejemplo el artículo 4.3 de la LAULA: «Al amparo de la autonomía local que garantiza esta ley, y en el marco de sus competencias, cada entidad local podrá definir y ejecutar políticas públicas propias y diferenciadas». En este mismo sentido, artículo 9.3 de la LILE y artículo 8.2 y 3 de la LGAME.

(51) Así, el artículo 86.3 del EAC establece: «El presente Estatuto garantiza al municipio la autonomía para el ejercicio de las competencias que tiene encomendadas y la defensa de los intereses propios de la colectividad que representa».

(52) Así lo quiso dejar claro, por ejemplo, el preámbulo de la LAULA: «La ley regula la autonomía local como la integración de municipios y provincias en una sola comunidad política: autonomía municipal y autonomía provincial forman un sistema que el legislador delimitador de competencias ha de tomar como referencia».

g) Las facultades contenidas en la autonomía local se ejercen “en el marco de la ley”. Esta nota apunta al carácter secundario o derivado de la autonomía, en contraposición al concepto de soberanía⁵³. Y también a su carácter limitado: la noción de autonomía va indisolublemente unida a la idea de limitación, es decir, a la idea de limitación de los poderes en que consiste tal autonomía⁵⁴. La autonomía, en definitiva, es una institución de configuración legal⁵⁵.

La normativa local española ha recogido también esta expresión en la definición de la autonomía local. En un sentido distinto, en sede jurisprudencial, el empleo de la expresión “en el marco de la ley”, u otras similares, ha servido de fundamento para sostener que, en relación con las entidades dotadas de autonomía, el principio de legalidad administrativa debe ser entendido no en su acepción de vinculación positiva, sino de vinculación negativa a la ley⁵⁶.

3.6. La conexión entre autonomía local y democracia. El Protocolo Adicional a la Carta sobre el derecho a participar en los asuntos de la autoridad local

La autonomía local es configurada en la Carta en estrecha conexión con la democracia. Ello explica las reiteradas menciones que se realizan en su preámbulo a esta última noción⁵⁷. De manera coherente con

(53) A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, 2001, pp. 68-74.

(54) A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, cit., pp. 74-76.

(55) En este sentido se pronuncia, el «Informe explicativo» de la CEAL, en las observaciones que formula a su artículo 3: «Al incluirse la expresión “en el marco de la ley” se reconoce el hecho de que este derecho y esta capacidad pueden ser definidos con mayor precisión por la legislación».

(56) A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, cit., pp. 214-226; y, del mismo autor, *La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local*, en *Revista Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI)*, 8, 2010, pp. 1-27.

(57) Así, de entrada, se afirma «que las entidades locales son uno de los principales fundamentos de un régimen democrático». Sobre esta base, sus redactores son «conscientes de que la defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder». De manera que «esto supone la existencia de entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas úl-

esta premisa, ya en el articulado de la Carta, después de definir la autonomía local como el derecho (y la capacidad efectiva) de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes, el artículo 3.2 de la CEAL establece que: «Este derecho se ejerce por asambleas o consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, el referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la ley»⁵⁸. De este precepto se deriva la imposición del carácter democrático a las entidades locales. Para los redactores de la Carta, la clave de la democracia local es la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad de la entidad local. Participación que puede ser indirecta (a través de la elección de representantes) o bien directa (mediante mecanismos de democracia directa). Por esta razón, en su preámbulo se sostiene que «el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a todos los Estados miembros del Consejo de Europa» y «que en este nivel local este derecho puede ser ejercido más directamente». Pues bien, con la finalidad de reforzar el derecho de participación de los ciudadanos en el nivel local de gobierno se ha redactado el Protocolo Adicional a la Carta Europea de la Autonomía Local sobre el derecho a participar en los asuntos de la autoridad local, texto hecho en Utrech, el día 16 de noviembre de 2009⁵⁹.

timas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión». Dentro de sus observaciones generales, el «Informe explicativo» de la CEAL afirma que «la Carta expresa la convicción de que el grado de autonomía del que disfrutan las autoridades locales puede considerarse la piedra angular de una verdadera democracia», y añade después que la autonomía local es «uno de los pilares de la democracia que el Consejo de Europa tiene por misión defender y desarrollar».

(58) En relación con este apartado 2 del artículo 3, el «Informe explicativo» de la CEAL afirma: «Los derechos de autonomía local deben ser ejercidos por autoridades constituidas democráticamente. Este principio está de conformidad con la importancia que concede el Consejo de Europa a formas democráticas de gobierno».

(59) En la línea ya marcada por la CEAL, el preámbulo de su Protocolo Adicional reitera la idea

Debe advertirse que España no ha firmado el Protocolo Adicional de la CEAL. Como es sabido, la aplicación de la CEAL en España ha sido objeto de seguimiento por parte del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, a través de visitas de *monitoring* realizadas en 2002 y en 2013, esta última en pleno proceso de elaboración de la controvertida Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Debe señalarse que la Recomendación 336 (2013)⁶⁰ constata que España «tiene buenas prácticas» respecto al derecho a participar en los asuntos públicos a nivel local, aunque advierte que «aún no ha firmado el Protocolo Adicional»⁶¹. Concluye que «como parece haber un cumplimiento *de facto* con el Protocolo Adicional, los relatores alientan a las autoridades nacionales a iniciar un debate sobre la firma y ratificación de este instrumento del Congreso en un futuro próximo» (incluido dentro de las “observaciones finales”, apartado 245)⁶².

de que «el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos es uno de los principios democráticos que comparten todos los Estados miembros del Consejo de Europa». Y que «la evolución que ha tenido lugar en los Estados miembros ha mostrado la vital importancia de este principio para la autonomía local». Por este motivo, se lleva a la conclusión de que «sería apropiado complementar la Carta [CEAL] con disposiciones que garanticen el derecho a participar en los asuntos de la autoridad local».

(60) Debatida y adoptada por el Congreso de Poderes Locales y Regionales el 19 de marzo de 2013, siendo relatores Marc Cools, de Bélgica, y Leen Verbeek, de Holanda. Da seguimiento a la Recomendación 121 (2002) y a las dos visitas de monitoreo realizadas del 5 al 8 de junio de 2012 y el 14 de enero de 2013.

(61) El apartado 3.2 de la Recomendación se dedica específicamente al Protocolo Adicional. En él se afirma lo siguiente: «Con respecto al derecho a participar en los asuntos públicos a nivel local en España, los relatores señalan que España tiene buenas prácticas a este respecto. Uno de los ejemplos es el hecho de que España otorga a los residentes no nacionales el derecho a participar en las elecciones municipales de España si son residentes oficiales de España y ciudadanos de la Unión Europea o ciudadanos de un país con el que España tiene un acuerdo de reciprocidad» (apartado 178). Y continúa: «Otro ejemplo de participación directa que los ponentes desearían destacar son los referendos regionales organizados en toda España. En este sentido, los relatores señalan que España, a pesar de algunos ejemplos positivos sobre la participación en los asuntos públicos, aún no ha firmado el Protocolo Adicional a la Carta Europea de la Autonomía Local sobre el derecho a participar en los asuntos de una autoridad local» (apartado 179). Y concluye: «Se informó a los relatores de que la firma de este Protocolo requiere el acuerdo de las comunidades autónomas. Los relatores alientan a las autoridades nacionales a incluir este tema en la agenda de discusión de la Conferencia de Presidentes para firmarlo y ratificarlo en un futuro próximo» (apartado 180).

(62) T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de la Autonomía Local*, cit., pp. 37-38.

Compartimos la valoración hecha por el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa. Lo que no obsta, evidentemente, para que sigan abiertos multitud de temas directamente relacionados con la calidad de la democracia local. Entre otros, pueden destacarse la discusión permanente acerca de la conveniencia de la reforma del sistema electoral local (no solamente municipal, sino también provincial y metropolitano), el debate sobre el grado óptimo de parlamentarización del modelo de gobierno municipal, así como los aspectos relacionados con la transparencia, con el uso de las nuevas tecnologías y los relativos al estatuto de los electos locales, entre otros, la mejora del derecho de acceso a la información o la introducción de mecanismos de delegación de voto o voto telemático en supuestos en los que resulte justificada la ausencia en la sede de las votaciones. Desde una perspectiva más amplia, en el contexto de las numerosas medidas normativas adoptadas con ocasión de la reciente crisis económica, parece necesario replantearse el equilibrio entre democracia y economía en el nivel local de gobierno. En particular, es preciso analizar hasta qué punto y de qué manera aquellas medidas – incluida una reforma constitucional – pueden haber provocado una mutación de la noción misma de autonomía local, desplazando el eje democrático a favor de una aplicación más intensa de principios estrictamente económicos relacionados con la eficiencia, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera⁶³.

(63) Un examen de estas cuestiones en A. GALÁN GALÁN, J.C. COVILLA MARTÍNEZ, T. FONT I LLOVET, R. GRACIA RETORTILLO, M. VILALTA REIXACH, *Nous governs locals: regeneració política i estabilitat pressupostària*, Institut d'Estudis de l'Autogovern, 2016.

Reflexiones para una reforma de la administración local en España*

Luis Cosculluela Montaner

Partendo dal presupposto che una riforma dell'amministrazione locale richieda l'intervento del legislatore statale, il solo che, in base alla Costituzione, detiene la competenza in materia, il saggio ripercorre tutte le principali questioni oggetto di dibattito attuale in Spagna. A partire dalla garanzia dell'autonomia locale, intesa sia come salvaguardia del territorio che delle competenze, si affronta anzitutto il tema della revisione necessaria della mappa municipale e si mette in discussione il tentativo di spostamento delle competenze a favore del livello provinciale. Si esaminano, poi, le proposte di riforma in tema di forma di governo comunale, relazioni tra politica ed amministrazione locale, istituti della partecipazione popolare, forme di decentramento. Emerge un quadro in divenire, in cui appare evidente la necessità di un nuovo intervento quadro del legislatore statale, dopo i controversi effetti della Ley de racionalización y sostenibilidad del 2013.

1. Presupuestos constitucionales

La reforma de la Administración local tiene forzosamente que partir de los presupuestos que impone cada Constitución. Los presupuestos constitucionales en España se encuentran esencialmente, pero no únicamente, en el Título VIII, “De la Organización Territorial del Estado”, de la Constitución Española (en adelante, CE). En síntesis, de dicho Título resultan los siguientes presupuestos de la organización local: la obli-gada organización del territorio español en Municipios y Provincias; la elección democrática de sus dirigentes; la garantía de su autonomía pa-

* Texto revisado de la conferencia pronunciada en el Seminario “*Riformare l'amministrazione locale e il suo diritto: un confronto sull'esperienza spagnola*”, SPISA, Bolonia, 4 junio 2019. Su realización responde a los objetivos del Proyecto I+D+i del Plan Nacional, *Las Entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea*, (DER2016-74843-C3-1-R) en el que colaboro como miembro.

ra la gestión de los intereses de la Entidad local; la suficiencia financiera para el desempeño de las funciones que la ley les atribuye. Pero también deben entenderse aplicables como presupuestos constitucionales: a) el carácter bifronte del régimen local, deducido por el Tribunal Constitucional de lo dispuesto en el artículo 149.1.18º CE, que reserva al Estado la legislación de las bases del régimen local, y a las Comunidades Autónomas su desarrollo o – mejor – complemento;

b) el equilibrio presupuestario, que impone a las Entidades Locales el artículo 135.2. CE y que reserva al Estado la regulación por ley orgánica de la determinación de los límites de déficit y deuda entre las distintas Administraciones Públicas (art. 135.5 CE);

c) los principios que los artículos 103 105, y 106 CE imponen a toda Administración Pública, incluidas las Entidades locales. Entre ellos, destacan los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y sometimiento pleno a la ley y al derecho. En definitiva, estos principios consagran el llamado modelo jurídico del Estado de derecho y de lealtad a la pertenencia a un mismo Estado, con una sola Constitución.

Estos presupuestos no están excluidos en cuanto a su reforma, siempre posible en el ordenamiento español por el procedimiento agravado del artículo 168 CE, pero, si la Constitución no se modifica, las Entidades locales tienen garantizada su defensa mediante el denominado conflicto en defensa de la autonomía local. Además, con las medidas que al Estado y a las Comunidades Autónomas reservan la Constitución y las leyes, legitimando su acción ante los Tribunales, tienen la vía procesal contra medidas que supongan la vulneración de sus propias competencias, de la Constitución o de las mismas leyes.

Estos presupuestos constitucionales no pueden ser ignorados, aunque supongan una competencia estatal muy extensa. En comparación, es cierto que, en el sistema constitucional alemán, el régimen local está remitido en gran parte a la regulación por los *Länders*. En España, en la primera década de este siglo, ha surgido una posición que intenta seguir esta senda, y sostiene la denominada interiorización del régimen local¹.

(1) El alcance y fundamento de la citada interiorización del régimen local es un tema doctrinalmente debatido. Puede afirmarse que sus patrocinadores intelectuales fundamentales han sido los

Con base en esta tesis, se declara en algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía reformados que el régimen local pertenece al sistema institucional básico de las Comunidades Autónomas, y se regulan algunos aspectos fundamentales de las Entidades locales, ignorando otros que ocupan también una posición central en la legislación estatal, que es, según la Constitución, legislación básica. El tema, que suscitó una amplia polémica doctrinal, fue resuelto por el Tribunal Constitucional en el recurso presentado contra determinados preceptos del Estatuto catalán de 2006. Sentencia que, en lo referido al régimen local, avaló la constitucionalidad de los preceptos impugnados, estableciendo que, en ningún caso, los preceptos estatutarios podían vulnerar lo que la Constitución reservaba como competencia básica del Estado. Lo que literalmente se oponía a lo dispuesto en el artículo 84.3 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, según el cual los Municipios se rigen por las leyes aprobadas por el Parlamento autonómico (el *Parlament de Catalunya*), por el principio

profesores catalanes Tomás Font i Llovet y Alfredo Galán Galán, que dirigen el Anuario de Gobierno Local, a los que se ha unido el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Francisco Velasco Caballero; aunque a esta orientación se han ido sumando otros profesores catalanes y no catalanes. La doctrina de la interiorización autonómica del régimen local parte de la premisa de que la Constitución española no otorga un título competencial claro al Estado para legislar en materia de régimen local. Ciertamente, el régimen local no aparece expresamente mencionado en el art. 149.1 Ce. Sí que aparecía, en cambio, en los borradores proporcionados por el Gobierno al partido de la Ucd (Unión de Centro Democrático), que lo sustentaba, y que, a través de sus tres representantes en la Ponencia constitucional, fueron algunos de los textos con los que inicialmente trabajó la Ponencia. No obstante, tempranamente, el Tribunal Constitucional se cuidó de integrar el régimen local en el art. 149.1.18 Ce, dentro de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, con el argumento de que las Entidades locales son primariamente Administraciones Públicas. De aquí se siguió una interpretación, que avaló la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que concluía lo siguiente: primero, que el régimen local tenía una significación bifronte, que implicaba que su legislación correspondía tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas; y, segundo, que al Estado sólo le correspondía aprobar las bases de dicho régimen jurídico y a las Comunidades Autónomas todo lo no establecido en dichas bases (lo que impropriamente se ha denominado el desarrollo de dichas bases). Pero la doctrina de la interiorización autonómica del régimen local afirma que esta materia debe ser primariamente una cuestión a regular en el propio Estatuto de Autonomía, que vendría así a condicionar el alcance de la propia legislación básica dictada por el Estado respecto al régimen local. Tomás Font llega a sostener que el Estatuto de Autonomía debería considerarse una especie de “Constitución territorial” e, incluso, llega a afirmar que el Estado, al fijar las bases del régimen local, deberá respetar los Estatutos, en especial en lo que dispongan para ampliar al contenido competencial de estas entidades. Para un análisis más amplio de esta teoría vid. T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El gobierno local en los aniversarios de la Constitución y de la Carta Europea de Autonomía Local*, en *Anuario del Gobierno Local*, 2018; y T. FONT I LLOVET, *Estatutos de Autonomía y Gobierno local: la Constitución territorial local*, en *Reforma estatutaria y Régimen local*, Ed. Civitas, 2011, p. 69 ss.

de subsidiaridad y de conformidad con la Carta Europea de la Autonomía Local. Es decir, sin incluir ninguna mención ni a la legislación básica del Estado ni a la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha venido, por tanto, a zanjar la polémica sobre esta solución legislativa en su sentencia 32/2010 (referida al estatuto catalán) que, en su fundamento jurídico 36, considera que la regulación estatutaria sólo tiene un límite en esta materia: respetar las competencias que la Constitución Española establece a favor del Estado y que se derivan fundamentalmente del art. 149.1. 18ª CE, por cuanto la expresión “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” engloba a las Administraciones locales. Lo que supone una reafirmación del carácter bifronte del régimen local.

Hago esta pequeña introducción para advertir que la reforma del régimen local no puede hacerse desde la legislación autonómica, ni con el apoyo sólo de los estatutos de autonomía, en su doble carácter de norma fundamental de la Comunidad Autónoma y ley orgánica estatal, sino que cualquier reforma debe tener en cuenta primariamente los presupuestos constitucionales, y, si fuera necesario, modificando la propia Constitución. Las previsiones de algunos estatutos de autonomía solo condicionan la legislación de la propia Comunidad Autónoma y no las competencias que al Estado le atribuye la Constitución.

Sentados estos principios que impone la Constitución, vamos a centrar nuestro análisis en algunos temas que considero esenciales para abordar una reforma del régimen local dentro del marco constitucional, advirtiendo que no son los únicos a tener en cuenta. Así, por ejemplo, no se toman en consideración los temas financieros, ni la organización de las Áreas metropolitanas, que en España son competencia de las Comunidades Autónomas.

2. Reforma local y garantía de la autonomía de las Entidades locales

La garantía constitucional de la autonomía local admite varias interpretaciones. Destacamos seguidamente dos de ellas.

La primera interpretación guarda relación con la posibilidad de supresión de Municipios o de su sustitución por otro tipo de entidades distintas. Tal posibilidad sólo se contempla expresamente en la Constitución con relación a la Provincia en el art. 141, que prevé la posibilidad

de que por ley puedan crearse agrupaciones de Municipios diferentes de la Provincia. Con relación a la reforma municipal, el Tribunal Constitucional, en una polémica sentencia, no admitió la denominada comarcalización de los Municipios, particularmente de los pequeños, con lo que declaró la inconstitucionalidad de esta modalidad de reforma de la planta municipal que, como es sabido, es uno de los más graves problemas que tienen los Estados europeos, en particular los de raíz latina. A este tema me referiré más adelante.

Los estatutos de autonomía, reformados en la primera década de este siglo, han enriquecido las previsiones sobre las Entidades locales no básicas (Comarcas, Áreas metropolitanas) y también respecto a las entidades inframunicipales, aunque este tema ha sido en parte enmendado por el legislador estatal. Pero, sobre todo, los estatutos reformados han previsto un incremento de las competencias municipales en comparación con las previstas en la Ley de Bases estatal, lo que el Tribunal Constitucional avaló en cuanto no suponga minoración de las previstas en dicha ley ni suponga una invasión sectorial de otras competencias estatales. Pero ningún estatuto ha abordado una verdadera reforma del régimen local en cuanto a la planta municipal, que aparece dominada cuantitativamente por el “minimunicipalismo”.

La segunda interpretación de la garantía de la autonomía local es la que implica una garantía de las competencias locales, tema que abordaremos con posterioridad.

3. Garantía territorial y reforma de la planta municipal

En el contexto de la crisis económica que sufre España, junto a otros países de la Unión europea, el legislador español ha aprobado la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (Ley 27/2013). Ha sido una oportunidad de hacer efectiva una reforma de las Entidades locales en profundidad, en particular en lo que se refiere a la planta municipal. Este último tema está auspiciado por la mayor parte de la doctrina española y reiteradamente por algunos políticos, a lo largo de los siglos XIX, XX e inicio del XXI, si bien en la actualidad no faltan numerosas voces en contra de medidas drásticas de supresión de Municipios, como veremos.

Dicha reforma se ve por algunos autores, en particular por quienes han

tenido responsabilidades políticas o administrativas en estos temas locales, como algo ineludible, con independencia de la crisis económica. Pero lo cierto es que la crisis ha sido y es la gran dinamizadora de la mayor parte de las reformas administrativas y, en este sentido, la crítica ha resultado fácil para los no partidarios de una reforma en profundidad de la planta municipal.

Pasamos a examinar algunos elementos que hay que tener en cuenta a la hora de abordar esta reforma.

Si repasamos brevemente la historia de esta cuestión en el Derecho español, podemos destacar que la planta de la Administración local vigente se forja en el siglo XIX. La municipal arranca de la Constitución española de 1812 y la provincial de 1833 o de 1870, según contemplemos la Provincia como Entidad local o como división periférica del Estado con fuertes competencias en lo local. Los Municipios españoles son deudores, como en general lo han sido los de todos los Estados europeos continentales, de las reformas llevadas a cabo por los revolucionarios franceses a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Influencia que en España se inicia en Cádiz, en plena lucha contra el invasor francés. Las Cortes de Cádiz aprobaron el Decreto LXXXII, de 6 de agosto de 1811, suprimiendo los señoríos jurisdiccionales nobiliarios y de los obispados y órdenes religiosas, con lo que se abría la necesidad de organizar la Administración Pública de las poblaciones encuadradas en dichos señoríos. Labor que hace el art. 309 de la Constitución de 1812, que generaliza en España la implantación de los Ayuntamientos para el gobierno interior de los pueblos. Paralelamente, su art. 310 prevé que se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no lo tengan y en que convenga que lo haya, no pudiendo dejar de haberlos en los pueblos en los que por sí y con su Comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente.

La Constitución de Cádiz no quiso que tuviera lugar la creación de Municipios que resultaran inviables económica y administrativamente y, por esta razón, fijó un límite mínimo de mil almas para la creación de los nuevos Ayuntamientos, utilizando, por tanto, el índice de población como referencia. Sin embargo, las presiones políticas, impulsadas por razones muy variadas (caciquismo local, defensa del puesto político, romanticismo, sentimentalismo casi atávico al lugar de nacimiento, conveniencia

de fijar la población en el medio rural, etc.) que volveremos a ver aparecer siempre que se trate de reformas (entonces implantación) del régimen municipal, obligaron a las Cortes Generales a aprobar un Decreto de 12 de mayo de 1812 y otros posteriores que permitieron la creación de Ayuntamientos en poblaciones con un número inferior de vecinos.

Con este antecedente, el número de Municipios españoles alcanza la cifra de más de varios miles (llegaron a ser más de 11.000), claramente excesiva, tal y como habían intuido los constituyentes gaditanos al tratar de imponer el límite mínimo de los mil habitantes. Las consecuencias en el resto de los Estados europeos que adoptaron la solución revolucionaria francesa fueron también objeto de crítica generalizada, que sólo se plasmó en reformas efectivas para reducir el número de Municipios a los “administrativamente viables” en el siglo XX.

Ciertamente, en nuestra historia legislativa no han faltado intentos de emprender reformas de la planta municipal. En el siglo XIX, La Ley de Organización y Atribuciones de los Ayuntamientos, de 8 de enero de 1845, posibilitó la reducción de los 11.271 Municipios a los que se había llegado, hasta 9.355, exigiendo un proceso que duró doce años. La ley exigía un mínimo de 30 vecinos (equivalentes a 150 habitantes, porque el término vecino se equiparaba a cabeza de familia). Los de menor número debían agregarse a otro o fusionarse entre varios para formar un nuevo Ayuntamiento.

Por su parte, la Ley de Ayuntamientos de 1866 previó la supresión de los Municipios de menos de 1.000 habitantes, que no llegó a ser realidad por la Revolución de 1868. Y la Ley Municipal de 1877, en su art. 4, disponía la supresión de un Municipio y su agregación a otro o a varios de sus colindantes si así lo acordaran los Ayuntamientos y la mayoría de sus vecinos, por carencia de recursos y también cuando los cascos de los pueblos se confundían y no sea fácil determinar sus límites; y en su art. 2 imponía, para crear un nuevo Municipio, contar con 2.000 habitantes y medios para sufragar los gastos, aunque no suprimió los Ayuntamientos ya creados que no cumplieran esos requisitos.

Ya en el siglo XX, los Proyectos de Moret de 1902 exigían 500 habitantes y, por debajo de esa cifra, debían ser agrupados con los más próximos; el de Maura de 1903, exigía 200 habitantes; y el de Romanones de 1906, volvió a los 500 habitantes.

La Dictadura de Primo de Rivera y el Estatuto Municipal se olvidan de la reforma de la planta municipal, dado el reconocimiento expreso del carácter natural del Municipio. En cambio, el régimen franquista redactó un Proyecto de Gobierno Local en 1941, en el que se exigía 2.000 habitantes. El problema de la reforma de la planta municipal se traslada a las Leyes de Régimen Local, que no terminan de enfrentarse con él, aunque sigue vivo en posiciones doctrinales y en entidades vinculadas a la Vida Local, como el IEAL (Instituto de Estudios de la Administración Local) o los cursos de Peñíscola, que postularon directamente la supresión de los pequeños Municipios (así, autores tan destacados como Albi o Jordana de Pozas) o la comarcalización de los pequeños Municipios (así, Martín Retortillo y Martín Mateo). Finalmente, los gobiernos franquistas suprimieron 1.025 Municipios al amparo de la Ley de 48/1966, que preveía beneficios para los Municipios agrupados o fusionados. Y la Ley Especial de Madrid suprimió otros circundantes de la capital mediante su anexión a Madrid; en concreto, se suprimieron Ayuntamientos, algunos de los cuales son actualmente barrios muy significados de la capital. El resultado final del régimen franquista, en este punto, es que al terminar dicho régimen se llegó a la cifra de 8.022 Municipios. En la recta final del franquismo, la Ley de Bases de 1975 autorizó al Gobierno a extinguir (integrando sus competencias en la entidad municipal comarcal que previó) los Municipios de menos de 1.000 habitantes y la agrupación forzosa de los de menos de 2.000 (ampliable a los de 5.000).

En todo caso, lo cierto es que la cifra actual, la del número de Municipios que existen hoy en día, sigue siendo muy elevada: más de 8.131, el 84 % de los cuales no alcanzan los 5.000 habitantes. Y algunos muchos menos, como Illán de Vacas (Toledo) que sólo tiene 5 vecinos.

Abordando ahora el tema desde una perspectiva más amplia, se puede observar como la política de adaptación de la planta municipal, heredada de la influencia francesa, a los nuevos tiempos, se ha generalizado en el siglo XX en Europa, con el objetivo de que los Municipios tengan una dimensión que les permita el desempeño de las funciones y servicios públicos que tienen atribuidos. La reforma municipal en Europa se ha orientado hacia la supresión de aquellos Municipios que son verdaderos fantasmas administrativos, viejas carcasas vacías de contenido real o insuficientes para el desempeño de la función que la ley les asigna.

Por la misma razón, la generalidad de la doctrina aspira a que lo mismo ocurra en España en el siglo XXI.

Han sido varios los Estados europeos que han reformado la planta municipal para adaptarla a los nuevos tiempos, habiendo partido también de una generalización excesiva de los mismos por influencia de las ideas de la Francia revolucionaria, que sigue conservando hasta 36.571 *communes*. Los primeros Estados europeos que, en la década de los 50 y 60, emprendieron la reforma de la planta municipal con una política de supresión de los pequeños Municipios, fueron los siguientes: Suecia, que en los años 50 (1952) pasó de 2.498 a 1.037 Municipios; y Noruega, que pasó de 744 Municipios a 443. Y en la década de los 70, Dinamarca en 1970 pasó de 1.300 Parroquias rurales y 87 Municipios a 275 Municipios y en la última reforma a 98 Municipios; Bélgica en 1971 pasó de 2.359 a 589 Municipios; y Holanda pasó de 935 Municipios a 647. En esta misma línea, destaca la reforma emprendida por la República federal Alemana entre los años 1967 y 1978, que supuso pasar de 24.000 Municipios a 8.505, número que ha aumentado hasta 12.141 tras la unificación. También Austria pasó de 3.879 Municipios a 2.301.

Más recientemente, con el estallido de la crisis económica, Grecia, en el año 2010, orientó su reforma teniendo como objetivo que el Municipio contase con 10.000 habitantes, lo que supuso que dejara subsistentes 355 Municipios de los 1.034 existentes con anterioridad. Portugal está inmersa en una operación de reducción de sus Entidades locales, especialmente de sus Parroquias civiles, contando con un número de Municipios bajo (308) por las drásticas reducciones llevadas a cabo en el siglo XIX².

La tarea de la reforma de la planta municipal no es, pues, un tema ni novedoso ni oportunista. No puede insertarse exclusivamente, como ha dicho algún autor y los propios políticos, en una reducción del gasto público que impulse la crisis económica. De hecho, la reducción de los pequeños Municipios no incidiría sustancialmente en la reducción del gasto público. Es, por el contrario, un tema que se conecta a la efica-

(2) En Italia sólo se ha establecido el requisito, para crear un nuevo Municipio, de que cuente con 10.000 habitantes. Pero no se ha impuesto una reducción del número de Municipios, que superan los 8.000, al igual que en España, sino una política de incentivación de la fusión de los pequeños Municipios.

cia administrativa en términos de prestación de servicios a los administrados y, todavía hoy, de lucha frente al moderno caciquismo político, que representan algunas formaciones políticas *ad hoc* y que se parapetan en viejas doctrinas sobre la representatividad política de cualquier núcleo de población sin consideración a su dimensión demográfica ni a su sostenibilidad financiera.

Pasamos a examinar los criterios que deben presidir la reforma de la planta municipal.

El primero es el demográfico, lo que tradicionalmente se ha tenido en cuenta como indicador resumen de otros criterios, porque la población residente en una entidad local refleja cual es el potencial económico de esa comunidad humana y, por tanto, cual es el marco de la acción económica empresarial, susceptible de retener y atraer más población, especialmente la joven que es la garantía de su futuro.

En segundo lugar, nos encontramos con el criterio de la eficacia administrativa de las Administraciones públicas, que exige una cierta dimensión de su estructura burocrática. La suficiente para garantizar la prestación de la mayoría de los servicios públicos necesarios para la vida en la entidad local.

En tercer lugar y directamente relacionada con los anteriores criterios, la suficiencia económica o, si se prefiere, la sostenibilidad financiera de la entidad. No hablamos del ahorro público, sino de la sostenibilidad financiera razonable de la Administración Pública prestadora de esos servicios. En cuarto lugar, la representación política de todos los ciudadanos en el gobierno de los intereses locales, con independencia de su localización geográfica.

Hay que reconocer que sobre la utilización de estos criterios no hay consenso doctrinal. Queda descartada la comarcalización por fusión o agrupación forzosa de los Municipios integrados en la Comarca, según una interpretación discutible realizada por el Tribunal Constitucional. Por otro lado, la doctrina científica es crítica con una perspectiva de reforma que se base esencialmente en la eficacia y/o en la sostenibilidad económica de los Municipios. De hecho, la reforma de 2013 de la legislación básica estatal del régimen local tiene un origen hacendístico, provocando que la preocupación financiera sea en ella un criterio fundamental. En cuanto a las medidas concretas que arbitra, se limitan a

una incentivación del régimen de fusiones voluntarias de los pequeños Municipios que no ha tenido ningún resultado efectivo; a una previsión limitativa para la creación de nuevos Municipios de menos de 5.000 habitantes; a mantener una posición contraria frente a las entidades locales menores; y a llevar a cabo una remisión generalizada de las Entidades locales no básicas a la legislación de las Comunidades Autónomas. Su preocupación fundamental ha sido el control financiero y las medidas tendentes a controlar y reducir el gasto de las Entidades locales. Junto a esta débil política frente a la necesidad de reforma de la planta municipal, se ha apostado por la provincialización de la vida local, potenciando la coordinación, la colaboración y la cooperación de las Diputaciones provinciales en la labor de asistencia a los pequeños Municipios. Tema que desarrollaremos más adelante.

Frente a la solución adoptada por la Ley de modernización 2013, cabe hacerse algunas preguntas que pueden ilustrarnos las razones para aceptar o rechazar los criterios establecidos por el legislador español. Pasamos a formularlas a continuación.

Primera pregunta: ¿Cuál sería la cifra de población que equivaldría hoy a las 1.000 almas de 1812?

Para responder este interrogante hemos de tener en cuenta varias cuestiones. En primer lugar, hay que considerar separadamente a algunos Municipios que no pueden ser medidos por el mismo rasero que el resto: es el caso de los de montaña, que se sitúan en zonas orográficamente difíciles en cuanto a las facilidades de comunicación de los núcleos habitados; y los turísticos, que multiplican de forma muy notable su población en épocas estacionales, especialmente en verano.

Para los demás Municipios debería considerarse la enorme transformación que han supuesto las actuales vías y medios de comunicación, que acortan los tiempos de acceso a las instalaciones de los distintos servicios, caso de que precisen concentrarse en otros pueblos vecinos a los que pudieran suprimirse. Igualmente, debe atenderse a las nuevas necesidades de prestaciones públicas, muy diversas de las de principios del siglo XIX, muchas de las cuales requieren, en función de las economías de escala, una cierta dimensión óptima para su prestación. Y, finalmente, pero muy importante en estos momentos, debe considerarse cuál es la capacidad económica de una comunidad para sostener sus propios servicios.

El problema que se intenta resolver no es otro que determinar *ex lege* la dimensión del pequeño Municipio, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas. Y la solución debe ser *ex lege*, porque los procesos de desaparición voluntaria de los pequeños Municipios han demostrado siempre, en todo tiempo y lugar, su inoperancia. Nadie está a favor de la desaparición de su propia organización político-administrativa. Juegan aquí sentimientos de todo orden, algunos tan fuertes como irracionales y atávicos. Sentimientos que llegan a expresarse en la necesidad de ser enterrado en el Municipio natal, aunque la persona haya residido toda su vida en un lugar diferente y ya no viva en aquel Municipio de nacimiento ningún familiar. Otros sentimientos están ligados a los pequeños intereses locales que se sienten amenazados respecto de su *status* económico y social. Otros, en fin, vinculados a la vanidad personal de quienes se sienten más seguros en su pequeño reducto local que en otros más amplios (la preferencia a ser cabeza de ratón antes que cola de león). Y desde otro punto de vista más objetivo y no ligado al localismo que esas consideraciones subjetivas representan, se ha destacado también que los pequeños Municipios están ligados a la preservación del medio ambiente o al acervo histórico rural, argumentación que yo personalmente acepto y que, por lo demás, apoya la exclusión de la regla general para los Municipios de montaña. Otros criterios de corte objetivo se refieren a la mayor conformidad con la democracia directa o más próxima que la democracia representativa en los grandes núcleos de población. Cabe destacar, en este último sentido, que la Constitución española contiene en su art. 140 una expresa consagración, al prever el denominado régimen municipal de concejo abierto.

El legislador español, tras la Constitución de 1978, no se ha atrevido a ajustar el mapa municipal a las exigencias de los tiempos. Por el contrario, ha venido empleando diversas técnicas para eludir el problema. Entre ellas, son de destacar: a) dejar que el tema se fuera resolviendo por simples decisiones administrativas reconducidas al concepto de alteración de los términos municipales; b) atribuir la competencia para esta reforma a nuevas entidades que han supuesto la descentralización política del Estado, lo que supone desplazar la responsabilidad política a estas entidades (las Comunidades Autónomas); y c) entender que el problema es sólo de inviabilidad económica de los pequeños Muni-

cipios y, de este modo, crear nuevos instrumentos de ayuda financiera para ellos, que han resultado tan costosos como insuficientes.

En la legislación vigente antes de la reforma operada por la Ley de diciembre de 2013, esta cuestión se encontraba ubicada dentro de la competencia de las Comunidades Autónomas, por la previsión del art. 148 CE. Algunas de ellas han regulado normativamente cómo debe realizarse, en su caso, esta reordenación de su mapa municipal. Pero la acción política de las Comunidades Autónomas ha sido nula, pese a que varias de ellas han legislado sobre el tema de la dimensión mínima del Municipio de nueva creación³. La realidad práctica, sin embargo, ha sido la casi total ineficacia de estas previsiones legislativas en cuanto a la fusión de los pequeños Municipios que también preveía esta legislación autonómica. Segunda pregunta: ¿Quién y cómo debería emprender una reforma de la planta municipal?

Si se admite que la planta municipal debe reformarse, es evidente que en un Estado de Derecho la ley debe respetar las previsiones constitucionales sobre la materia. Aunque la propia Constitución puede ser reformada si se estimase preciso, no consideramos que en España dicha reforma sea necesaria ni oportuna en estos momentos, en los que lograr el consenso necesario entre las fuerzas políticas para abrir este proceso constituyente es muy difícil.

No existe, en la opinión dominante en la doctrina y del Tribunal Constitucional, ningún condicionante en la Constitución que impida la reforma de la planta municipal por el legislador. Cada Municipio en concreto no tiene garantizada constitucionalmente su subsistencia, lo que permite que los inframunicipios que se consideren inviables por el legislador puedan suprimirse. Incluso la Carta Europea de la Autonomía Local

(3) La Ley gallega 5/1997 permitía iniciar de oficio el expediente de alteración de los términos municipales y resolver por ley los casos en que la oposición de los Municipios interesados impida una solución aceptada voluntariamente. Previendo además medidas de fomento para las fusiones de Municipios La Ley municipal catalana preveía un mínimo de 3.000 habitantes para el Municipio y medidas de fomento para la fusión de Municipios. La Ley andaluza prevé un mínimo de 4.000 habitantes. La Ley navarra establece los 1.000 habitantes. La Ley castellano-leonesa prevé medidas de fomento y beneficios para la fusión y agregación de Municipios. La Ley castellano-manchega igualmente contiene medidas de fomento. La Ley de Aragón otorga incluso la iniciativa en dichas reformas a la Diputación General, previa audiencia de los Municipios afectados. Con una regulación similar se encuentra la Comunidad Autónoma de La Rioja.

admite la desaparición de determinados Municipios y sólo exige que el Municipio a suprimir tenga audiencia previa, vía referéndum, dice literalmente la Carta, allá donde la legislación lo permita (art. 5).

Sin embargo, algún autor⁴ discrepa y cree que la autonomía local obliga a ponderar y justificar debidamente la desaparición de un Municipio. Pero es evidente que esta exigencia solo puede operar en el caso de extinción de un Municipio en concreto, no en el caso de que fuese resultado de una determinación legal de una reforma general del régimen municipal de un Estado. La concreción por ley de la exigencia de un requisito mínimo poblacional general supone, en sí misma, la debida valoración gubernativa y parlamentaria de tal exigencia.

Otros citan sentencias de Tribunales alemanes según las cuales la autonomía local solo impide cometer excesos en la supresión de Municipios y obliga a considerar que el apoderamiento del legislador no es ilimitado para aprobar supresiones de Municipios, aplicando en todo caso el principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de las medidas adoptadas. Exigencias que son connaturales a los trabajos preparatorios de cualquier ley que vaya a suponer una reforma general y que establezca unos requisitos mínimos para la existencia de un Municipio. Alguien pone de relieve la convulsión política y social que produciría una reforma que supusiera la desaparición de más del 80% de los Municipios existentes⁵. Pero ningún autor se ha pronunciado tajantemente en el sentido de una negativa a la posibilidad de una reforma de la planta municipal que implique la supresión de Municipios.

Problema diverso es el de la competencia para imponer dicha reforma. En la Constitución vigente, el art. 148.1 2ª (que contiene lo que se ha denominado el núcleo duro de las competencias de las Comunidades Autónomas) establece que la alteración de los términos municipa-

(4) M. REBOLLO PUIG, *Crisis económica y la oportunidad de reducir el número de Municipios*, en L. COSCULLUELA, L. MEDINA ALCOZ (Directores), M. H. RYDINGS (Coordinadora), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas, 2012, p. 2011. Pero el autor termina diciendo, «es seguro que deben suprimirse por fusión o absorción muchos de los Municipios existentes».

(5) L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, 24ª ed., Aranzadi, 2018, y Id., *Manual de las leyes administrativas*, 2º ed., Aranzadi, 2018, p. 643, que, sin embargo, advierte que el tema no debería echarse en saco roto y debería estudiarse sin apriorismos, con prudencia y atendiendo a la realidad social y financiera.

les corresponde a las Comunidades autonomas que asuman esta competencia en sus estatutos, lo que en mi opinión no desapodera a la Ley básica estatal de régimen local de la competencia para establecer la dimensión mínima del Municipio, no sólo por la salvedad que se contiene en el precepto citado (que atribuye a las Comunidades Autónomas las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre régimen local), sino por la previsión del art. 149.1.18^a, que atribuye al Estado la competencia para esta legislación básica del régimen local, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional. Parece evidente que imponer una dimensión mínima del Municipio y fijar *ex lege* las consecuencias de tal determinación en cuanto a los Municipios existentes que no la superen, es una medida básica del régimen local y, como tal, entra dentro de la competencia estatal.

El tema se desplaza así no a la existencia de obstáculos constitucionales a la reforma de la planta municipal, sino a la determinación de las medidas a adoptar para llevar a cabo la reforma.

En este plano, debemos plantearnos un tema vidrioso, por la posición de la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 214/1989, al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local⁶. Se trata del Municipio-Comarca, que el Tribunal Constitucional considera inconstitucional. Una gran parte de la doctrina hemos considerado que esta decisión es errónea y que debería revisarse por el Tribunal. Su postura es contraria a una solución que permitiría aproximar los Municipios-Comarcas a los condados anglosajones, de mayor superficie territorial y de mayor población que los pequeños Municipios europeos continentales. La comarcalización de los pequeños Municipios es la solución más simple para lograr una planta municipal moderna. Por otra parte, esta solución, calificada de comarcalización de los Municipios, no implica que la Comarca, entendida como Entidad local y prevista en la legislación española, venga a susti-

(6) El Tribunal Constitucional, en esta sentencia, concluyó que «la configuración constitucional de la Comarca como agrupación de Municipios (art. 152.3 de la CE) impide, en efecto, la materialización del supuesto último del Municipio-Comarca, de manera que por muy profundas que pudieran imaginarse esas alteraciones municipales no podrá llegarse a semejante situación».

tuir a los Municipios integrados en su territorio, sino que por esta vía se propone fusionar varios Municipios cuya dimensión es inferior a la fijada por la ley en otro nuevo, que pasa a desempeñar el papel de nuevo Municipio capital de la Comarca (que, por definición, debería contar con el número de habitantes mínimo que se fijara por ley) al que se agregan los Municipios limítrofes, de manera que no se crea un Municipio-Comarca, sino un nuevo Municipio (al que se agregan los otros Municipios limítrofes) y que cuenta con el número mínimo de habitantes que pueda exigir una reforma del régimen municipal estatal. Pero la contundente e injustificada doctrina del Tribunal Constitucional que hemos citado parece que es incompatible con esta interpretación.

Tercera pregunta: ¿Cuál sería ese número de habitantes mínimo del Municipio moderno?

Aceptando que el criterio demográfico fuera el aplicado, con las matizaciones que luego haremos, la doctrina viene barajando las cifras de 5.000, 10.000 y 20.000 habitantes. Probablemente la cifra de 10.000 sea la más acorde con las exigencias de la época actual. Ahora bien, es cierto que la de 5.000 habitantes cuenta con cierta tradición en la legislación española, en orden a diferenciar las competencias obligatorias de los Municipios españoles y, de esta manera, podría servir de referencia para la reforma que se propugna.

Los críticos con la aplicación de este criterio (que, hay que insistir, como luego matizaremos, no sería el único) ponen de manifiesto que esta cifra de 5.000 habitantes supondría la desaparición de 6.825 Ayuntamientos (el 84% de los Municipios actualmente existentes), cifra que asusta a los críticos y, desde luego, también a los políticos. Pero es un cálculo matemáticamente falso, puesto que si deben fusionarse cuatro Ayuntamientos por no contar con esa cifra de 5.000, el resultado debería ser un nuevo Ayuntamiento con esa cifra de habitantes, es decir, el resultado no sería, por poner un ejemplo, cuatro Ayuntamientos desaparecidos, sino cuatro desaparecidos y la aparición de uno nuevo. Habida cuenta de la falta de valentía política para imponer una reordenación del mapa municipal acorde con las necesidades actuales, habría que dar por buena la cifra mínima de 5.000 habitantes para los Ayuntamientos existentes y fijar la cifra de 10.000 habitantes como límite mínimo para crear nuevos Municipios o bien, como alternativa, dejar esa

misma cifra de 5.000 habitantes como requisito para la creación de nuevos Municipios.

La ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 fija el límite de 5.000 habitantes para la creación de nuevos Municipios y, como veremos, no propone la supresión directa de ningún Municipio. El art. 13.2 de la Ley Básica de Régimen Local (como consecuencia de esa reforma de 2013) dispone que, además del requisito de tener un mínimo de 5.000 habitantes, debe tener un núcleo de población diferenciado y ser financieramente sostenible, contando con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y, por último, que su creación no suponga disminución en la calidad de los servicios que se venían prestando. Naturalmente, para crear un nuevo Municipio debe partirse de su segregación del Municipio del que anteriormente formaba parte, puesto que todo el territorio español está dividido en Municipios.

Por lo demás, el art. 13.1 de la Ley Básica estatal reguladora del régimen local remite a la legislación autonómica la regulación de la creación o supresión de Municipios, así como la alteración de términos municipales, imponiendo los siguientes requisitos: a) la audiencia de los Municipios interesados; b), el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente autonómico, si existe; y c) el informe de la Administración que ejerza la tutela financiera. Además, deberá darse conocimiento a la Administración General del Estado y la alteración de los términos municipales no puede suponer la modificación de los límites provinciales.

La Ley de reforma de 2013 también maneja la cifra de 20.000 habitantes en diversas ocasiones, a saber: a) en el art. 26.2, cuando establece que los Municipios de población inferior a esta cifra deben ser coordinados por la Diputación provincial en la prestación de los principales servicios mínimos obligatorios municipales; b) en el art. 36.1. c) al prever que en los Municipios inferiores a esa cifra la Diputación provincial asume directamente algunas competencias (prevención y extinción de incendios y, si no los presta el Municipio, recaudación tributaria, administración electrónica y contratación centralizada).

Personalmente considero que esta cifra de 20.000 habitante es irreal para fijar el mínimo poblacional del Municipio en España. De hecho, tam-

poco ha sido aceptada por ningún País europeo que haya realizado la reforma de su planta municipal. De *lege ferenda*, estimo que la Ley Básica de Régimen Local debería fijar en 5.000 habitantes el número mínimo de habitantes de un Municipio, e imponer la agregación o fusión obligatoria de los Municipios con menor número de habitantes, con las excepciones que luego analizaremos. La fusión debería hacerse, normalmente, por incorporación al Municipio mayor de la Comarca natural en la que se imponga este proceso, garantizando, a través de las fórmulas que ofrece nuestra legislación, que de la fusión no solo no va a resultar perjuicio alguno de carácter económico-financiero, sino que se van a obtener los incentivos económicos que actualmente establece la legislación para la fusión voluntaria.

El problema más delicado es el de la representación política singular de la población de los Municipios suprimidos. En la Ley de Racionalización de 2013, al reformar el sistema de fusión voluntaria de Municipios, se establecen algunas soluciones válidas a este respecto, aunque insuficientes. Más adelante volveremos sobre este tema de la representación política de los núcleos de población fusionados, que pierden su carácter de Municipio.

La ley de reforma que imponga la exigencia de que todo Municipio deba tener, como mínimo, 5.000 habitantes, debería excepcionar dos supuestos: los Municipios de montaña y los Municipios turísticos. La excepción en relación con los Municipios de montaña se justifica en atención a las facilidades de comunicación entre los núcleos de población que se dan actualmente y que salvan cualquier crítica a la idea de integración de los Municipios de menos de 5.000 habitantes en el nuevo Municipio resultantes de la fusión impuesta, facilidades de comunicación, sin embargo, que normalmente no se dan en el caso de estos pueblos de alta montaña. Por otra parte, la excepción se justifica por cuanto estos Municipios contribuyen a evitar la despoblación de las áreas rurales en las zonas de montaña, situación particularmente grave en muchas zonas de montaña en España. Esta preocupación ha trascendido a la norma constitucional que, en su art. 130.2, obliga a los poderes públicos a dispensar un tratamiento especial a las zonas de montaña y que se ha reflejado en la legislación de algunas Comunidades Autónomas.

La segunda excepción indicada se refiere a los pueblos turísticos. Es notoria la importancia que en la economía de nuestro País tiene el turismo en general. Ello se traduce en el hecho de que algunos Municipios, especialmente los costeros, aumenten considerablemente su población en la época turística, obligando a estos Municipios a mantener un estándar de servicios superior al que necesita su población de residentes habitual o fija. En este sentido, los Municipios pueden incrementar considerablemente su población de residentes en los periodos álgidos del turismo, superando muy ampliamente la cifra de 5.000 habitantes. La supresión de los Municipios que no alcancen la cifra de 5.000 habitantes debería llevarse a cabo mediante su agregación al Municipio cabecera de la Comarca, lo que exige un riguroso estudio que evalúe tal condición, que normalmente resulta clara, pero que en ocasiones no lo es. No pretendo aludir a los profundos estudios de Madoz⁷, pero sí a que el carácter de Municipio capitalino o preferente en la agregación de Municipios debería ser objetivamente indubitado. La Administración Pública dispone de datos objetivos para fundamentar dichos estudios. En cualquier caso, en la decisión a adoptar sobre la base de dichos estudios debería darse audiencia a los Municipios que se vayan a fusionar. En el régimen de fusión que ahora establece la Ley de Racionalización de 2013, hay algunas buenas ideas que podrían ser de aplicación al sistema que se propone, que no será voluntario, ni por tanto basado en un convenio de fusión. En este sentido, son aprovechables algunas ideas recogidas en el art. 13 LRBRL, en la redacción dada por la reforma de 2013. Por ejemplo, sobre las medidas financieras previstas o bien acerca del régimen de organización desconcentrada de los antiguos Municipios suprimidos, aunque en este punto las previsiones sean insuficientes.

Hay que poner de relieve, para concluir este punto de la exposición, que la reforma de la Administración Local se reconduce, en la Ley de Racionalización de 2013, a una reforma que tiene como presupuestos la potenciación de las Diputaciones provinciales, la voluntariedad de las posibles fusiones y, sobre todo, el control del gasto público.

(7) P. MADDOZ, *Diccionario geográfico estadístico histórico de España y sus posesiones de Ultramar*, Madrid, 1845-1850.

4. Reforma local y garantía competencial de las entidades locales

Entorno a la cuestión de las competencias, pugnan consideraciones enfrentadas. Una primera concibe el Municipio como una entidad natural a la que deberían atribuirse el mayor número de competencias posible, por ser la administración más próxima al ciudadano. La Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, efectivamente, establece en su preámbulo que las Entidades locales son uno de los pilares fundamentales de un régimen democrático, en el que el fortalecimiento de la autonomía local representa una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder. Por este motivo, la Carta apuesta por la atribución de unas competencias plenas y completas, sin perjuicio de su derecho a ser consultadas en cualquier tipo de planificación o decisión de otras Entidades públicas que le afecten directamente (art. 4).

Frente a esta teoría, otra diferente considera que las Entidades locales no deben tener una posición aislada y plenamente independiente, sino que debe ser la propia de una entidad administrativa que se inserta en el complejo engranaje estatal y regional, como una pieza más, aunque de gran valor por ser la más inmediata al ciudadano. De ahí que sus competencias no tengan por qué ser necesariamente plenas y exclusivas, sino más bien de participativas, con un distinto grado de participación local en función del tipo de competencia, tanto a nivel de decisiones político-administrativas que afecten a sus intereses, como a través de fórmulas de coordinación, colaboración y cooperación con las demás entidades públicas. Por otra parte, siempre según esta segunda posición doctrinal, debe hacerse una distribución racional de las funciones y servicios públicos, considerando que los Municipios sólo deben ejercer las competencias que tengan expresamente atribuidas por la ley, bajo el presupuesto de que ésta hace una distribución racional en términos de eficacia y eficiencia administrativa entre todos los escalones en los que se articulan las Administraciones Públicas.

Ambas posiciones parecen convivir en nuestra legislación vigente. La primera en el art. 25.1 de la Ley estatal básica de régimen local (que permite al Municipio promover y prestar cuantos servicios que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal) y la segunda en el art. 25.2 (que dispone que las competencias mu-

nicipales se determinan por ley, debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera).

La exposición de motivos de la Ley básica estatal vigente se inclina rotundamente por la segunda de las posiciones doctrinales mencionadas y llega a afirmar la «radical obsolescencia (...) de la vinculación de la autonomía a un bloque de competencias por naturaleza sedicentemente locales», apostando por el reconocimiento de un derecho de participación de las Entidades locales en todas las cuestiones en las que exista un interés local, pero dejando que la concreción de las potestades que competan a estas Entidades locales, en cada materia, se realice desde la legislación sectorial. Frente a esta posición, la Carta Europea de la Autonomía Local apuesta por atribuir competencias normalmente plenas en determinadas materias a las Entidades locales⁸. Sin embargo, en la Ley de Racionalización de 2013 se replantea el tema de las competencias municipales en otros términos. Por un lado, está presente la necesidad de clarificar las competencias que competen a cada Administración Pública para evitar superposiciones, huyendo de las que se han denominado competencias impropias que desempeñan algunas entidades locales. Y, por otro lado, adquiere importancia el dato de la capacidad real de los Municipios para ejercer sus competencias.

Las competencias de las entidades locales españolas son muy amplias y se estructuran en torno a los siguientes tres ejes: a) la competencias propias del Municipio: deben determinarse por ley, garantizando que la competencia no se atribuye simultáneamente a varias Administraciones, de acuerdo con el principio de “una Administración, una competencia” (art. 25 de la Ley básica estatal de régimen local); b) los servicios mínimos obligatorios de los Municipios, que se gradúan en función de la

(8) Sobre esta base, algunos autores defienden que el art. 25.1 de la Ley estatal de bases de régimen local debe interpretarse como un apoderamiento competencial al Municipio siempre que en la materia exista un interés local, con el único límite de que la competencia no esté atribuida a otra Administración Pública. Apuntan, además, que esta interpretación explica perfectamente la previsión del art. 28 de la misma Ley, que permitía a los Municipios desempeñar actividades complementarias, con indicación específica de una serie de materias. Debe advertirse, sin embargo, que este artículo 28 ha sido vaciado de contenido con la reforma operada por la Ley 27/2013.

población, 5.000, 20.000 y 50.000, coordinados por la Diputación provincial en el caso de los Municipios menores de 20.000 (artículo 26 de la misma Ley); y c) competencias atribuidas por delegación del Estado o de las Comunidades Autónomas que se enumeran hasta la letra (artículo 27 del mismo texto legislativo).

La Ley de 2013 tiene entre sus finalidades más relevantes racionalizar las competencias de las Entidades locales, partiendo de la consideración de que el sistema de la Ley estatal de bases de régimen local ha generado duplicidades en la prestación de servicios y queriendo acabar con las denominadas competencias impropias (a pesar de que un sector doctrinal defensor era defensor de ellas). Se imputa al sistema la difuminación de la responsabilidad de los gobiernos locales, el desconcierto de los ciudadanos y los desequilibrios de las haciendas locales, que considera incompatibles con la política de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que impone la Ley orgánica 2/2012. El diagnóstico es sustancialmente correcto y coincidente con la opinión mayoritaria de la doctrina.

Para superar esta situación, la Ley de 2013 apuesta por la solución de atribuir a las Entidades locales únicamente las competencias que precise y garantizar que estas competencias cuenten con la financiación adecuada. En consecuencia, se acepta con toda rotundidad la doctrina de que la autonomía de las Entidades locales da derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses y que se debe atribuir competencias a estas entidades según las características de la actividad de que se trate y la capacidad de gestión de la entidad. Y esta posición se refuerza con la precisión de que las Entidades locales sólo podrán ejercer competencias no previstas en la ley, así como desarrollar actividades económicas, cuando se garantice su sostenibilidad financiera y no se ponga en riesgo financiero la realización de las competencias propias, siempre previo informe de las Administración afectada por ser la competente y de la que tenga la tutela financiera.

La Ley de 2013 atribuye como competencias propias algunas más de las previstas hasta entonces por la ley estatal básica de régimen local. Además, en relación con lo que se ha llamado el “núcleo duro de las competencias municipales”, sigue manejando las mismas cifras de población (todos los Municipios, 5.000 y más de 20.000 habitantes) para establecer los servicios mínimos obligatorios. Para todos exige la prestación

de los siguientes servicios: alumbrado, cementerio, residuos, limpieza, abastecimiento domiciliario de agua, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas. Para los de 5.000 habitantes añade parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos. En los de población superior a 20.000 habitantes, además, protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención a personas en situación de riesgo o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. La cifra de 20.000 se establece como el auténtico ideal de población del Municipio, ya que el art. 26.3 dispone que, en los Municipios con población inferior a esa cifra, la Diputaciones provinciales, o los cabildos o consejos insulares en el caso de las islas, asumirán la titularidad de las competencias que el Municipio no cumpla con arreglo a los estándares de calidad que se fijen por Real Decreto⁹. Según la ley de reforma de 2013, esta posibilidad supone un fortalecimiento de las Diputaciones provinciales o de los consejos o cabildos Insulares y, añadido yo, es la forma de evitar la reforma de la planta municipal.

Debemos dudar, realmente, de la eficacia de esta previsión, que incide en una utilización de las Diputaciones provinciales, que ya intentó el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías, pero con una finalidad distinta. Se trataba entonces de evitar el despliegue de una nueva administración – la periférica autonómica – para aprovechar la administración provincial ya existente. Es evidente que el intento fracasó.

¿Tiene visos de triunfar ahora este tipo de previsiones contenidas en la Ley de 2013? Creemos que no. Por una parte, las Diputaciones provinciales no gozan de las simpatías de todas las fuerzas políticas, algunas

(9) La previsión del nuevo art. 26.4 de la Ley de 2013 parece poco meditada, y sólo tiene por objetivo salir del paso de la necesaria reforma municipal, sustituyendo la previsión del Municipio mínimo y fijar una política de supresión, por fusión o absorción, de los demás Municipios que no cumplan dicho mínimo. La Ley de 2013 deja todo en el aire, esperando que el futuro se encargue de hacer funcionar a los pequeños Municipios hoy existentes, mediante una previsión de estándares de prestación de servicios y unas decisiones de los Diputados provinciales, que difícilmente se producirán, porque si el legislador estatal tiene miedo a afrontar esta realidad del infra Municipio, más lo tendrán los Diputados provinciales, como lo ha tenido hasta ahora las Comunidades Autónomas. El art. 26. 2 prevé que una serie de servicios (residuos sólidos, abastecimiento de agua a poblaciones, limpieza viaria, acceso a los núcleos de población, pavimentación y alumbrado público) deben ser coordinados por la Diputación provincial en Municipios de menos de 20.000 habitantes, y puede proponer la la prestación directa por la Diputación, repercutiendo los gastos a los Municipios afectados.

de las cuales propugnan directamente su supresión. Por otra parte, el hecho de que las diputaciones puedan ejercer algunas competencias en determinados Ayuntamientos y no en otros, sólo servirá para crear confusión, además de suponer una solución contraria al criterio de contar con una administración única en cada nivel territorial.

En un plano estrictamente administrativo, debe tenerse en cuenta que la estructura burocrática de las Diputaciones provinciales no está suficientemente dotada para el ejercicio de todas las funciones que el incumplimiento de los estándares de prestación de los servicios municipales requeriría. De modo que, si dichos estándares se fijaran adecuadamente, la burocracia provincial debería reforzarse. Para eso sólo hay dos soluciones. Primera: incorporar nuevo personal a la Diputación provincial. O segunda: transferir el personal sobrante de los Municipios que dejaran de prestar los citados servicios que no alcancen el estándar mínimo establecido. La primera solución es incompatible con la política de austeridad que ha obligado a implantar la crisis económica, puesto que supondría una duplicidad de burocracia: la municipal que dejaba de prestar el servicio y la provincial que pasaría a atenderlo. Por su parte, la segunda solución es muy compleja y de dudoso éxito, como ha demostrado la política de transferencia de funcionarios entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Cabe advertir, finalmente, que todo el sistema de gestión de las competencias por los Municipios reposa sobre la evaluación de la prestación de los servicios municipales. El art. 116 bis.1 de la Ley estatal básica de régimen local dispone que las corporaciones locales deben formular un plan económico-financiero de conformidad con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y conecta a una posible evaluación negativa de esta gestión municipal, en el caso de los Municipios de menos de 20.000 habitantes, la posibilidad de que las Diputaciones, los Cabildos o Consejos insulares asuman su titularidad y gestión, con la conformidad de los Municipios afectados (art. 26.2 de la Ley estatal básica de régimen local).

5. El papel de las Diputaciones provinciales

La reforma del régimen local tiene otro gran tema que abordar, a saber: el debate sobre el mantenimiento de las Diputaciones provinciales, de-

bate que se ha manifestado desde que la Constitución española creó las Comunidades Autónomas.

Doctrinalmente, este debate se basa en la afirmación, acuñada por la ciencia administrativa, de que los intereses públicos se ha de estructurarse a efectos de su gestión en tres niveles: el local, el estatal y el intermedio, que debe recoger los intereses supralocales e infraestatales. Los siglos XVIII y XIX crearon para la gestión de este nivel intermedio el Departamento francés, que en Italia y España dió lugar a la Provincia como Entidad local. Al crearse las Comunidades Autónomas, sobraba un escalón. Las posiciones académicas y políticas se dividieron, incliniéndose unos por suprimir directamente las Diputaciones provinciales y otros por integrar en la Provincia la administración periférica de las Comunidades Autónomas, aún por crearse. El Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías y los Acuerdos autonómicos de 1981¹⁰ se inclinaron por esta segunda posición, llevándose, a través del Pacto Autonómico, a la mayoría de los estatutos de autonomía. Pero la realidad ha impuesto la creación de una administración periférica autonómica muy potente y el progresivo desplazamiento de las Diputaciones provinciales respecto de su papel tradicional. Ante ello, algunos defienden la conveniencia de la eliminación de las Diputaciones provinciales, como así lo hicieron los partidos nacionalistas de Cataluña, el PSOE (Partido Socialista Obrero Español), IU (Izquierda Unida) y UPyD (Unión, Progreso y Democracia).

Ya hemos visto como la Ley de 2013 opta decididamente por fortalecer a las Diputaciones provinciales, que pasan a ejercer las competencias de aquellos Municipios que no cumplan con los estándares fijados para el ejercicio de las competencias, en el caso de los Municipios de población inferior a 20.000 habitantes.

En mi opinión, la supresión de las Diputaciones provinciales requiere la reforma constitucional, pese a las soluciones alternativas que en el propio art. 141 del texto constitucional se ofrecen. Esta conclusión ha sido también avalada por el Tribunal Constitucional en diversas sen-

(10) *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1981; *Acuerdos Autonómicos 1981*, Ed. Presidencia del Gobierno, 1981.

tencias. Por otra parte, el sentimiento favorable o contrario a las Diputaciones provinciales es muy diverso en las Comunidades Autónomas. Incluso así lo han reflejado sus respectivos estatutos de autonomía. De forma que, si no se acepta la doctrina de la interiorización del régimen local, como defiende un importante sector de la doctrina, y sin reforma constitucional, el legislador estatal, que confiesa el propósito de fortalecer las Diputaciones provinciales, debería optar por una solución distinta a la de asumir las competencias de los Municipios de menos de 20.000 que vieran evaluada negativamente la prestación de sus servicios.

En la reforma de la Ley estatal de bases de régimen local, la solución ha pasado por incrementar las competencias de las Diputaciones provinciales: a) con relación a la coordinación de las competencias municipales; b) con la atribución directa a las Diputaciones del tratamiento de residuos en los Municipios de menos de 5.000 habitantes, y los de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando estos no procedan a su prestación; c) también con la asistencia en la prestación de los sistemas de gestión de recaudación tributaria y en la gestión financiera en los Municipios de menos 20.000 habitantes; y d) igualmente, en relación con los servicios de administración electrónica y contratación centralizada en los Municipios de menos de 20.000 habitantes. Todo ello, sin perjuicio de las clásicas competencias previstas en el art. 36 de la Ley estatal básica de régimen local y de las demás previstas en los vigentes Estatutos de Autonomía.

6. La reforma de la forma de gobierno de las entidades locales

La primera cuestión en esta materia es la determinación del número de concejales y el sistema de elección de los miembros de las Entidades Locales y, en particular, la forma de elección del Alcalde. Temas que se regulan en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

El sistema español aplica el mismo régimen electoral en cuanto a la distribución del voto en todas las elecciones: el método D'Hondt o de los mayores cocientes. La aplicación de este método en el ámbito local ha sido objeto de crítica mayoritaria en la doctrina, pues es opinión generalizada que no debería ser el mismo que el régimen electoral de los

miembros del Parlamento. En este sentido, la opinión mayoritaria se inclina por un sistema proporcional puro y no por el mencionado método D'Hondt.

Es claro que el sistema electoral diferencia dos regímenes diversos en función de la población, que son los que rigen en defecto de reforma de la planta municipal. Hasta 250 habitantes, el sistema de elección es un régimen mayoritario, de manera que el método D'Hondt solo se aplica por encima de esa cifra poblacional, con listas cerradas y bloqueadas y con la exigencia de obtener un mínimo de un 5% de los votos emitidos. La crítica se extiende al sistema de bloqueo de las listas, que en el régimen local no se considera apropiado, por entender que las condiciones subjetivas del candidato a concejal deben contar más que la adscripción un partido político.

Con relación a la elección del Alcalde, hay que recordar que el art. 140 de la Constitución permite optar entre el sistema de elección directa o bien por los concejales. Hoy se elige por mayoría absoluta de los Concejales (y de no lograrse, es nombrado Alcalde el primero de la lista más votada). Se consagran técnicas del sistema parlamentarista, previendo la moción de censura constructiva y estableciendo un fortalecimiento del Alcalde con la regulación de la cuestión de confianza, vinculada a la aprobación de tres instrumentos de gobierno municipal clave: la aprobación de los presupuestos anuales, del reglamento orgánico del Municipio, las ordenanzas fiscales y de los planes cuya aprobación final corresponda al Municipio (art. 197 Ley Orgánica del Régimen Electoral General). La pérdida de la moción de confianza no supone el cese automático del Alcalde si en el plazo de un mes, desde que se perdió la moción, no se presenta una moción de censura con un candidato alternativo o si, presentada ésta, se pierde. En cuyo caso, se considera otorgada la confianza y aprobados los presupuestos o los otros proyectos vinculados a la cuestión de confianza.

Creo que esta solución es excesivamente compleja frente a la más clara y democrática de la doble vuelta para la elección del Alcalde, que otorga al pueblo la última y decisiva palabra. El espectáculo actual de las últimas elecciones locales en España, que refleja la miseria moral de los líderes políticos, prueba que el sistema vigente no es el mejor. El refuerzo del ejecutivo municipal es más rotundo en el caso de los Municipios

de gran población, con las facultades atribuidas al Junta de Gobierno y su composición, de libre designación del Alcalde.

En relación con la situación actual, someramente descrita, son muchos los aspectos que requieren de una reforma. Así, si se establece un régimen municipal basado en el Municipio de 5.000 habitantes, la cuestión principal, en relación con el sistema de elección de los miembros del Municipio, es cómo deben estar representados los antiguos Municipios fusionados: tema difícil de resolver si los antiguos Municipios extinguidos no sobrepasan siquiera la cifra de 1.000 habitantes.

7. La distinción entre el gobierno y la administración en las entidades locales

La diferenciación se ha establecido en los Municipios de gran población. Frente a la concepción tradicional de que las Entidades locales son Administración y solo Administración, propia de la concepción que arranca de la Revolución Francesa, la actual concepción del sistema democrático preconiza el carácter político de los mandatarios municipales, ligados a los partidos políticos. Ante ello, las principales decisiones municipales, que afectan directamente a la posición jurídica del ciudadano, se resienten, por cuanto todo el sistema de garantías está instrumentado sobre la base de que la Administración debe obrar con arreglo a los sagrados principios de objetividad, imparcialidad, proporcionalidad y seguridad jurídica. En cambio, la potenciación del carácter político y gubernamental de los Municipios aleja a los órganos de gobierno de estas entidades de su obligado carácter de Administración Pública. Sin perjuicio, claro está, de que la obligada sumisión a la ley y al derecho sea siempre exigible ante los tribunales de Justicia.

Pero es evidente que las decisiones esencialmente políticas buscan como criterio orientativo la ideología del mandatario elegido por el pueblo. Esta posible discordancia afecta también al principio de eficacia en la gestión de los intereses encomendados a las Entidades públicas; a la denuncia de la corrupción de los políticos, frente a los funcionarios; y al derroche económico que se ha disparado en algunos Países de nuestro entorno mediterráneo.

Frente a la preferencia por la gestión eficaz y profesionalizada de los intereses públicos se alza, sin embargo, la crítica al burócrata, formal-

mente desidiologizado, pero tachado de conservador en su comportamiento. Ese difícil equilibrio, entre las consecuencias que deben derivarse del principio democrático y del respeto a los principios clásicos que deben exigirse a la gestión de toda Administración Pública, se ha intentado paliar en lo posible en las reformas italianas y también, en el caso de España, en la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local de 2013 y, con anterioridad, en la Ley 57/2003 relativa al régimen especial de organización de los Municipios de gran población. El tema estrella de esta reforma del 2003 fue la posibilidad de integrar en la Junta de Gobierno, esto es, en el órgano ejecutivo clave de la reforma, a personas no electas (sin la condición de Concejales). Con esta medida se pretendía revitalizar la figura, ya ensayada en las postrimerías del franquismo, de los delegados de alcalde, que figuraban en los regímenes especiales de Madrid y Barcelona. Sin embargo, esta previsión legal fue anulada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013. Por lo demás, la diferenciación entre el gobierno y la Administración municipal se introduce, en el caso de los grandes Municipios, con la distinción entre órganos superiores, que son los electos (el Alcalde y los miembros de la Junta Local), y los órganos directivos¹¹.

8. *El sistema electoral de las Diputaciones provinciales*

Sobre las Diputaciones provinciales existe una gran discrepancia de *lege ferenda* en la doctrina científica española, impulsada especialmente por el posicionamiento político de algunas formaciones que ven en ellas la encarnación histórica de la presencia del Estado en el territorio. Ciñéndonos a un planteamiento jurídico constitucional, hay un consenso en la doctrina del Tribunal Constitucional. He publicado varios trabajos sobre este tema, así como sobre el fundamento constitucional de la existencia y del mantenimiento de las Provincias, que se consagra en el

(11) art. 130 de la Ley estatal reguladora de las bases de régimen local cita a): los coordinadores generales de cada área o concejalía; b) los directores generales, que culminan la organización administrativa en cada una de las grandes áreas o concejalías; c) el titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno y al concejal secretario de la misma; d) el titular de la asesoría jurídica; e) el secretario general del Pleno; f) el interventor general municipal; g) el titular del órgano de gestión tributaria. Tendrán también la consideración de órganos directivos los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales.

art. 141 CE. Aunque debe advertirse que el propio artículo 141 del texto constitucional admite expresamente que puedan crearse agrupaciones de Municipios diferentes de las Provincias. Debe tenerse en cuenta, además, que este no es el régimen previsto para las islas y que algunos estatutos de autonomía prescinden directamente de la contemplación de la Provincia.

Dejando este tema y reafirmandome en la indisponibilidad de la Provincia por el legislador ordinario, en lo relativo a su existencia, quiero ahora abordar otro tema: el del sistema de elección de los miembros de las Diputaciones provinciales de régimen común. Algunos postulan una revisión del sistema electoral de los Diputados provinciales, apoyándose precisamente en su potenciación por las recientes reformas legislativas de 2003. No comparto este criterio. Creo que el carácter constitucional de la Provincia está perfectamente reflejado en el art. 141 CE: la Provincia, en su dimensión de Entidad local, es una agrupación de Municipios. Los Municipios son el alma de las Provincias. Por tanto, no debe haber una selección de sus miembros que discurra al margen de la representación municipal. Debemos concluir, pues, que el sistema de selección vigente en la actualidad, dejando de lado su complejidad es el más conforme con el carácter y naturaleza de la Provincia.

9. La participación ciudadana en la gobernanza de los Entes locales

Nuestra Constitución ha consagrado la plena participación democrática de todos los vecinos en el caso de los Municipios que se rijan por el sistema de concejo abierto, previsto con carácter general para todos los Municipios de menos de 100 habitantes, aunque con escaso éxito. En la actualidad existen 1.283 Municipios de menos de 100 habitantes. Pero la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, en relación con esos pequeños Municipios, no les obliga a acogerse al sistema de concejo abierto, sino que, antes al contrario, les permite optar por el régimen común de Ayuntamiento.

Fuera de este régimen de concejo abierto, la participación ciudadana ha sido potenciada en algunos Municipios mediante sus reglamentos orgánico. Cabe constatar, sin embargo, que su implantación generalizada por leyes estatales o autonómicas no se ha producido: habitualmente conduce al florecimiento de movimientos populistas desligados de los

partidos políticos. Precisamente por esa circunstancia, la ciencia política advierte que las agrupaciones populares pueden haber sido instrumentalizadas por partidos marginales como medio para acceder a la acción política, lo que seguramente se ha producido más en la vida local que no en los niveles regional o estatal.

10. Los principios de descentralización y desconcentración en el ámbito municipal

El principio de descentralización se recoge en la Constitución y se reafirma en el art. 2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local. Ahora bien, ¿cómo juega en el ámbito local y más concretamente en el municipal? Evidentemente, no cabe hacer una interpretación rigurosa y maximalista de este principio, que conduciría a negar cualquier reforma que produjera como resultado una “centralización municipal” en unidades territorialmente más amplias que las existentes. El principio de descentralización opera en un doble nivel: a) como principio político que obliga al reconocimiento de los niveles más próximos al ciudadano para la participación ciudadana en los asuntos políticos; y b) como exigencia para favorecer el reconocimiento de estructuras separadas (con personalidad jurídica diferenciada) en el seno de las entidades básicas fijadas por la Constitución y la ley.

En el primer nivel, cabe afirmar que el principio está ampliamente reconocido en el Derecho español, ya en el propio texto constitucional: su art. 2 reconoce la descentralización política del Estado español y su art. 137 la autonomía de las Comunidades Autónomas, de las Provincias y de los Municipios.

Aquí nos interesa destacar, en concreto, cuál es el papel que corresponde desempeñar al principio de descentralización en el ámbito local. La reforma de 2013 ha querido limitar las Entidades locales de ámbito territorial inferior al Municipio. En esta línea, ha suprimido la referencia las Entidades locales inframunicipales, tanto en la relación de los tipos de Entidades locales que enumera el art. 3 de la Ley estatal de bases de régimen local, como al vaciar de contenido el art. 45 de ese mismo texto legislativo, que establecía reglas a tener en cuenta por el legislador autonómico en relación con este tipo de entidades. Las entidades inframunicipales se remiten, en lo que se refiere a su regulación, a la legis-

lación autonómica, pero no tendrán personalidad jurídica; el Municipio en el que se constituyan deberá ser oído en el procedimiento de creación de estas entidades; y solo podrán crearse de acuerdo con los principios fijados en las leyes de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 24 bis). En cambio, sigue vigente la regulación que establece el art. 199 de la Ley orgánica del régimen electoral general. Este precepto legal, en defecto de previsiones de las leyes autonómicas, fija la elección de sus órganos de gobierno: Alcalde pedáneo y Junta Vecinal, integrada por 2 vocales o 4 si superan los 250 habitantes, que se designan según los resultados de las elecciones del Municipio.

El principio de descentralización no juega en favor de la creación de nuevas Entidades locales, sino que se reconvierte en el principio de desconcentración. Sí juega, en cambio, como alternativa a la creación o subsistencia de las entidades inframunicipales¹². Y también como formas de participación ciudadana en la organización de los Municipios (art. 24 de la ley básica estatal de régimen local). La creación de distritos municipales es obligatoria en los Municipios de gran población (arts. 123.1 y 128). Pero debe tenerse en cuenta que la Ley de 2013 es radicalmente contraria a las entidades locales inframunicipales (las denominadas clásicamente entidades locales menores), que podrían ser una medida de reconversión en ellas de los Municipios extinguidos como consecuencia de la fusión. La ley impone la disolución de las actualmente existentes, por la correspondiente Comunidad Autónoma, cuando no presenten sus cuentas al Estado o a las Comunidades Autónomas (disposición transitoria cuarta). Y obliga a que las leyes autonómicas regulen estas entidades de ámbito inferior al Municipio como formas de organización desconcentrada para la administración de núcleos de población separados. Y también a que estas mismas entidades que se constituyan en el futuro lo hagan como simples órganos de gestión desconcentrada del Municipio, sin personalidad jurídica propia.

(12) La creación de estos órganos de gestión desconcentrada, sin personalidad jurídica, no pueden poner en peligro la unidad de gobierno y gestión del Municipio (art. 24 de la Ley básica estatal de régimen local).

Reforma constitucional y modelo territorial. Preferencias ciudadanas y propuestas partidistas entre el 40 aniversario de la Constitución española y las elecciones de 2019

Fabio García Lupato

Nel 40° anniversario dell'adozione della Costituzione spagnola, gran parte delle questioni trattate dall'Assemblea costituente – forma dello Stato, modello territoriale, identità, cultura politica – risultano messe in discussione, soprattutto in seguito allo sviluppo del conflitto d'indipendenza catalano. Tanto a livello dell'opinione pubblica come tra i principali partiti del sistema vi sono profonde divergenze riguardo alla valutazione della democrazia spagnola, del rendimento costituzionale e del modello territoriale. Ciò ha avuto un profondo effetto sulla competizione politica e sul sistema partitico. Se inizialmente i nuovi partiti sono entrati nel sistema con idee e proposte di rigenerazione democratica, riforma costituzionale e “nuova politica” contro i partiti tradizionali, con le elezioni di aprile 2019 alla polarizzazione ideologica si è aggiunta una polarizzazione identitario-territoriale, che ha prodotto due novità. Da un lato, Vox, un partito di estrema destra, ha ottenuto una significativa rappresentanza parlamentare ponendo fine all'eccezionalità spagnola; dall'altro, il sostegno diffuso di tutti i partiti al decentramento territoriale è svanito ed il modello autonomico è contrastato.

1. Introducción

Desde la aprobación de la Constitución, España ha ido desarrollando su modelo territorial de descentralización política. Este proceso de descentralización, flexible y abierto, se encontró con diversas preferencias – tanto partidistas como del electorado – pero con la aprobación de todos los partidos políticos.

Esto supuso un gran triunfo del modelo constitucional. Más aún si tenemos en cuenta que la competición política en España siempre ha esta-

do caracterizada por la existencia de dos dimensiones: la socioeconómica como principal pero también la territorial. Ya lo expresó claramente Manuel Fraga al pedir el voto en las primeras elecciones de 1977 para «plantarle cara, hay que decirlo, a los grandes enemigos de España, que son el marxismo y el separatismo»¹. Cuarenta años después, con la declaración unilateral de independencia de Cataluña, la dimensión territorial ha vuelto a ganar relevancia.

Ahora bien, en el primer caso se consiguió pactar una Constitución de consenso donde, entre otras cosas, se llegaron a acuerdos con respecto a algunos de los problemas que España había arrastrado en las últimas décadas como la forma de Estado, el papel de la Iglesia, el encaje de las regiones y el recuerdo de la Guerra Civil y la dictadura. Cuarenta años después parecen estar en entredicho en muchos de los temas que entonces se acordaron y la reciente elección general de 2019 así lo muestra. ¿Existe la posibilidad de reformar la Constitución para dar encaje a las nuevas demandas? ¿Qué piensan los ciudadanos y qué proponen los partidos? ¿Y qué ocurre con el conflicto territorial? ¿Qué propuestas y preferencias existen?

El objetivo de este artículo es analizar las preferencias de los ciudadanos con respecto a la reforma constitucional y el modelo territorial así como las propuestas de los partidos en las últimas elecciones sobre estos mismos temas. El foco estará centrado, además, en Cataluña. El conflicto territorial aquí es enorme, ha puesto en tensión todo el entramado institucional y ha afectado al funcionamiento del propio sistema político. La capacidad de polarización del proceso de secesión/independencia catalán es enorme y afecta de manera esencial a las posibles propuestas de reforma constitucional, de adecuación del modelo territorial y está teniendo un impacto profundo en el sistema de partidos.

Para estudiarlo, el artículo se estructura de la siguiente manera. A continuación se analizará de manera breve y sintética la transformación experimentada por el sistema de partidos en la última década y la evolu-

(1) Intervención de Manuel Fraga en el programa especial de RTVE. Accesible aquí: <http://www.rtve.es/alcarta/videos/fue-noticia-en-el-archivo-de-rtve/propaganda-electoral-lideres-elecciones-1977/2344067/>. Desde min. 50,44 hasta min. 60,00. La cita concreta, del minuto 57,22 al 57,26.

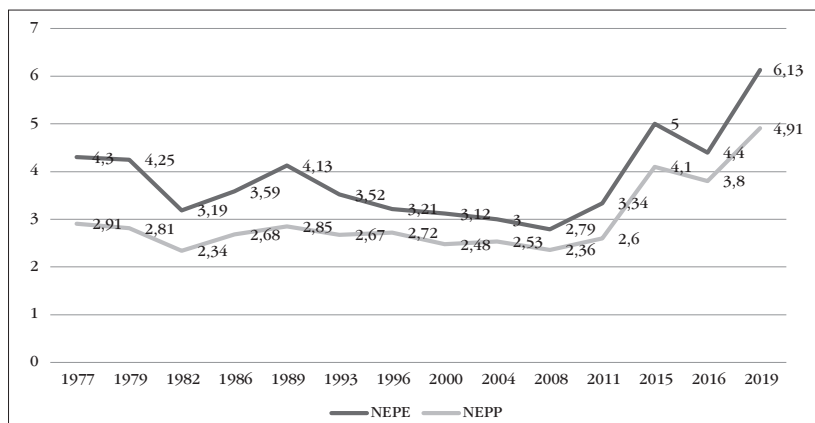
ción de la fractura territorial, con especial atención al conflicto en Cataluña y el papel de los partidos políticos en la polarización. Posteriormente, se clarificarán algunos aspectos metodológicos. El cuarto y quinto apartado se analizará la posición de los ciudadanos y los partidos con respecto a la posible reforma de la Constitución, las preferencias sobre el modelo territorial, las propuestas para gestionar el conflicto catalán y las ideas subyacentes con respecto a la identidad. Finalmente, se extraerán una serie de conclusiones.

2. El sistema de partidos, polarización y la dimensión territorial

El sistema de partidos español ha experimentado una serie de profundos cambios en la última década que han afectado a su formato y mecánica. Así, mientras el sistema fue relativamente estable en el período de 1982 a 2011 y caracterizado por la gran relevancia de los partidos de ámbito no estatal², a partir de ese año comenzó a experimentar diversas transformaciones con grandes consecuencias. Las elecciones de 2015, con la llegada al Parlamento de dos nuevos partidos de ámbito nacional, Podemos y Ciudadanos, visibilizan este profundo cambio. Ahora bien, quizá las elecciones generales de 2019 puedan suponer una nueva vuelta de tuerca en este cambio del sistema de partidos. Aunque sea aún pronto para poder afirmarlo, veamos por qué.

(2) A. BARRIO ET AL., *Partidos de ámbito no estatal y gobernabilidad multinivel: el caso de España (1977-2008)*, en ICPS. *Working Papers* 291, 2010, pp. 1-28.

Gráfico 1 – *Evolución número efectivo de partidos electorales (NEPE) y parlamentarios (NEPP)*



Fuente: P. SIMÓN (2016) para el NEPE y NEPP hasta 2016. Para 2019, cálculos del autor con los resultados provisionales publicados por el Ministerio del Interior.

2.1 *El primer cambio: la regeneración de Podemos y Ciudadanos*

Esta fase comenzó con la apertura del sistema de partidos fruto de la entrada de Podemos y Ciudadanos en las elecciones europeas de 2014 y que se confirmó en las elecciones generales, regionales y locales a lo largo de 2015³. Supuso un gran cambio tanto en el número de partidos estatales relevantes como en la propia mecánica del sistema. Este cambio se observa claramente en la competición por el control del gobierno, cada vez más incierta, con más partidos como posibles opciones gubernamentales, acuerdos innovadores y una mecánica distinta y que supuso el paso de un sistema de partidos cerrado a uno abierto⁴. La mejor muestra del cambio: el sistema español, que se caracterizaba

(3) L. ORRIOLS, G. CORDERO, *The Breakdown of the Spanish Two-Party System: The Upsurge of Podemos and Ciudadanos in the 2015 General Election*, en *South European Society and Politics*, 21 (4), pp. 469-492.

(4) P. MAIR, *Party Systems and Structures of Competition*, en L. LEDUC, R.G. NIEMMI, P. NORRIS (eds.), *Comparing Democracies: Elections and Voting in Global Perspectives*, Londres, Sage, 1996, pp. 83-106.

P. MAIR, *Party system Change*, en R. KATZ, W. CROTTY (eds.), *The Handbook of party politics*, Londres, Sage, 2006, pp. 63-74.

por gobiernos monocolor muy estables y con alternancia completa, tuvo que repetir las elecciones de 2015 al no poderse formar gobierno⁵ y, en 2018, se produjo la primera una moción de censura constructiva exitosa en democracia⁶.

Los dos nuevos partidos que entran en el Parlamento se caracterizaban por oponerse a los dos partidos tradicionales, a la “vieja política” y se presentaban, con diferencias ideológicas notables, como representantes de una nueva política fuera de la lógica competitiva del «viejo bipartidismo»⁷. A pesar del contexto de profunda crisis económica con enormes consecuencias sociales, el modelo de voto económico no es suficiente para explicar el ascenso de los nuevos partidos⁸. En cambio, «son las actitudes de desafección hacia el sistema político y el deseo de regeneración política lo que marca la diferencia». Adicionalmente, añade, el lado de la demanda de la competición – en términos económicos y culturales – sigue siendo unidimensional. De este modo, «Podemos capitaliza en los votantes críticos de la izquierda mientras Ciudadanos lo hace en la derecha»^{9,10}.

(5) P. SIMÓN, *The Challenges of the New Spanish Multipartism: Government Formation Failure and the 2016 General Election*, en *South European Society and Politics*, 21 (4), 2016, pp. 493-517.

(6) Para comprender el origen, funcionamiento y uso de este mecanismo en España, ver F. SIMÓN-YARZA, *La moción de censura: ¿constructiva u «obstructiva»?*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 2015, pp. 87-109. Este mecanismo institucional implica un doble requisito: que el parlamento retire la confianza al gobierno y se la otorgue a otro candidato a presidente de Gobierno. Hasta el momento, en España se han producido cuatro mociones: el PSOE contra Adolfo Suárez el 21 de mayo de 1980; Alianza Popular contra Felipe González el 23 de marzo de 1987. La tercera y cuarta se produjeron contra el gobierno de Mariano Rajoy el 13 de junio de 2017 (presentada por UP) y el 31 de Mayo por el PSOE.

(7) J. FERNÁNDEZ-ALBERTOS, *Los votantes de Podemos*, Madrid, La Catarata, 2015; J. RODRÍGUEZ-TERUEL, A. BARRIO, *Going National: Ciudadanos from Catalonia to Spain*, en *South European Society and Politics*, 21 (4), pp. 587-607; J. SOLA, C. RENDUELES, *Podemos, the upheaval of Spanish politics and the challenge of populism*, en *Journal of Contemporary European Studies*, 26 (1), 2018, pp. 99-116.

(8) De manera sencilla, los modelos de voto económico parten del supuesto de un votante racional que analiza el desempeño o expectativas económicas y vota en función de estos aspectos de corto y medio alcance.

(9) G. VIDAL, *Challenging business as usual? The rise of new parties in Spain in times of crisis*, en *West European Politics*, 41:2, 2018, pp. 261-286. Ambas citas en p. 262.

(10) Todas las citas literales de los textos en inglés, han sido traducidas por el autor.

2.2 *¿Hacia el segundo cambio?: Partidos, ciudadanos y el modelo territorial*

Las elecciones del 28 de abril de 2019 han supuesto la entrada de Vox, un partido de extrema-derecha que, junto con el conflicto independentista catalán, puede llevar a un segundo cambio en el sistema de partidos, donde conviven las propuestas de regeneración democrática y una creciente polarización identitaria y territorial. Esto hace, de nuevo, que tanto el formato como la mecánica del sistema puedan variar, con nuevos vetos, inestabilidades y creciente polarización.

Estas elecciones generales han sido las primeras tras el auge definitivo del conflicto catalán en el otoño de 2017, con la celebración del referéndum ilegal, la declaración unilateral de independencia, la suspensión del gobierno catalán vía art. 155 de la Constitución y la fuga encarcelamiento y juicio de los políticos. ¿Qué papel juega el conflicto territorial? ¿Cómo ha afectado a las preferencias de los partidos y los ciudadanos?

Diversas teorías que analizan las dinámicas entre las estrategias de los partidos, las preferencias ciudadanas y el conflicto territorial han sido aplicadas al caso español. Pero, antes de analizarlas, es necesario hablar brevemente del problema territorial en España, el caso catalán y sus consecuencias políticas y constitucionales.

El modelo territorial que sancionó la Constitución española en 1978 se caracterizó por permitir la creación de las autonomías regionales pero también destaca su indefinición. Esto permitió la emergencia de un sistema federal asimétrico donde no se imponía ninguna solución a la organización territorial del estado, y «dejaban al menos tres opciones abiertas»¹¹. Este sistema se refrendó por una amplísima mayoría en un referéndum que contó con el apoyo de la minoría catalana pero con la abstención del PNV¹².

(11) E. MARTÍNEZ-HERRERA, T.J. MILEY, *The constitution and the politics of national identity in Spain*, en *Nations and Nationalism*, 16 (1), 2010, pp. 6-30. Cita p. 10.

(12) El referéndum de 6 de diciembre de 1978 tuvo una participación el 67,11%, con un 88,54% a favor y un 7,89 % en contra. La aprobación fue muy mayoritaria también en Cataluña – con más de un 90% de votos afirmativos – pero, por ejemplo, tuvo una participación más baja en el País Vasco – un 59,3% en Álava, un 43,4% en Guipúzcoa y 42,5% en Vizcaya – y un voto afirmativo menos claro – 72,4%, 64,6% y 73,0% respectivamente –. En el caso de ambas regiones, hubo partidos, como ERC en Cataluña o HB en el País Vasco, que votaron en contra.

Con su aprobación y su desarrollo, las preferencias sobre el modelo territorial fueron cambiando. Por un lado, y de manera abrupta, el modelo centralista pasó de tener más del 40% de apoyo en los 1970s a ser residual puesto que, como indicó Linz, ningún partido defendía esta opción¹³. El autonomismo se fue asentando con el 55% de las preferencias ciudadanas en 2005, junto con un incremento de las opciones federalistas¹⁴ lo que llevó, como indican Torcal y Mota, a comenzar una segunda ronda de reforma de los Estatutos¹⁵.

Aquí se puede observar la íntima relación entre reforma territorial y constitucional. El impacto de las reformas de Estatutos puede ser muy profundo e implicar un cambio constitucional sin reforma constitucional puesto que las Comunidades Autónomas «poseen un papel muy limitado en la reforma de la constitucional federal nacional pero tiene un gran poder de iniciativa subnacional para reformar sus propias constituciones, por tanto implícitamente cambiando la constitución federal», aunque sea necesario un acuerdo del gobierno central¹⁶. Esto puede llevar a una gran tensión constitucional, con diversas estrategias de los partidos, objetivos distintos y políticas de superoferta. Tanto es así que en pleno proceso de negociación del Estatuto, «ERC y CiU avisaron públicamente al gobierno sobre los riesgos de un recorte sustancial, hablando de “consecuencias impredecibles” si el Congreso “mutilaba” la propuesta de Estatuto»¹⁷. Tras la sentencia del Tribunal Consti-

(13) J.J. LINZ, *De la Crisis de un Estado Unitario al Estado de las Autonomías*, en F. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (ed.), *La España de las Autonomías*, Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1985, pp. 527-672.

(14) Consultar M. TORCAL, F. MOTA, *The role of political parties in shaping citizens' political preferences for the territorial organization of the state: the Spanish case*, en *European Political Science Review*, 6 (3), 2014, pp. 477-502 y E. MARTÍNEZ-HERRERA, T. J. MILEY, *The Constitution and the Politics of National Identity*, cit., para ver la evolución de los datos de apoyo a los distintos modelos de Estado desde la década de 1970s.

(15) Comenzó con la propuesta de reforma del Estatuto del País Vasco, anunciado en septiembre de 2001, aprobado por el Parlamento vasco en diciembre de 2004 y rechazado por el Congreso de los Diputados en febrero de 2005.

(16) C. COLINO, *Constitutional Change Without Constitutional Reform: Spanish Federalism and the Revision of Catalonia's Statute of Autonomy*, en *Publius The Journal of Federalism*, 39 (2), 2009, pp. 262-288. Cita de la p. 263.

(17) C. COLINO, *Constitutional Change Without Constitutional Reform*, cit., p. 271.

tucional de 2010 que supuso la anulación de ciertos artículos, la polarización fue creciendo hasta llegar a su cénit, como hemos visto, en el otoño de 2017.

Ahora bien, ¿es esta visión y estrategia compartida por ciudadanos y élites? No necesariamente. Las posiciones sobre el modelo territorial en los partidos nos muestran que «los partidos más nacionalistas tienden a exhibir unas posiciones sobre la descentralización más radicales que los partidos de ámbito nacional»¹⁸ aunque también debemos tener en cuenta que ciertos partidos estatales pueden tener diversas sensibilidades en sus ramas regionales. Adicionalmente, es necesario destacar, como señalan Torcal y Mota, que los partidos juegan un papel relevante a la hora de estructurar la opinión pública.

Barrio y Rodríguez-Teruel se plantean si el crecimiento de las promesas en la competición política entre los partidos políticos catalanes, durante la década de los 2000s, se debió a las demandas de los votantes o se produjo una polarización previa de la élite partidista. En este caso, todos los partidos, excepto el Pp, participaron en una sobrepuja en la negociación del Estatuto aunque fueron los dos principales partidos nacionalistas catalanes los que más lo hicieron¹⁹. Contrariamente a la idea del modelo de sobrepuja, no se aprecian cambios previos en las preferencias ciudadanas que muevan a los partidos. Concluyen que «puesto que CiU fue el máximo vector del proceso de sobrepuja durante las sucesivas etapas [...], esto sugeriría que fueron los cambios en la posición con respecto a la cuestión catalana (evolucionando de un regionalismo moderado al secesionismo) ha sido la principal fuente de polarización en Cataluña»²⁰.

En su análisis de los gobiernos autonómicos y las identidades regionales, Fernández-Albertos y Lago también consideran que las identifica-

(18) M. TORCAL, F. MOTA, *The role of political parties*, cit., p. 483.

(19) A. BARRIO, J. RODRÍGUEZ-TERUEL, *Reducing the gap between leaders and voters? Elite polarization, outbidding competition, and the rise of secessionism in Catalonia*, en *Ethnic and Racial Studies*, 4 (10), 2017, pp. 1776-1794. La idea de sobrepuja étnica explica la polarización partidista – es decir, la defensa de políticas cada vez más extremas – como consecuencia de un cambio en los votantes y, por tanto, producto de un cambio en la demanda a la que los partidos responden adaptando sus propuestas políticas.

(20) A. BARRIO, J. RODRÍGUEZ-TERUEL, *Reducing the gap between leaders and voters?*, cit., p. 1790.

ciones regionales cambian como consecuencia de las estrategias de los partidos de ámbito no estatal. Su argumento es que para activar el clivaje nacionalista deben darse dos condiciones. En primer lugar, que exista una fuerte fractura regional, normalmente basada en la existencia de una lengua propia. En segundo lugar, que el partido de ámbito no estatal esté en el gobierno para poder activarlo pero en una «situación de debilidad»²¹, con un competidor fuerte en el propio campo nacionalista. Ahora bien, como ellos mismos matizan, sería interesante estudiar el comportamiento de los partidos de ámbito estatal.

Entonces, ¿qué papel juegan los partidos estatales? En un reciente análisis, Pardos-Prado y Sagarzu analizan cómo estos partidos utilizan el tema territorial para desviar la atención en situaciones económicas adversas²². Esta estrategia afecta a la representación puesto que, de manera opuesta, esos momentos coinciden con una menor relevancia del tema territorial para la opinión pública. Se señala la importancia de las dinámicas de gobierno y oposición y matizan que esta estrategia no se circunscribe únicamente a los partidos de la derecha.

En esta línea, Tània Verge se centra en las estrategias de PP y PSOE con respecto al modelo y proceso de descentralización e identifica cuatro dimensiones clave. Las dos primeras son las dimensiones centrales en el estudio de la descentralización: el autogobierno – el grado de autonomía de las regiones – y el gobierno compartido – su papel en la toma de decisiones a nivel central²³. Una tercera dimensión destaca la preferencia de los partidos por el grado de (a)simetría entre las regiones. Por último, el reconocimiento o no de la plurinacionalidad y las especificidades culturales de ciertas regiones. Entonces, ¿qué aspectos son relevantes para explicar los cambios en este tipo de política? La autora des-

(21) J. FERNÁNDEZ-ALBERTOS, I. LAGO, *Gobiernos autonómicos e identidades regionales en España, 1980-2012*, en *Política y gobierno*, Vol. XXII, 2, 2015, pp. 283-315. Cita p. 311

(22) S. PARDOS-PRADO, I. SAGARZU, *Economic performance and center-periphery conflicts in party competition*, en *Party Politics*, 25(1), 2019, pp. 50-62.

(23) T. VERGE, *Party Strategies on Territorial Reform: State-wide Parties and the State of Autonomies in Spain*, en *West European Politics*, 36 (2), 2013, pp. 317-337. Con respecto a las dimensiones del federalismo, ver L. HOOGE, G. MARKS, A. H. SCHAKEL, *The Rise of Regional Authority*, Londres, Routledge, 2010.

taca tres factores²⁴. Por un lado, los incentivos electorales y territoriales que explicarían el cambio en la política. Por otro, la ideología, que es una limitación que proporcionan continuidad en las propuestas partidistas. Finalmente, añade también el estatus gubernamental o de oposición del partido. Aplicando su modelo, Verge observa cómo el PSOE pasó del federalismo al autonomismo y, a partir de 1993, a la federalización, mientras que el PP pasó del regionalismo y autonomismo al centralismo desde el 2000.

Por tanto, a efectos de nuestro análisis, es interesante observar cuáles son las preferencias de los ciudadanos con respecto al modelo territorial y constitucional, su identificación partidista y el sentimiento de identidad, sobre todo en Cataluña, con una lengua y cultura propia. Para las estrategias de los partidos, es necesario tener en cuenta su ideología, su posición de gobierno u oposición, sus posibles diferencias regionales, su fuerza y la competición de otros partidos cercanos. Todo ello ayuda a explicar los incentivos y estrategias para dar relevancia y polarizar el tema regional.

Finalmente, otro aspecto merece ser destacado. Como concluye Martino Mazzoleni en su análisis sobre la relevancia de la regionalización en los sistemas de partidos en Gran Bretaña, Francia e Italia, se observa una convergencia “o al menos una aceptación” de la descentralización en todos los partidos²⁵. Esta aceptación iría en línea con la idea ya mencionada de Linz, que decía que en el centralismo en España había caído de manera muy significativa precisamente porque no había ningún partido que defendiera esta posición. ¿Qué ocurre si estas dos premisas cambian? La entrada de Vox y su efecto en el bloque de la derecha pueden tener consecuencias profundas tanto en el sistema de partidos como en el modelo territorial y su polarización.

Tras esta breve reseña, surgen una serie de hipótesis:

La configuración del actual sistema de partidos lleva a un gran incremento de la relevancia del conflicto territorial, tanto en los partidos de

(24) T. VERGE, *Party Strategies on Territorial Reform*, cit., pp. 319-20.

(25) M. MAZZOLENI, *The saliency of regionalization in party systems*, en *Party Politics*, 15(2), 2009, pp. 199-218. Cita p. 214.

ámbito no estatal como en los partidos estatales. La polarización que produce es tanto ideológica como identitaria.

En el bloque de la derecha, la competición inédita entre tres partidos y todos ellos en la oposición, llevan a una competencia hacia un modelo cada vez más centralizado. De manera inversa, los partidos catalanes, en el gobierno regional pero compitiendo electoralmente en todos los niveles, tienen el incentivo de proponer políticas hacia una mayor ruptura con el sistema político. Los partidos de izquierda estatal, aliados en el gobierno, tienen el incentivo de minimizar unos temas que no son de su «propiedad».

Este incremento de la relevancia del conflicto territorial hace que los partidos representen mejor las diferentes preferencias de los ciudadanos pero, a su vez, dificulten los acuerdos para llevar a cabo reformas constitucionales e institucionales.

3. Metodología, casos y datos

Para analizar la posición de los ciudadanos y las propuestas y posición de los partidos se utilizarán diversos datos y documentos.

Con respecto a la posición de los ciudadanos, se utilizarán diversos barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (Cis). En especial, se hará referencia el Barómetro de septiembre de 2018 (Estudio nº 3223), que incluye varias preguntas sobre la Constitución española, su evaluación y posible reforma. También se utilizarán estudios de diversos años para analizar la evolución de variables relacionadas con las preferencias por el modelo territorial y el sentimiento de identidad. Con respecto a los partidos políticos, se han seleccionado ocho. Por un lado, los cinco principales partidos de ámbito estatal que cubren todas las ideologías políticas. Se analizan el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), el Partido Popular (PP), Ciudadanos (Cs), Unidas Podemos (UP)²⁶ y Vox, que ha obtenido una importante representación en las últimas elecciones. Junto a ellos, se analizan tres de los principales partidos de ámbito no estatal (PANE) de Cataluña, Esquerra Republicana de Catalun-

(26) UP, en las elecciones, se presenta con una coalición con Izquierda Unida (IU).

ya (ERC), Junts per Catalunya²⁷ (JxC) y En Comú Podem (ECP). Este último es la coalición por la que se presenta en coalición UP en Cataluña. A pesar de ello, y de compartir el grupo parlamentario en el Congreso, presenta su propio programa electoral y tiene posiciones un tanto distintas a UP, mostrando la relevancia de las sensibilidades territoriales.

Tabla 1 – *Posicionamiento de los partidos en el eje izquierda-derecha según los votantes*

Partido	Media
Pp	8,1
PSOE	4,1
Podemos	2,3
Ciudadanos	6,9
IU	2,2
VOX	9,3
JxC	5,9
ERC	3,1
En Comú Podem	3,1
Media España	4,6

Fuente: Macrobarómetro marzo 2019 - Preelectoral Elecciones Generales 2019 - 3242

Para analizar las propuestas de los partidos políticos se utilizan sus programas electorales para las elecciones del 28 de abril de 2019. Estos programas, de diversa extensión, son los mejores documentos para analizar cómo compiten electoralmente los partidos al adoptarse consensualmente y posicionarlo en múltiples políticas. La ausencia de una cierta propuesta política ya sería de por sí una toma de posición al intentar minimizar un tema y poner el foco en otros, estrategia coherente con la teoría de la relevancia²⁸. En esta teoría, «la toma de posiciones

(27) La fractura y sucesión de partidos tras la ruptura de *Convergència i Unió* es muy inestable. En este artículo se utilizará de manera indistinta *Convergència Democràtica de Catalunya*, el partido mayor de la coalición de *CiU*, que es como el *CiS* identifica a ciertos votantes de *CiU*, *PDeCat* es el partido sucesor de *CdC* y la coalición de la que forma parte como partido principal, *Junts per Catalunya*.

(28) I. BUDGE, *A new spatial theory of party competition: Uncertainty, ideology and policy equi-*

se realiza a través del énfasis en la relevancia de ciertas áreas políticas comparadas con otras. El cambio político consiste en desenfatar prioridades previas y tomando unas nuevas²⁹.

Esta comparación de los programas electorales de estos ocho partidos se realizará teniendo en cuenta la posición sobre la validez de la Constitución y la predisposición hacia su reforma y profundidad de la misma, las propuestas sobre el modelo territorial teniendo en cuenta las dimensiones propuestas por Verge y las políticas concretas para gestionar el conflicto catalán.

Finalmente, se considera que el marco temporal reciente, este último año, es adecuado para los objetivos de este análisis. Nos permite analizar la posición de los ciudadanos con respecto al rendimiento del sistema constitucional en su 40 aniversario así como las últimas elecciones generales, las primeras que se celebran tras la declaración de independencia de Cataluña y que ha supuesto la entrada de un nuevo partido de extrema-derecha y nacionalista. Muchos análisis que se han centrado en el conflicto catalán no han podido incluir, por su reciente emergencia, a los nuevos partidos políticos. Aunque una visión diacrónica es necesaria y fundamental, analizar sincrónicamente a todos estos partidos en un momento crítico es relevante.

4. La perspectiva ciudadana: democracia, reforma de la Constitución y el modelo territorial

En ese apartado se analizará cuál es la posición de los ciudadanos con respecto a diversos aspectos relacionados con la Constitución y su posible reforma y las preferencias sobre el modelo territorial.

4.1 Democracia y Constitución: una imagen fragmentada

Los estudios muestran cómo la desafección política es muy alta en España, tanto en términos absolutos como comparados³⁰. A pesar del alto

libria viewed comparatively and temporally, en *British Journal of Political Science*, 1994, 24(4), pp. 443-467; I. BUDGE ET AL. *Mapping policy preferences*. Oxford, Oxford University Press, 2001.

(29) I. BUDGE, *A new spatial theory of party competition*, cit., p. 455.

(30) J.R. MONTERO, R. GUNTHER, M. TORCAL, *Actitudes hacia la democracia en España: legítimi-*

apoyo hacia la democracia como el mejor sistema de gobierno posible, se observa una crítica al funcionamiento de la misma, de ciertas instituciones y actores junto con el desapego hacia la participación política. La crisis de 2008 no hizo más que reforzar esta desafección.

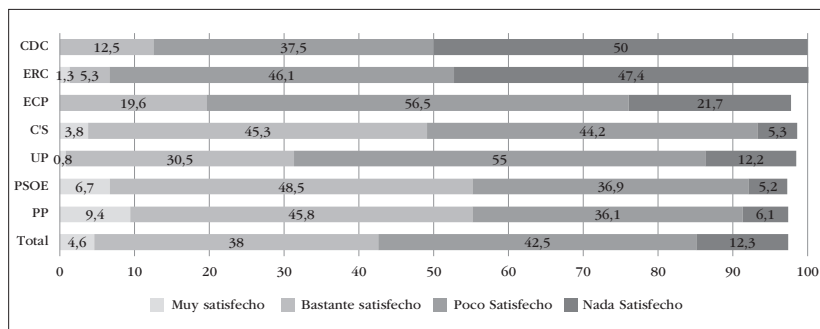
A nivel ciudadano, esta desafección es evidente al identificar los tres principales problemas a los que se enfrenta España. El primero es siempre el paro (y otros problemas de índole económica). Desde el inicio de la crisis económica destacan otros dos: los políticos en general, los partidos y la política (29,4% de los encuestados) y la corrupción y el fraude (23,1%)³¹.

Los datos del Barómetro del septiembre de 2018 del CIS nos presentan la escasa satisfacción con el funcionamiento de la democracia en España, con el 54,8% de los encuestados poco o nada satisfechos. En cambio, el grado de satisfacción sobre cómo han ido las cosas tras 40 años con la Constitución, la visión es un tanto más positiva (47,3% se declaran muy o bastante satisfechos), pero más del 40% se declaran poco, nada satisfechos o tienen una visión ambivalente.

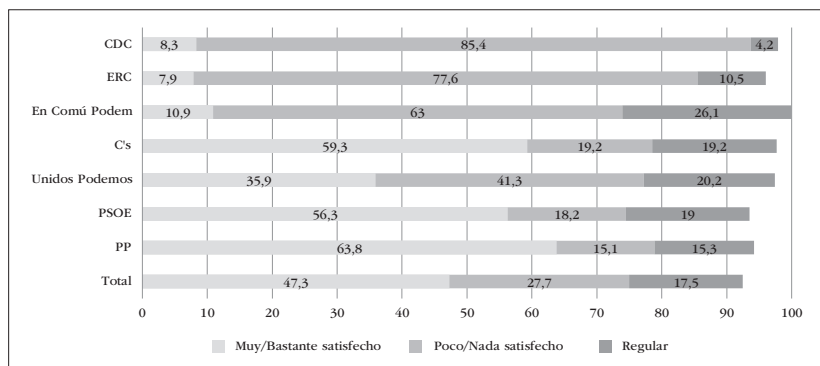
La parte más relevante, aún así, es la gran diferencia que se observa en estas evaluaciones si controlamos por el recuerdo de voto a los partidos. Los votantes del Pp, PSOE y, en cierta medida de Cs, son aquellos más benévolos con la evaluación y rendimiento del sistema. UP es más crítico y matizado mientras que los partidos de ámbito catalán – ECP, ERC y Cdc-JxC – tienen posiciones muy negativas que contrastan profundamente con la de los partidos de ámbito estatal. Alrededor del 80% critica el funcionamiento de la democracia en España y valora negativamente los 40 años de Constitución.

dad, descontento y desafección. En *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 83, 1998, pp. 9-49; M. TORCAL, *Desafección política en España en una perspectiva comparada*, en F.J. LLERA RAMOS (COORD.), *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnósticos y propuestas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 79-112.

(31) Datos del Barómetro CIS de enero 2019, estudio 3238.

Gráfico 2 – *Satisfacción con el funcionamiento de la democracia en España*

Fuente: Barómetro del CIS, Estudio 3223 (septiembre 2018).

Gráfico 3 – *Grado de satisfacción sobre cómo han ido las cosas tras 40 años de Constitución*

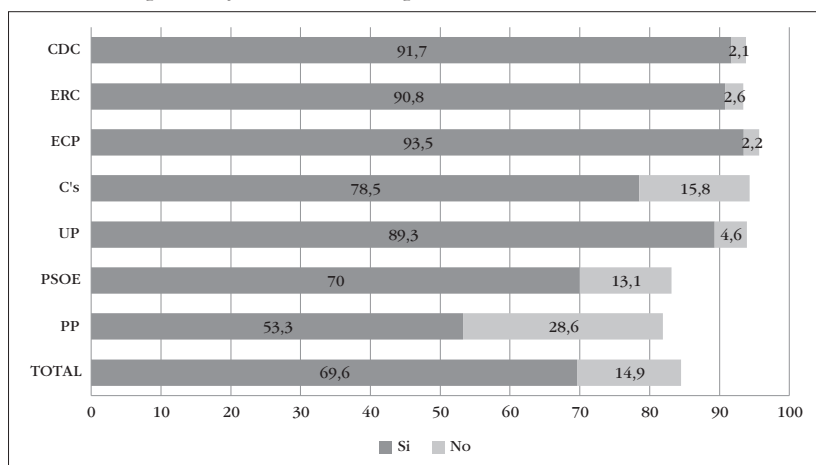
Fuente: Barómetro del CIS, Estudio 3223 (septiembre 2018).

Vemos, y esto es interesante para comprender posteriormente cómo se enmarcan y politizan los temas, que las evaluaciones de los ciudadanos difieren mucho entre España y Cataluña. Entonces, ¿en qué medida esta evaluación tiene un impacto en las demandas de reforma constitucional?

Existe un gran consenso en la necesidad de reformar la Constitución. Esta posición es compartida por la mayoría absoluta de todos los partidos analizados, que van desde el 53,3% de los votantes declarados del PP al 93,5% de Ecp. Pero las preferencias cambian sobre el tipo de re-

forma. La mayoría de votantes del Pp, por ejemplo, están más de acuerdo con una pequeña reforma aunque alrededor de un tercio demandan una gran reforma. Esta idea de pequeña o gran reforma puede observarse en los cuatro partidos de ámbito estatal, aunque con diversos equilibrios. Un 59,4% de UP está a favor de una gran reforma, como el 44,2% de Cs y el 50% del PSOE. Ahora bien, el porcentaje de aquellos que defiende una reforma total es escaso.

Gráfico 4 – *Tipo de reforma necesaria para la Constitución*



Fuente: Barómetro del CIS, Estudio 3223 (septiembre 2018).

De nuevo, este equilibrio se da la vuelta entre los votantes de los partidos catalanes – y vascos –. Las opciones mayoritarias se destacan por una reforma en profundidad (entre el 47,7% de Cdc y el 53,6% de ERC) pero también tiene un enorme peso la idea de reforma total de la Constitución, haciendo ver que la Constitución actual no sirve ya. Un poco más de un tercio de los votantes de Ecp y el 43,2% de los de Cdc defienden esta propuesta.

Finalmente, el Cis realiza una pregunta que se centra sobre los aspectos concretos que deberían modificarse en la Constitución. En este sentido, se pide al encuestado que identifique las dos que considera prioritarias. A continuación, se presentan los tres aspectos concretos que se destacan, a nivel general y por partido.

Tabla 2 – Aspectos concretos en los que habría que introducir reformas en la Constitución (%)

	TOTAL	PP	PSOE	UP	CS	ECP	ERC	CDC
En una mejor coordinación de competencias en educación y sanidad	32,4	38,7	30,6	23,4	35,8	46,2	25	28
En incrementar la transparencia y el control de la actividad política	28,9	28,2	30,3		30		32,5	
En mejorar la protección de los derechos sociales	22,7			33		23,1		
En la regulación de competencias de las Comunidades Autónomas		26,7			27,4		30	40
En incrementar la transparencia y el control de la actividad política			26,8					
En la sucesión de la Corona				23,4		23,1		24

Fuente: Barómetro del CIS, Estudio 3223 (septiembre 2018). Elaboración propia.

Como vemos, existen una serie de aspectos en los que existe un acuerdo sobre la necesidad de reforma constitucional y que tienen que ver, por un lado, con la necesidad de mayor coordinación en educación y sanidad, dos políticas mayoritariamente descentralizadas y base del Estado de Bienestar y, por otro lado, políticas relacionadas con la desafección y crítica al sistema político.

Ahora bien, mientras existe un cierto acuerdo sobre los dos primeros aspectos a reformar, existen un tercer tipo de prioridades que varían según los partidos. A nivel total, mejorar la protección de los derechos sociales es la más apoyada, más aún si tenemos en cuenta las consecuencias de la crisis económica. Pero, en este tercer aspecto, existen también otras preferencias según los partidos.

Una de ellas es la mención a la regulación de las competencias de las autonomías. Vemos aquí una faceta más sobre el estado autonómico y su funcionamiento relacionado con el creciente conflicto entre las atribuciones exclusivas y compartidas del estado central y las autonomías. Los votantes de Pp, Cs, ERC y Cdc destacan esta posible mejora pero, como veremos con las propuestas de los partidos, en sentido contrario. Mientras los dos partidos nacionales quieren garantizar una serie de

competencias para el Estado central controlando y limitando el autogobierno, los dos partidos independentistas quieren garantizar y ampliar aún más sus propias competencias frente al Estado.

El segundo aspecto hace referencia a la forma del Estado. La Monarquía es puesta en entredicho como una de las tres prioridades en los votantes de UP, ECP y CDC. En los dos primeros tiene que ver con una determinada idea democrática republicana por la que una Monarquía hereditaria no es idónea. En el caso de los votantes de CDC, tiene que ver además con el papel del Rey en la crisis territorial y su intervención el 3 de octubre de 2017 en defensa del Estado y la legalidad. Como indicó el presidente de la Generalitat en una declaración institucional, «el rey de España no ha pedido perdón. No lo ha hecho desde que el 3 de octubre compareció en la televisión en una grave declaración política para dar cobertura y apoyo a la represión que se había producido dos días antes contra más de dos millones de catalanes»³².

4.2 Las preferencias sobre el modelo territorial y el sentimiento de identidad

Existen diversas sensibilidades con respecto al modelo territorial – grado de autogobierno y cogobierno – y estas están relacionadas con unos determinados sentimientos identitarios. De fondo, la idea de si España es una única nación o si, por el contrario, es un Estado plurinacional y la consecuente asimetría y diversidad en el trato a las regiones.

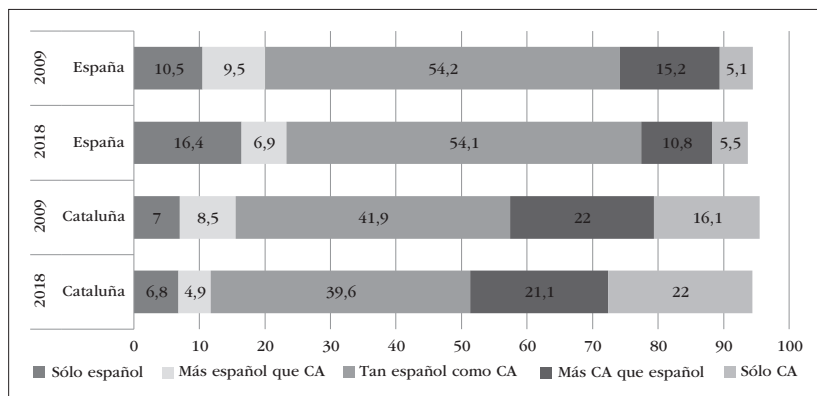
Con respecto a la identidad, el CIS tiene una serie histórica que pregunta sobre este sentimiento y contempla sentirse sólo español, más español, igual de español que del gentilicio de la comunidad autónoma (CA), sentirse más de la CA que español o sólo del gentilicio de la CA. Al tratarse de identidades, esta evolución se caracteriza por cierta estabilidad. En el siguiente gráfico se muestran los datos de 2009 – con el inicio de la crisis – y 2018 para España y Cataluña. Ciertas tendencias de

(32) Q. TORRA, *Declaració institucional del president de la Generalitat amb motiu de la inauguració del Jocs Mediterranis*, Generalitat de Catalunya, Departament de la Presidència, Oficina del President, 22 de Junio de 2018. Cita p. 2. Accesible <https://govern.cat/govern/docs/2018/06/22/13/02/314ed8db-4eed-4f0d-ac1c-fec3523fa6a1.pdf>. Último acceso el 20 de junio de 2019.

cambio son interesantes y van en líneas opuestas en Cataluña y España. En España, aquellos que se sienten sólo o más españoles han aumentado un 3,3% y han subido un 5,9% los que se sienten solo españoles. En cambio, aquellos que se siente con una identidad subnacional más fuerte, han disminuido en un 4,1%.

En Cataluña, en cambio, aquellos con una identidad primariamente española han disminuido un 3,8% y han aumentado un 5% los que se sienten más o sólo catalanes. Aquellos que se sienten sólo catalanes son más que aquellos que se sienten también un poco españoles, otro cambio relevante en los últimos 10 años. Eso sí, es necesario notar que el 51,3% se identifican con tan, más o sólo español.

Gráfico 5 – *Sentimiento de identidad en España y Cataluña (%)*



Fuente: Cis. Elaboración propia.

A continuación, se comparan la preferencia sobre el modelo territorial en dos años (2010 y 2018). Esta pregunta distingue entre cinco opciones que van desde un Estado central sin autonomías a la posible independencia de las cc.aa. Si comparamos Cataluña, País Vasco, el Resto de España³³ y el Total de España, podemos observar, de nuevo, tendencias en sentido opuesto.

(33) En Resto de España se incluye al resto de cc.aa., incluso alguna como Navarra con régimen foral o Galicia, otra comunidad histórica, así como las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Tabla 3 – *Preferencia sobre el modelo territorial (%)*

	2010				2018			
	Cataluña	País Vasco	Resto España	Total	Cataluña	País Vasco	Resto España	Total
Un Estado con un único Gobierno Central	10,1	2,3	15,0	13,2	7,8	3,6	23,3	19,5
Un Estado con CC.AA. con menor autonomía	5,4	4,1	14,5	12,7	2,1	2,9	12,4	10,2
Status quo actual	27,0	32,2	46,3	43,0	22,2	34,6	38,8	36,9
Un Estado en el con CC.AA. con mayor autonomía	29,4	25,7	10,9	14,6	26,1	24,0	10,5	13,6
Un Estado que reconociese la posible independencia de las CC.AA.	23,7	27,7	2,8	7,4	35,6	25,2	3,6	9,5

Fuente: CIS. Elaboración propia.

En el Resto de España vemos que las preferencias por opciones recentralizadoras han aumentado y suponen más de un tercio de las preferencias (35,7%), muy cerca de la opción del status quo, mientras que la idea de una mayor autonomía e incluso independencia se mantiene estable en un 14,1%. Esto supone un gran cambio con respecto a datos anteriores.

En cambio, en Cataluña la opción recentralizadora es muy minoritaria mientras que la profundización del Estado de las autonomías e incluso la independencia es mayoritaria, con un 61,7%. En los datos de 2018 se observa como la opción de la independencia ha aumentado mucho en los últimos 10 años, un 11,9%, situándose por encima de la opción de profundización de la autonomía – al igual que ha ocurrido con el sentimiento de identidad – y convirtiéndose en la opción más respaldada en Cataluña.

En definitiva, ya sea en la evaluación de la democracia y la Constitución, el sentimiento de identidad o el modelo territorial, podemos observar posiciones conflictivas y tendencias opuestas cuando distinguimos entre regiones o recuerdo de voto partidista. Esta evaluación y percepción diferencial supone un incentivo y oportunidad para la politiza-

ción y polarización por parte de los partidos políticos en campaña, como veremos a continuación.

5. La Constitución, Cataluña y la identidad en los programas electorales de 2019

Tras analizar las percepciones, prioridades y sentimientos de los ciudadanos, ¿qué posición y propuestas presentan los partidos políticos en sus programas para las elecciones de 2019? ¿Qué relevancia les otorgan? ¿Son coherentes con las preferencias de sus votantes?

En esta sección se compararán las propuestas de los partidos en los diversos ámbitos analizados. Para muchos partidos, el tema catalán y sus implicaciones más amplias – el estado de las autonomías, la Constitución, la identidad, la lengua, la idea de nación, la democracia – han ganado relevancia frente a los temas económicos y sociales, favoreciendo la polarización política de la identidad y el propio sistema político. En el análisis de la relevancia es interesante observar dónde se encuentran situadas en los programas, las propuestas sobre estos temas. En los tres partidos de la derecha y en los tres de ámbito catalán, los programas se inician – en la introducción y primer capítulo – con las propuestas y reflexiones sobre la Constitución, modelo territorial, identidad y el conflicto catalán. En el caso catalán, de hecho, influyen en todo el programa. En cambio, en los dos partidos de izquierda estatal estas consideraciones están presentes pero quedan relegadas a capítulos posteriores. Esto muestra, de manera gráfica, la prioridad que otorgan ciertos partidos a estos temas.

5.1 La evaluación y reforma de la Constitución

Como hemos visto en el caso de los ciudadanos, la evaluación de la Constitución y su posible reforma varía enormemente según el partido. Esto queda claramente reflejado en los programas de los partidos.

5.1.1 El bloque de la derecha

Gran parte de la estrategia compartida por estos partidos es su crítica al PSOE de Pedro Sánchez por haber llegado al poder con el apoyo de algunos partidos independentistas. El PP lo indica claramente, como ya se

comentó en la introducción al acusarle de «no tener más proyecto que el de pactar con populistas y secesionistas». Además, para ellos, el secesionismo supone una amenaza para la Constitución «que nos hizo ciudadanos libres e iguales, ha sido el elemento vertebrador que ha permitido que estas cuatro décadas hayan sido los mejores años de nuestra historia reciente»³⁴. Vemos así esta idea, compartida por sus votantes, del orgullo de la Constitución y el gran éxito que ha supuesto este período.

Esta misma posición es observable, con matices, por Ciudadanos. Defienden la Constitución y una idea de ciudadanía y, por eso mismo, creen que es necesario actualizarla para el s. XXI y así «garantizar que España sea una nación de ciudadanos libres e iguales». Muchas de sus propuestas de actualización tienen una cierta lógica recentralizadora. Proponen así la clarificación de competencias, eliminar la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de la Corona o incorporar nuevos derechos fundamentales – salud, dependencia, conciliación, transparencia – y «blindar el matrimonio entre personas LGTBI»³⁵.

En cambio, Vox no propone de manera específica, detallada e identificada una reforma constitucional aunque, como veremos, muchas de sus propuestas sobre el modelo territorial, por ejemplo, necesitarían de una reforma profunda del texto constitucional.

5.1.2 *El bloque de la izquierda*

En ambos partidos se observan propuestas de reforma constitucional, de mayor o menor calado, con la idea profundización democrática, mayor transparencia, control ciudadano o lucha contra la corrupción. Aún así, también existe alguna diferencia de temas y énfasis sobre los aspectos centrales de la reforma.

Los votantes el PSOE, como vimos, estaban a favor de una importante

(34) PP, PARTIDO POPULAR, *Programa electoral*, 2019. Citas pág. 6. Documento accesible en <https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/programa-electoral-elecciones-generales-2019.pdf>. Último acceso a este y al resto de programas, el 18 mayo de 2019.

(35) CS, CIUDADANOS, *Programa electoral*, 2019. Citas del Punto 8. Ciudadanos publicó su programa como una página web y no existe (sólo en formato de fácil lectura) un documento en pdf o formato similar. Las citas son de los respectivos puntos del programa. Accesible en <https://www.ciudadanos-cs.org/programa-electoral>

reforma constitucional aunque valoraban relativamente bien el período constitucional. Para el PSOE, la reforma de la Constitución va íntimamente ligada a la posible redefinición del Estado autonómico y «que sólo cabe abordar desde el mayor consenso social y político posible»³⁶. Junto con ello, se propone una profundización y regeneración democrática. Esta idea también está presente en el programa de UP con temas muy variados como la financiación de partidos, lucha contra la corrupción, regulación de lobbies, constitucionalizar la participación facilitando las consultas populares, etc. También proponen dos modificaciones claras, la del artículo 135 que sancionó la estabilidad presupuestaria en una reforma exprés entre PP y PSOE en 2010 y la reforma del art. 49 de la Constitución donde habla de «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos». En esta lógica, es relevante destacar la idea de «suprimir los aforamientos y acabar con la irresponsabilidad del Rey»³⁷ y debatir si es una institución idónea para la democracia. Aún así, muchas de las propuestas que llevan a cabo van en la línea de que se cumpla la Constitución más que grandes y profundas reformas³⁸.

Ambos partidos destacan también la importancia de las políticas de la Memoria Histórica y la confrontación y peligro que supone la llegada de la extrema derecha. Como indica el PSOE, «una vez superado el cuarenta aniversario de nuestra Constitución, España se enfrenta el 28-A a una encrucijada: revalidar nuestro apoyo a los valores democráticos, garantizados por la Constitución del 78, [...] o apoyar a fuerzas que, por acción u omisión, manifiestan un visible desprecio por las víctimas de aquella barbarie fascista»³⁹. UP también enfatiza la «memoria democráti-

(36) PSOE, PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, *Programa electoral*, 2019. Cita pág. 153. Accesible en <https://www.psoe.es/media-content/2019/04/PSOE-programa-electoral-elecciones-generales-28-de-abril-de-2019.pdf>.

(37) UP, UNIDAS PODEMOS, *Programa electoral*, 2019. Cita pág. 51. Accesible en https://podemos.info/wp-content/uploads/2019/04/Podemos_programa_generales_28A.pdf.

(38) En este sentido, es interesante observar la intervención de Pablo Iglesias, secretario general de UP, en el primer debate electoral entre candidatos celebrado el 22 de abril de 2019. Con un ejemplar de la Constitución en la mano, citó textualmente varios artículos para defender sus propuestas y mostrar su encaje constitucional. El problema, venía a decir, es que realmente no se cumple la Constitución.

(39) PSOE, *Programa electoral*, cit., p. 183.

ca» y destaca que España es «la excepcionalidad europea en términos de impunidad y de haberle dado la espalda a nuestra historia»⁴⁰.

5.1.3 *Los partidos de ámbito catalán*

Los votantes de estos tres partidos se encuentran entre los más críticos con respecto al funcionamiento de la democracia en España, su valoración del sistema y su visión de la propia Constitución. Esto se refleja claramente en las propuestas de los partidos aunque con diferencias. En el caso de ERC y JxC sus propuestas y críticas van finalmente dirigidas a la autodeterminación de Cataluña mientras que ECP pretende una transformación profunda del sistema para mejorarlo y no tanto hacia la independencia.

Como explica ERC, el programa que presentan propone «nuestro modelo republicano en contraposición a lo que nos ofrece un Régimen del 78 caduco y en crisis. El propósito de nuestra presencia en Madrid [...] no es otro que el de esforzarse por hacer posible el ejercicio del derecho a la autodeterminación y la República Catalana»⁴¹. JxC enfatiza, además, que «ignorar Cataluña pasa factura a la agenda española y no respetar la voluntad mayoritaria de los catalanes ha instalado a España en la inestabilidad política permanente»⁴². En cambio ECP, al igual que UP y el PSOE, presenta su propuesta en un marco más amplio que el meramente identitario. En la introducción de su programa se comprometen por una economía verde, la lucha contra el cambio climático, el feminismo y «avanzar, en definitiva, hacia una verdadera transformación de progreso de Cataluña y España»⁴³.

En el caso catalán, y en los tres partidos, la crítica al sistema político español y sus instituciones – Monarquía, Senado, sistema judicial – es

(40) UP, *Programa electoral*, cit., p.60.

(41) ERC, ESQUERRA REPUBLICANA DE CATALUNYA, *Programa Electoral*, 2019. Cita pág. 4. El programa de ERC y de JxC está en catalán. Todas las citas literales han sido traducidas por el autor. Accesible en <https://vadelibertat.esquerra.cat/pdf/programa-corts-espanyoles-2019.pdf>.

(42) JxC, JUNTS PER CATALUNYA, *Programa Electoral*, 2019. Cita pág. 4. Accesible en <https://junts-percatalunya.cat/wp-content/uploads/2019/04/ProgramaJxCat-1.pdf>.

(43) ECP, EN COMÚ PODEM, *Programa Electoral*, 2019. Cita pág. 3. Accesible en <http://encomupodem.cat/es/programa-electoral/>.

total. En el caso de ECP, persiguen «una democracia de base, más justa, más igualitaria, solidaria, limpia, participativa y que impregne todos los ámbitos de nuestra sociedad, especialmente todos los que tiene que ver con el bien común». Y, añaden, «es evidente que el régimen del 78 no nos permite alcanzar estos objetivos y es precisamente por eso que queremos cambiarlo todo»⁴⁴.

5.2 El Modelo territorial y el conflicto catalán

Como en el caso de los ciudadanos, las propuestas sobre el modelo territorial y Cataluña son variadas en todas las dimensiones y entre todos los partidos. Cabe destacar como ha emergido un partido claramente centralista frente a otros inequívocamente independentistas.

5.2.1 El bloque de la derecha

La idea del modelo territorial y el conflicto catalán son muy relevantes y están unidos a la propia defensa de la Constitución. Los tres partidos, de un modo u otro, enfatizan la necesidad de una mayor recentralización, con más peso y presencia del Estado y limitando el autogobierno y el gobierno compartido. Aquí podemos ver una diferencia esencial. El Pp y Cs proponen una mayor presencia del Estado y control sobre las autonomías, a través de la clarificación de las competencias, la financiación, el control sobre ciertas políticas y la imposibilidad o moratoria en las transferencias hacia las regiones. Como se indica en el programa del PP, «[s]i en 1978 la modernización del país pasaba por la descentralización, hoy, en 2019, el principal reto que tenemos es el de fortalecer la capacidad vertebradora del Estado para garantizar la libertad y la igualdad de todos los españoles»⁴⁵. Vox, en cambio, directamente se opone al modelo autonómico y propone un «Estado de Derecho Unitario», y, como paso previo, una recentralización inmediata de las competencias de Educación, Sanidad, Seguridad y Justicia unido a la limitación de la capacidad legislativa autonómica y la eliminación de las policías autonómicas.

La financiación de las autonomías, un aspecto central del autogobier-

(44) ECP, *Programa electoral*, cit., p. 126.

(45) Pp, *Programa electoral*, cit., p. 6.

no, también es crucial. En el caso del Pp y Cs, quieren modificarla para ir hacia un modelo «más justo, equitativo y transparente»⁴⁶ y, como en el caso de Vox, suprimir o repensar el Concierto Vasco y Navarro, que supone el reconocimiento de unos hechos históricos diferenciales y una clara asimetría en el trato.

Con respecto a Cataluña, las medidas propuestas para gestionar el conflicto tienen todas un carácter restrictivo. En primer lugar, los tres proponen aplicar el art. 155 de la Constitución de manera inmediata hasta restablecer la plena legalidad frente al «golpe de estado» catalán. En segundo lugar, reformas legales que redefinan o ahonden en la tipificación de ciertos delitos como el de sedición y rebelión, el restablecimiento del delito de convocatoria de referendos ilegales o la modificación de la Ley de Indultos, por el temor a que el gobierno socialista indulte a los políticos catalanes si son declarados culpables. Finalmente, también se ahonda en las limitaciones a los partidos políticos, con propuestas que van desde la ilegalización para los que defiendan la violencia o que tengan como objetivo «la destrucción de la unidad territorial de la Nación y su soberanía» que propugna Vox⁴⁷, limitar el acceso a la financiación a los que vayan «contra la unidad y los intereses generales de la nación» como indica el Pp⁴⁸ o la reforma de la ley electoral «para que sea más justa e igualitaria para que España no dependa de los que quieren romperla», con una barrera electoral del 3% a nivel estatal de Cs⁴⁹.

5.2.2 *El bloque de la izquierda*

En este caso, las propuestas de ambos partidos, con diferencias y matices, van en la línea de ahondar y modificar ciertos aspectos del modelo autonómico para permitir un mejor funcionamiento y encaje de las diversas regiones.

El PSOE destaca su papel de impulsor del Estado autonómico «frente a una derecha que siente nostalgia del pasado centralista y a los que se

(46) Cs, *Programa electoral*, cit., punto 10.

(47) Vox, *Programa electoral*, 2019. cit. p. 2.

(48) Pp, *Programa electoral*, cit., p. 15.

(49) Cs, *Programa electoral*, cit., punto 9.

han adentrado en aventuras independentistas». Se defiende el autogobierno destacando el papel central del modelo autonómico en la mayor cohesión y mejora de la calidad de vida y se apuesta por una «España democrática, plural, abierta, europea y moderna, que reconoce la diversidad en la unidad, la España de todos»⁵⁰.

Para ello se necesita financiación adecuada, garantizada, transparencia y colaboración entre comunidades y lealtad institucional. Como vemos, estas consideraciones son generales y dirigidas a la mejora y actualización de todo el sistema autonómico, no sólo de Cataluña. Sus propuestas van en la línea de fomentar la colaboración vertical y horizontal entre el Estado y las propias autonomías y potenciar la participación de las comunidades autónomas en las decisiones del Gobierno de España, esto es, la idea de gobierno compartido típico de sistemas federales. Proponen también clarificar y precisar las competencias del Estado y «establecer que todo lo no atribuido al Estado por la Constitución es de competencia autonómica»⁵¹. Esto supone un cambio con respecto a la actualidad, puesto que por defecto las competencias no atribuidas expresamente a uno u otro nivel corresponder al nivel central. Otra propuesta supone la constitucionalización de la financiación de las CC.LL. En el caso de UP, el modelo territorial y el conflicto de Cataluña también se enfoca con una lógica distinta, con la idea de la «España vaciada», un desequilibrio que se ha acentuado con el tiempo⁵². Podemos indicar que «desde la misma Constitución, este es un país plurinacional en el que la inmensa mayoría de sus pueblos conviven con fraternidad y deben poder elegir su destino»⁵³. Vemos aquí una idea distinta a otros partidos nacionales, defendiendo la plurinacionalidad del Estado así como de la asimetría entre regiones. Igualmente indican que los problemas territoriales «no se resuelven a garrotazos ni de manera unilateral», las dos estrategias utilizadas por el gobierno central del PP y el catalán

(50) PSOE, *Programa electoral*, cit., p. 149.

(51) PSOE, *Programa electoral*, cit., p. 150.

(52) Ver, para una discusión más general, A. RODRÍGUEZ-POSE, *The revenge of the places that don't matter (and what to do about it)*, en *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 11 (1), 2017, pp. 189-209.

(53) UP, *Programa electoral*, cit., p. 101.

de ERC y JxC, respectivamente. Ellos defienden un «proceso de reconciliación» y apuestan «por un referéndum pactado en el que Podemos defenderá un nuevo encaje para Cataluña en España». También se propone una reforma del sistema de financiación autonómica que garantice un suelo de ingresos para garantizar los servicios públicos y que esté vinculado a una reforma fiscal más amplia y a la solución de la deuda autonómica debido a su «infrafinanciación»⁵⁴.

5.2.3 *Los partidos de ámbito catalán*

Como es lógico, especialmente en el caso de los dos partidos independentistas, el conflicto catalán es central y vehicula todo su programa. En cambio, aunque es muy importante en Ecp, al igual que en UP, se intenta enmarcar con una lógica más amplia. Varios aspectos merecen ser destacados.

ERC y JxC, analizan cómo se ha llegado a esta situación y la evolución del conflicto. En JxC comienzan desde una perspectiva histórica, diciendo que «los agravios del Estado español con Cataluña vienen de lejos, han tenido una continuidad en la historia de España, sea cual sea la forma de gobierno, dictadura o democracia, república o monarquía, y gobierno quien gobierne, las derechas o las izquierdas»⁵⁵. A pesar de estos agravios, tanto JxC como ERC ponen el énfasis en el conflictivo proceso de aprobación del nuevo *Estatut* catalán. Va a ser, para ERC, la sentencia del Tribunal Constitucional la que certifica «de facto el fracaso de una vía que había despertado grandes esperanzas y la necesidad de buscar un nuevo horizonte que superase la insostenible estrechez del marco autonómico»⁵⁶. También, indican desde JxC, cuando se niega un Pacto Fiscal en 2011.

En segundo lugar, se critica la evolución de España, el propio sistema político y sus políticos. Para ellos, todo este proceso ha ido acompañado de una creciente recentralización y ha ido en detrimento de la legitimidad del sistema político español en Cataluña. La aplicación del art.

(54) UP, *Programa electoral*, cit., p. 104.

(55) JxC, *Programa electoral*, cit., p. 5.

(56) ERC, *Programa electoral*, cit., p. 8.

155, la paralización de muchas leyes aprobadas por el *Parlament* catalán y recurridas al Tc y, en definitiva, un Estado centralista que no entiende la plurinacionalidad. La estrategia represiva del Estado, la judicialización de la política, la violencia, la existencia de políticos presos (presos políticos en su terminología), ha llevado a que el Estado español vea «su deslegitimación definitiva a ojos de la mayoría de la sociedad catalana»⁵⁷. En definitiva, critican la democracia en España y, en contraposición, defienden «los valores que animan el proyecto para la República Catalana constituye de hecho, la antítesis del estado de cosas actual»⁵⁸.

En tercer lugar, las propuestas que realizan los partidos para ayudar a gestionar el conflicto. En el caso de ERC y ECP se propone la celebración de un referéndum de autodeterminación, el instrumento más democrático y demandado por la ciudadanía (ERC) a lo que ECP añade una Ley de Claridad donde se fijen las condiciones e interpretación de cualquier tipo de consulta sobre el estatus de Cataluña. JxC, en cambio, quiere resolver el problema haciendo política, «sobre la base de una relación bilateral que reconozca el derecho a la autodeterminación amparado por los tratados internacionales firmados por el Estado español»⁵⁹. Por eso, ponen una condición para su posible apoyo a un gobierno central, el apoyo a la autodeterminación de Cataluña. Vemos aquí el profundo cambio en la relación entre este partido (sucesor de CiU y Cdc) en lo que respecta a su papel de apoyo pragmático a los gobiernos centrales. Pero Ecp también propone reformas para la mejora del autogobierno catalán (blindaje competencial, retirada de recursos de inconstitucionalidad), el gobierno compartido (con participación de la Generalitat en las instituciones y organismos del Estado), la asimetría (nuevas transferencias) y la plurinacionalidad.

5. 3. *El concepto de identidad*

Como se observó en el análisis de las preferencias ciudadanas, existen

(57) ERC, *Programa electoral*, cit., p. 7.

(58) ERC, *Programa electoral*, cit., p. 17.

(59) JxC, *Programa electoral*, cit., p. 6.

diversas percepciones y el sentimiento de identidad, que varía especialmente si tenemos en cuenta la región. Esta percepción del tipo de identidad, más compleja o exclusiva, queda claramente reflejado en las propuestas partidistas.

5.3.1 *El bloque de la derecha*

Lógicamente, en sus ideas se puede observar una concepción de la identidad y una cierta idea de España donde prima la igualdad de todos los ciudadanos españoles frente al reconocimiento y políticas que amparen la diversidad, es decir, una posición más cercana a la simetría entre las regiones y la defensa de una identidad española. Con la idea de que el nacionalismo y el populismo son una amenaza para la Constitución y la democracia, consideran que es necesario «reforzar y hacer respetar los elementos que configuran nuestra identidad nacional, especialmente los símbolos – la bandera y la corona – y la lengua común a todos, el español»⁶⁰.

En el caso de Cs, en la misma línea, proponen medidas que enfatizan los aspectos estatales comunes frente a los particularismos regionales, como potenciar el español para «estudiar, trabajar y rotular tu negocio», hacer que «el conocimiento de lengua cooficial autonómica nunca será una barrera para acceder a un empleo público en España», o añadir «una asignatura sobre la Constitución española»⁶¹. En definitiva, una idea de simetría regional e identidad nacional.

Vox, en esta línea, defiende la «máxima protección» a los símbolos nacionales – bandera, himno, Corona – y defensa de la lengua común y, a la vez, «suprimir el requisito del conocimiento de la lengua cooficial en el acceso a la función pública de forma que se evite cualquier tipo de discriminación»⁶². En los aspectos de ámbito más cultural destaca su plan de conocimiento y difusión de la identidad española, «con especial atención a las gestas y hazañas de nuestros héroes nacionales»⁶³.

(60) Pp, *Programa electoral*, cit., p. 9.

(61) Cs, *Programa electoral*, cit., puntos 4, 5 y 6 respectivamente.

(62) Vox, *Programa electoral*, cit., p. 2.

(63) Vox, *Programa electoral*, cit., p. 3.

5.3.2 *El bloque de la izquierda*

La identidad es un aspecto especial y vemos diferencias entre ambos partidos. El PSOE intenta un difícil equilibrio, como ya se vio en épocas anteriores, entre igualdad y diversidad y asimetría⁶⁴. Apuesta por el reconocimiento más preciso de la singularidad y diversidad de los diversos territorios en los Estatutos de Autonomía que muestre los aspectos «identitarios, históricos, culturales, políticos y lingüísticos así como a una organización institucional y territorial adaptada a las peculiaridades de cada comunidad en cuanto no afecte al funcionamiento de otros territorios»⁶⁵. En el caso de Unidas Podemos su reconocimiento por la plurinacionalidad y la pluralidad cultural de España es claro. Como indicó Pablo Iglesias, el líder de UP, durante su primera evaluación de los resultados de las elecciones generales, el propio 28 de abril «España es plurinacional, basta con ver el resultado en Euskadi y Cataluña. Quien no lo haya entendido, no entiende España»⁶⁶.

5.3.3 *Los partidos de ámbito catalán*

Como hemos visto, al defender la identidad catalana y criticar el centralismo español, todos ellos defienden una idea de Estado plurinacional y pluricultural. ERC presenta también su idea de «una concepción republicana de España es la de un conjunto de naciones y pueblos soberanos que compartimos vínculos comunes y convivimos de manera fraterna en el espacio peninsular. Nada más lejos de la España centralista, autoritaria y uniformizadora que se nos ha querido imponer»⁶⁷. Por ello, el establecimiento de una República catalana abre una ventana de oportunidad para que la sociedad progresista española ponga en cuestión el régimen de 1978, lograr la fraternidad entre los pueblos de España y se consiga una sociedad más justa con las luchas compartidas por las clases populares.

(64) T. VERGE, *Party Strategies on Territorial Reform*, cit., p. 327.

(65) PSOE, *op. cit.*, p. 151.

(66) A. MARCOS, Iglesias: «Somos imprescindibles para que haya un Gobierno de izquierdas», en *El País*, 29 abril 2019. https://elpais.com/politica/2019/04/28/actualidad/1556461122_218757.html. Último acceso el 17 de mayo.

(67) ERC, *Programa electoral*, cit., p. 19.

En el caso de JxC también se pone de manifiesto su defensa de la identidad catalana frente al gobierno español que ha intentado «impedir cada vez más la capacidad de Cataluña de autogobernarse. Lo ha hecho despreciando nuestras instituciones, atacando nuestra identidad y laminando de forma constante nuestras competencias»⁶⁸. Vemos, por tanto, la unión entre identidad y autogobierno.

En una línea en parte similar, desde ECP defienden la creación de una III República, una reforma de la Constitución que reconozca la realidad plurinacional del Estado y defina a Cataluña como una nación, la creación de una Constitución catalana, reconocimiento de un estado plurilingüe y pluricultural y la reforma del Senado.

5.4 Comparación entre las posiciones de los partidos

Como podemos observar en la siguiente tabla, los partidos presentan posiciones distintas en todas las dimensiones analizadas. Esto permite representar las diversas sensibilidades presentes en el electorado pero también supone crecientes incentivos para competir sobre estos temas. Existe una gran diferencia con respecto a los partidos de ámbito catalán. Estos, al igual que sus votantes, evalúan de manera muy negativa la Constitución y, en su caso, llegan a pedir la reforma total. Esto supone una puesta en cuestión profunda del sistema político español. Frente a ellos, los partidos de la derecha estatal presentan una posición opuesta. En su caso, la reforma serviría para mejorar el sistema y, en ningún caso para cambiarlo.

(68) JxC, *Programa electoral*, cit., p. 10.

Tabla 4 – *Comparación de las propuestas en los programas electorales*

	Constitución ⁶⁹		Modelo Territorial ⁷⁰				Id ⁷¹	Conflicto Cataluña
	<i>Evaluación General</i>	<i>Reforma</i>	<i>Tipo</i>	<i>Auto Gobierno</i>	<i>Gobierno Compartido</i>	<i>Asimetría</i>	<i>Tipo</i>	<i>Propuesta solución</i>
PP	+	P	+C	–	–	No	N	Art. 155
CS	+	S	+C	–	–	No	N	Art. 155
VOX	+	n.a.	C	–	–	No	N	Art. 155
PSOE	+	S	F	+	+	Si/No	P	Reforma modelo autonómico-Constitución
UP	+/-	S/T	+F	+	+	Sí	P	Negociación + Referéndum
ECP	–	T	+F	+	+	Sí	P	Referéndum/ Ley de Claridad
ERC	–	T	I	+	+	Sí	P	Referéndum
JXC	–	T	I	+	+	Sí	P	Negociación bilateral

Es interesante destacar, de nuevo, como existen diversas preferencias sobre el modelo territorial. Cabe señalar como ahora sí existe un partido que defiende la supresión de las autonomías y la vuelta a un Estado unitario. Esto ha llevado a que los otros dos partidos de la derecha hayan enfatizado los temas relativos más a la unidad que a la diversidad. En este sentido, la reforma del sistema pasa, para el resto de partidos, en una mejora del cogobierno. Estas preferencias están relacionadas con la concepción de la identidad y la idea de nación: una única nación española o un Estado plurinacional. Son estos temas que ya se debatieron en la redacción de la Constitución y que vuelven a abrirse. El modo de gestionar el conflicto catalán muestra claramente la división. PP, Cs y Vox piden la suspensión de la autonomía catalana. ERC,

(69) Evaluación General de la Constitución, su efecto y vigencia: Positiva (+), Negativa (–) y Mixta (+/–). Reforma de la Constitución: Pequeña (P), Substantiva (S), Total (T). N.A. (no aplicable).

(70) Modelo Territorial:

Tipo: Estado Central (C), Más centralismo (+C), Federalismo (F), Federalismo plurinacional (F+), Independencia (I).

Autogobierno (más competencias para las cc.aa.): Más (+), Menos (–).

Gobierno compartido (un mayor papel de las cc.aa. en la gobernabilidad estatal): Más (+), Menos (–).

Asimetría (diferentes competencias según región): Sí /No.

(71) Identidad: Nacional (N), Plurinacional (P).

ECP y JxC piden o referéndum de autodeterminación o negociación bilateral. En la izquierda, UP defiende la idea de referéndum negociado mientras que el PSOE incorpora la reforma del modelo territorial y la Constitución.

Vemos, por tanto, diferentes prioridades políticas, ideologías y estrategias que llevan a que los temas ganen relevancia y dificulten los acuerdos y vías intermedias.

6. Conclusión y discusión

El sistema de partidos español ha experimentado profundos cambios en la última década. Las recientes elecciones no hacen más que ahondar en ellos. Como hemos podido observar, tanto en las preferencias ciudadanas como en las propuestas y estrategias de los partidos, existen una serie de demandas de modificación de la Constitución y del modelo territorial. Ahora bien, aunque existe un consenso en la necesidad de realizar cambios, el grado de profundidad y el sentido de las reformas muestran posiciones y tendencias en muchos casos opuestas.

Se observan claras diferencias entre las percepciones ciudadanas y de los partidos en España y Cataluña en la evaluación de la Constitución, la necesidad de reforma total, la valoración del sistema político, la preferencia sobre el modelo de Estado o el sentimiento de identidad. Lógicamente, los partidos políticos juegan un papel crucial en la definición y relevancia de estas preferencias, y vemos una clara coherencia entre las posiciones de los votantes y los partidos.

Como se desprende del análisis, el aumento del número de partidos, tanto en la izquierda como en la derecha, ha producido diversas posiciones e incentivos para aumentar la relevancia del tema territorial. Como se formuló en las hipótesis, el bloque de la derecha, con una competición inédita entre tres partidos y, además, en la oposición, ha enfatizado y competido en la dimensión territorial, dando relevancia a políticas recentralizadoras y llegando, incluso, a pedir un Estado unitario como hace Vox.

Esta dinámica también se reproduce con respecto a los partidos independentistas catalanes. Como se indicó en las hipótesis, estos partidos aunque comparten gobierno a nivel autonómico, compiten entre ellos en todas las elecciones. Esto lleva a incentivar la polarización en sus

propuestas políticas hacia una mayor ruptura con el sistema político español, dificultando la matización de ciertas políticas. Como hemos podido observar, de un modo u otro, estos partidos presentan un marco de ruptura clara con el ordenamiento político español. Su posible papel a la hora de investir al gobierno central – ya fueron imprescindibles en la moción de censura que llevó a Sánchez al gobierno – hace que la relevancia y los incentivos para competir en la dimensión territorial aumenten para todos ellos.

En cambio, los partidos de izquierda, PSOE y UP, presentan una estrategia e incentivos distintos. Como se contempló en las hipótesis, ambos venían de colaborar en el gobierno y podían mejorar su resultado global – con UP asumiendo su posición secundaria –. Además, frente a los incentivos identitarios del resto de bloques analizados, los partidos de la izquierda estatal tenían más incentivos para minimizar los temas identitarios, que no son de su «propiedad», para decantarse por temas relativos a la dimensión socioeconómica tradicional. De hecho, como hemos visto, incluso los temas territoriales se enmarcar en un debate más amplio que tiene que ver más con la desigualdad, el desarrollo o la equidad y no tanto con la identidad.

En el nuevo sistema de partidos, la dimensión socioeconómica y la territorial son muy relevantes. Como se indicó en las hipótesis y se desprende del análisis, la creciente polarización hace que el sistema sea más representativo pero, a su vez y debido al tipo de competición y de propuestas, hace que sea más complicado llegar a acuerdos para realizar reformas constitucionales e institucionales.

Las últimas elecciones nos hacen ver el resultado de las estrategias partidistas y el apoyo ciudadano a las mismas y nos muestran ciertas novedades. Estas elecciones han supuesto una volatilidad total del 41,05%, excepcionalmente alta⁷². Esto se debe a diversos factores como la gran pérdida de votos del Pp, la irrupción de Vox, la notable mejora del PSOE, el avance de Cs, el reajuste entre los dos partidos independentistas ca-

(72) Elaboración propia con datos provisionales. Supone la segunda mayor volatilidad total, sólo por detrás de las elecciones de 1982 (43,4%) y muy por encima de la media, hasta 2016, de 14,5%. Ver J. RAMA CAAMAÑO, *Ciclos electorales y sistema de partidos en España, 1977-2016*, en *Revista Jurídica UAM*, 34, pp. 241-266, especialmente pp. 257-260.

talanes, donde se destaca ERC y la entrada de nuevos aunque pequeños partidos.

Tabla 4 – *Resultados elecciones generales del 29 de abril de 2019 – Congreso de los Diputados*

	2019			Diferencia 2019-2016		
	Diputados	Votos	%	Diputados	Votos	%
PSOE	123	7.480.755	28,68%	38	2.036.909	6,05%
PP	66	4.356.023	16,70%	-71	-3.585.213	-16,31%
Cs	57	4.136.600	15,86%	25	995.030	2,80%
PODEMOS-IU-EQUO	35	3.118.191	11,95%	-10	-108.932	-1,47%
VOX	24	2.677.173	10,26%	24	2.629.991	10,06%
ERC-SOBIRANISTES	15	1.015.355	3,89%	6	383.121	1,26%
ECP-GUANYEM EL CANVI	7	614.738	2,36%	-5	-238.364	-1,19%
JxCAT-JUNTS	7	497.638	1,91%	-1	14.150	-0,10%
EAJ-PNV	6	394.627	1,51%	1	107.613	0,32%
EH Bildu	4	258.840	0,99%	2	74.127	0,22%
CCa-PNC	2	137.196	0,53%	1	58.943	0,20%
NA+	2	107.124	0,41%	2	107.124	0,41%
COMPROMÍS 2019	1	172.751	0,66%	1	172.751	0,66%
PRC	1	52.197	0,20%	1	52.197	0,20%

Fuente: Elaboración propia con datos provisionales del Ministerio del Interior. Accesible en <https://www.resultados.eleccionesgenerales19.es/Congreso/Total-nacional/0/es>.

El PSOE ha sido, con diferencia, el partido más votado, con más escaños y duplica al segundo partido, el PP. Aún así, está muy lejos de la mayoría absoluta – 176 escaños – y muestra un Congreso muy fragmentado donde los votos de los independentistas catalanes pueden ser cruciales⁷³. Para nuestro análisis, además, la llegada de Vox, con 24 escaños y más de dos millones y medio de votos, pone fin a dos peculiaridades del sistema español.

(73) En cambio, en el Senado, con un sistema de elección distinto, el PSOE tiene una mayoría absoluta al obtener 137 senadores de un total de 266.

Por un lado, el fin de la «excepcionalidad» que suponía la ausencia de un partido de extrema derecha, habitual en muchos países europeos, aunque con particularidades propias. Mientras que en otros países el auge de este tipo de partidos se debe al temor a la diversidad externa producida por la inmigración, en España parece que tiene un mayor peso la amenaza de la diversidad interna, con el conflicto independentista catalán. Aún faltan los datos necesarios para comprobar esta idea. Por un lado, el propio presidente de la *Generalitat*, Quim Torra, publicó un artículo en el *Washington Post* tras las elecciones que exoneraba al independentismo en el surgimiento de la extrema derecha y aducía que Vox «se ha originado de las divisiones internas y luchas de poder» dentro del Pp. Para él, la extrema derecha española siempre estuvo ahí. En cambio, en otro artículo en el mismo periódico, el profesor Sergi Pardo-Prado comenta sobre el surgimiento de este partido que «mientras Vox se opone a la inmigración, la oposición al secesionismo catalán es su principal desencadenante ideológico»⁷⁴. Nuestro análisis de la relevancia del tema y las propuestas realizadas parece indicar que, al menos desde la estrategia del propio partido, su éxito se debe en gran parte al conflicto catalán y no tanto a la inmigración, aunque esta también pueda jugar un papel central, especialmente en el voto en ciertas regiones.

En segundo lugar, se acaba con un argumento de Linz que justificaba que las opciones centralistas eran minoritarias al no haber ningún partido que las defendiera. Ahora sí lo hay y hemos visto cómo las preferencias hacia una mayor centralización e incluso un Estado sin autonomías, han aumentado mucho en España. En esa competición en el bloque de la derecha, tanto Cs como Pp han enfatizado estos aspectos con propuestas fuertes de recentralización del sistema y menor autogobierno y gobierno compartido. Vemos una tendencia coherente con la

(74) Q. TORRA, *The Catalan independence movement is not behind the rise of Spain's far right*, en *The Washington Post*, 6 de mayo de 2019. Accesible en https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/05/07/catalan-independence-movement-is-not-behind-rise-spains-far-right/?utm_term=.87ad75074597. S. PARDOS-PRADO, *Spain finally has a radical-right party in parliament. Why did it take so long?*, en *The Washington Post*, 10 de mayo de 2019. Accesible en https://www.washingtonpost.com/politics/2019/05/10/spain-finally-has-radical-right-party-parliament-why-did-it-take-so-long/?utm_term=.6bbfec19dee4. Último acceso, 17 de mayo.

llamada «Paradoja del Federalismo»⁷⁵. La descentralización reconoce la identidad de ciertos grupos y les proporciona autonomía política e institucional. Con ello, ganan mayor visibilidad y legitimidad de cara a los ciudadanos, que puede llevar a mayores demandas de autonomía pero, también, reacciones contrarias pidiendo mayor homogenización. Esta dinámica parece estar en juego en España en la actualidad.

Los últimos resultados electorales, en este sentido, nos muestran un voto fragmentado regionalmente. El PSOE ha ganado de manera clara pero con menos del 30% de los votos y a 53 escaños de la mayoría absoluta. Los partidos de la derecha estatal han obtenido pésimos resultados en las dos regiones donde el conflicto territorial es más profundo. En Cataluña obtienen sólo 7 escaños de los 48 en juego. Sólo Cs mejora levemente sus resultados de 2016, entra Vox con un escaño e iguala al Pr, que pierde 5 escaños y más de la mitad de los votos. En el País Vasco ninguno de los tres obtiene representación. Esto puede ser un problema con respecto al peso de la dimensión territorial en su estrategia, al ser partidos residuales en esos territorios. Como indica Sánchez-Cuenca, se observa una relación entre el sentimiento nacional y las preferencias ideológicas, aunque no tendrían por qué estar relacionadas. Vemos, de nuevo, la relación entre las dimensiones económica y territorial y mecanismos que las refuerzan⁷⁶.

Ahora es necesario ver cómo se desarrolla la legislatura. En el momento de escribir estas líneas se deben celebrar las elecciones locales y elecciones autonómicas en muchas regiones. Esto puede cambiar ciertos equilibrios y enviar nuevas señales con respecto al modo de gestionar el conflicto político. Tras estas elecciones se comenzará a despejar el horizonte de la nueva legislatura. ¿Se formará el primer gobierno de coalición con PSOE y UP o, en cambio, se recurrirá a acuerdos parlamentarios puntuales? Como hemos visto, las posiciones de ambos partidos difieren en aspectos clave en el modelo territorial. Además, ¿cómo afec-

(75) M. TORCAL, F. MOTA, *The role of political parties*, cit., p. 478, sucintamente explican esta idea de elaborada en 2010 por J. ERK y L. ANDERSON.

(76) I. SÁNCHEZ-CUENCA, *El nacionalismo domina la política española*, CTXT, 1 de mayo de 2019. <https://ctxt.es/es/20190501/Politica/25946/nacionalismo-espana-derecha-aznar-ignacio-sanchez-cuenca.htm> Último acceso el 17 de mayo de 2019.

tará la entrada de Vox al debate y acuerdos parlamentarios? Está por ver qué influencia puede tener su llegada en la agenda política. Estos posibles cambios, ¿afectarán a la política de enfrentamiento y bloqueo que desarrollan los partidos independentistas o se pueden abrir vías para comenzar a gestionar el conflicto?

Por último, cabe recordar que el cambio del sistema de partidos comenzó con demandas de regeneración y reforma institucional que incluyen necesariamente la revisión de las reglas básicas de un Estado autonómico, no claramente definido en la Constitución. Tras varias elecciones y un cambio profundo en el sistema, vemos que este es más representativo de las diversas opciones y preferencias de los ciudadanos. Pero, también debido a esto y a su creciente inestabilidad, es difícil entrever cómo llegar a acuerdos en estas reformas cuando nos encontramos con posiciones, intereses y estrategias contrapuestas. Hace 40 años se consiguió. ¿Será posible ahora?

Federalismo y descentralización en América Latina. Un análisis comparativo sobre las políticas de salud y educación en Argentina y Brasil*

Cristian Altavilla

Argentina e Brasile sono due chiari esempi di Stati federali fortemente decentrati, soprattutto nel settore sociale, dove la maggior parte delle relative funzioni sono gestite e attuate dai governi subnazionali (Province/Stato e/o Comuni). Nel presente lavoro verrà analizzato in prospettiva comparata il decentramento delle principali competenze sociali in Argentina e Brasile, sia dal punto di vista costituzionale (distribuzione e ripartizione delle funzioni tra i livelli di governo) e fiscale (questione del finanziamento) che dal punto di vista delle politiche pubbliche (decisione, implementazione e gestione di queste competenze da parte dei diversi livelli di governo). In particolare, vengono prese in considerazione due aree politiche tipiche degli Stati interventisti (secondo il particolare modello statale che si è sviluppato nel tempo in America Latina): la salute e l'istruzione. Entrambi i casi sono interessanti a fini comparativi, dato che, sebbene i processi in entrambi i Paesi siano stati diversi, i risultati ottenuti presentano diverse similitudini.

* Una versión anterior de este trabajo fue presentada como ponencia en el *V Seminário Discente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFMG*, Seminario Temático N° 8: «A Construção de Políticas Sociais no Brasil: Avanços, Limites e Possibilidades», organizado por el Programa de Pós-graduação em Ciência Política de la Universidad Federal de Minas Gerais, 18 al 20 de noviembre de 2015, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. Agradezco los comentarios y sugerencias de Márcia Soares, Renata Bichir, Pamela Cáceres y de un/evaluador/a externo/a cuyos comentarios y sugerencias contribuyeron a enriquecer y mejorar este trabajo.

Este trabajo forma parte de una serie de trabajos elaborados en el marco de una investigación postdoctoral con beca de CONICET y fue realizado en parte durante una estancia de investigación en la Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil, noviembre a diciembre de 2015, con beca de AUGM (Asociación de Universidades Grupo Montevideo) – PROGRAMA DE MOVILIDAD ACADÉMICA “ESCALA DOCENTE” 2015-2016.

1. Introducción. Modelo de Estado latinoamericano. Intervencionismo y políticas sociales

En Latinoamérica, por sus particularidades históricas, políticas, geográficas, económicas y sociales, el Estado moderno cumplió un rol fundamental en el desarrollo de las sociedades, en todos sus aspectos. Los principales adelantos son impulsados desde y por el Estado.

Sin embargo, «la relación Estado-capitalismo no ha tenido en América Latina la misma forma que en los Países desarrollados o centrales. [...] la particularidad del Estado guarda estrecha relación con el modo de establecimiento del capitalismo como formación económico-social en cada País»¹. La ausencia de un mercado fuerte o, en otras palabras, de una sociedad civil organizada, con ciertos niveles de educación e ingresos económicos, tuvo que ser suplida por la acción estatal. Tal fue la concepción de los padres fundprovinadores de los Estados latinoamericanos.

En el caso de Argentina, la propia Constitución (sancionada en 1853) erigió un Estado como «impulsor del progreso y el adelanto de la sociedad argentina, el organizador de la vida social»². El Estado es quien debe «proveer lo conducente a la prosperidad del País, al adelanto y bienestar de todas las Provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores», tal como lo establece la propia Constitución Nacional (art. 75, inc. 18).

Esta cláusula fue ideada por Alberdi – autor del proyecto constitucional – inspirado en la Constitución de Estados Unidos y concebida en una época donde el liberalismo político y económico predominaba como forma de pensamiento (para algunos un paradigma, para otros directamente un dogma). Resulta entonces llamativo la inserción de esta

(1) W. ANSALDI, *De la vox populi, vox deus, a la vox pupuli, vox mercatus*, en *Estudios* 31, enero-junio, 2014, pp. 13-31, p. 21.

(2) D. GARCÍA DELGADO, *Estado y Mercado. La nueva relación a partir del cambio estructural*, Buenos Aires, Tesis, 1994, p. 27.

cláusula en ese contexto. Pero sea por convicción o por una real necesidad, el Estado-Nación adquirió en Latinoamérica una modalidad particular: «el Estado determinó fuertemente a la sociedad, apareciendo como modernizador, revolucionario, transformador o garante de un orden represivo, pero en todos los casos con una gran influencia sobre la sociedad. Si en los Países centrales, la sociedad mantuvo mayor autonomía y una dinámica menos dependiente del sector público, aquí, aun en épocas dominadas por perspectivas liberales, no se libró de esa fuerte determinación»³.

La cláusula del progreso de la Constitución Argentina (art. 75, inc. 18) concede al Estado una herramienta extraordinaria para instrumentar el bienestar general (que además es mencionado en el Preámbulo como uno de los seis objetivos generales del Estado Argentino) y abre un espacio para la implementación de un modelo de Estado de bienestar e intervencionista sin recurrir a trabajosas interpretaciones – como la Corte Suprema de EEUU tuvo que hacer sobre el texto constitucional estadounidense para permitir la intervención estatal en el ámbito privado. La Constitución brasileña de 1988 contiene, aunque desperdigadas a lo largo de su extenso texto, cláusulas similares que apuntan a un Estado intervencionista, dotado de las facultades y herramientas necesarias para «el equilibrio del desarrollo y del bienestar» (art. 23, párrafo único). Ambos Países se estructuran como formas de Estado federativas y dotan en materia de progreso y bienestar tanto al Estado-Nación como a sus distintas unidades subnacionales (Provincias o Estados y Municipios). Dentro de este marco normativo-constitucional, ambos Países han experimentado profundos procesos de descentralización de un vasto número de políticas sociales que hoy por hoy, son implementadas y gestionadas de forma directa por las unidades subnacionales.

2. Asignación constitucional de competencias en materia de políticas sociales

Ambas constituciones diseñan un Estado de bienestar, fuertemente intervencionista. Lo más llamativo aún es que tal diseño de Estado está

(3) D. GARCÍA DELGADO, *Estado y Mercado*, cit., p. 28.

previsto para los tres niveles de gobierno reconocidos: el Estado-Nación, las Provincias o Estados y los municipios. Los entes subnacionales se encuentran dotados de amplias competencias, sobre todo en lo que respecta a políticas sociales, lo que hace que ambas federaciones sean altamente descentralizadas (al menos desde el aspecto político).

La federación brasilera se compone de un gobierno federal, la Unión, cincuenta Estados autónomos, de un distrito federal, Brasilia, la capital del País, y unos 5.5000 gobiernos locales, también con autonomía política reconocida constitucionalmente. La federación argentina se compone de un gobierno federal, el comúnmente denominado Estado Nacional, por 23 Provincias autónomas, una Ciudad Autónoma, la Ciudad de Buenos Aires que al mismo tiempo es capital de la República, y por unos 2.900 gobiernos locales. Las disparidades y diferencias horizontales, entre las unidades federadas (entre Estados o Provincias y entre Municipios) son muy grandes. Argentina, por ejemplo, es una de las federaciones más asimétricas en este sentido, presentado una enorme brecha entre las Provincias más ricas y las más pobres.

En materia de gobiernos locales también se observan estas grandes asimetrías. En Brasil, gran parte de sus Municipios son de pequeño porte (menos de 50 mil hab.), representando casi el 90% del número total de gobiernos locales; los de medio porte representan alrededor del 10% y los de gran porte, apenas exceden al 1%. A pesar de que Brasil tiene grandes ciudades en su territorio, reconocidas a nivel mundial, la mayor parte del territorio está indiscutiblemente compuesto por Municipios con baja población, componiendo un mosaico bien distinto de la realidad de los grandes centros urbanos. En Argentina, existe un alto contraste en la población media de los Municipios de cada Provincia. Mientras en Provincias como Buenos Aires, los habitantes promedio por gobierno local es de 116.605 habitantes, en Provincias más pequeñas, como San Luis, el promedio es de 6.013, Santiago del Estero de 5.605, Entre Ríos de 4.919 o La Pampa de 2.472⁴.

En ambas constituciones, la *cláusula residual* se reserva a favor de los entes subnacionales (art. 25, inc. 1° de la Constitución de la República

(4) A. LÓPEZ ACCOTTO, et al., *La estructura de la recaudación municipal en la Argentina: alcances, limitaciones y desafíos*, Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2015.

Federativa del Brasil; art. 121 de la Constitución de la Nación Argentina). Es decir, que todos aquellos poderes que la Constitución no autoriza en forma expresa al gobierno federal, quedan reservadas a los estados subnacionales⁵. A pesar de que la federación brasileña es de tipo devolutiva – lo que implica que la descentración operó desde arriba [*top-down decentralization*] y por tanto, fue el Estado-Nación el que realizó la distribución de competencias – no ha seguido la tendencia de las demás federaciones de este tipo, tales como Canadá y Australia, donde la cláusula residual se inserta a favor del Estado central.

Como se observó en el punto anterior, las propias Constituciones nacionales encargan a los Estados-Nación funciones que son típicamente de bienestar, tales como la educación, la salud, la vivienda, el transporte (solo por mencionar las *clásicas* competencias de bienestar). Al mismo tiempo, tales competencias resultan ser concurrentes con los niveles subnacionales (Provincias y Municipios).

El sistema de distribución de competencias que emplea la Constitución de Brasil consiste en una larga enumeración de las competencias *exclusivas* de la Unión (art. 21) y de las competencias *concurrentes* con los Estados y Municipalidades (arts. 23-24). Entre ellas sobresalen la de «cuidar de la salud y asistencia pública, de la protección y garantías de las personas portadoras de deficiencias» (art. 23, inc. 2°); «proporcionar los medios de acceso a la cultura, a la educación y a la ciencia» (inc. 5°); y «promover programas de construcción de viviendas y la mejora de las condiciones de habitabilidad y de saneamiento básico» (inc. 9°). La Constitución argentina, mucho más concisa, establece en términos generales que todas aquellas competencias relativas al progreso y bienestar del país corresponden en forma concurrente con las Provincias. Ello puede deducirse de una interpretación armónica de los artículos 75, inc. 18, cuando establece como competencia del Congreso de la Nación Argentina, «proveer lo conducente a la prosperidad del País, al adelanto y bienestar de todas las Provincias, y al progreso de la ilustra-

(5) La fórmula utilizada por la Constitución brasileira es la siguiente: «Están reservados a los Estados las competencias que los estén prohibidas por esta Constitución». Mientras que la Argentina reza: «Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación».

ción» (denominada *Cláusula del Progreso*) y del art. 125, en cuanto reconoce que «las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden [deben] promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura».

La competencia en materia educativa se reitera en varios artículos más: así, se menciona como obligación de las Provincias el asegurar la «educación primaria» (art. 5°); como competencia concurrente con el gobierno federal, «garantizar [...] la educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas argentinos» (art. 75, inc. 17); por último, se fija como facultad del Congreso de la Nación, el de «sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales» (art. 75, inc. 19, 3° párr.).

Aunque no surgen de modo expreso ciertas competencias tales como las políticas en materia de salud pública, las mismas fueron prestadas al inicio principalmente por el Estado central, para ir acoplando en el proceso a las Provincias.

La descentralización, ya desde las propias Constituciones, es operada hasta alcanzar a los niveles locales de gobierno, a los Municipios. La Constitución del Brasil regula con mayor detalle la naturaleza política de estos gobiernos locales y los dota de importantísimas competencias que hacen al bienestar general. Todas aquellas competencias mencionadas anteriormente como concurrentes entre la Unión y los Estados, son asimismo concurrentes con los Municipios (art. 23).

En el caso argentino, el régimen municipal depende en gran parte de lo que las Constituciones provinciales regulen al respecto, siempre bajo los lineamientos (genéricos por cierto) que establece la Constitución Nacional. La Constitución Nacional se limita a reconocer a los Municipios como entes autónomos, dejando en manos de las Provincias la facultad de reglar «su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero» (art. 123, incorporado en 1994).

La incorporación de este texto en la reforma de 1994 no fue tanto una imposición del orden federal a los provinciales, sino más bien al revés. El antecedente inmediato de esta norma fueron las propias constituciones provinciales reformadas en la década del '50 y del '80. Para entonces, 18 de las 24 jurisdicciones provinciales ya reconocían la plena autonomía a sus municipios. El constitucionalismo provincial diseñó un verdadero estado municipal de bienestar, dotándolos de competencias en materia de políticas sociales tales como la salud pública, la educación, la vivienda como así también de los denominados derechos de tercera generación, como el medioambiente, el turismo, la cultura, la defensa de los derechos del consumidor y del usuario, etc.⁶. Todas estas competencias son, en ambas federaciones, concurrentes entre los tres niveles de gobierno.

En lo que resta del trabajo, nos abocaremos al análisis de dos áreas políticas cruciales del Estado de Bienestar, la educación y la salud, analizando los distintos procesos de descentralización, la asignación del gasto y de recursos como así también la gestión y coordinación intergubernamental en el diseño e implementación de estas políticas. Estas políticas adquirieron un rol fundamental en el desarrollo de las sociedades latinoamericanas y, en particular, de la brasileña y argentina.

3. La descentralización de las políticas de educación y salud

En Argentina, la educación fue una de las primeras políticas públicas encaradas por el Estado desde sus inicios mismos (circa 1850). En sus comienzos, y de acuerdo al texto constitucional, la educación estuvo encargada a las Provincias, sobre todo el nivel primario (art. 5°). Sin embargo, y por el poco avance que las Provincias habían realizado en esta materia (fundamentalmente en la construcción de nuevas escuelas y por el alto nivel de analfabetismo existente), poco tiempo después el Estado central comienza a hacerse cargo de esta política hasta despla-

(6) C. ALTAVILLA, *Asignación de competencias y atribución de facultades tributarias en el régimen municipal argentino. Alcances y límites del poder tributario municipal*, en A. HERNÁNDEZ, E. REZK y M. CAPELO (COORDS.), *Propuestas para fortalecer el federalismo argentino*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, 2015, pp. 413-448.

zar en gran medida a las jurisdicciones locales⁷. Principalmente durante las presidencias de Sarmiento (1868-1874) y Avellaneda (1874-1880) se produce una gran centralización de esta competencia. Esta política de centralización se consolidaría con la sanción de la Ley N° 1.420 de 1884 – «a través de la cual el Estado define y ordena la instrucción primaria común, obligatoria, laica y universal»⁸ – y la Ley N° 4.874 de 1905 (conocida como Ley Lainez) que facilitó al Estado central (a través del Consejo Nacional de Educación) extender su acción a todas las jurisdicciones provinciales, determinando el establecimiento de escuelas primarias en forma directa en sus territorios, siempre que los gobiernos locales lo solicitaren⁹.

Hacia principios de la década de 1990, y después de casi más de un siglo de concentración de la política educativa en manos del Estado central, se opera un importante proceso de descentralización hacia las Provincias, fundamentalmente de la gestión de dicha política. En 1992, mediante Ley N° 24.049, el gobierno nacional decide prácticamente de manera unilateral y reactiva, transferir las escuelas secundarias que por entonces continuaban en manos del Estado Nacional: la descentralización implicaba la transferencia de 1.905 escuelas, 112.000 maestros, 14.200 empleados no docentes y cerca de un millón de estudiantes¹⁰.

(7) Algo similar ocurriría en materia de salud. La política habitacional, en cambio, fue impulsada por el Estado central hacia la década de 1970 – con algunos antecedentes provinciales aislados, como el caso de la Provincia de Buenos Aires ya en la década de 1930 – a través de programas dirigidos a la construcción de viviendas para sectores más vulnerables y de la clase trabajadora. A diferencia de lo que sucedería con las políticas de salud y educación, la política habitacional fue pensada desde el inicio con la participación de las Provincias, quienes se encargarían de su gestión e implementación, mientras que el gobierno federal se haría cargo del financiamiento y distribución de los recursos a través de un fondo especial, el FONAVI (Fondo Nacional de la Vivienda) creado en la década del 1970. Las políticas de vitalidad tuvieron un desarrollo similar, a través de la creación de un sistema de coparticipación especial en 1932 y la creación en 1958 (mediante Decreto-Ley N° 505) del Consejo Vial Federal.

(8) M. LÁZZARI y S. DONO RUBIO, *La ley Láinez en el debate federalismo - centralismo: un interregno entre las palabras y las cosas*, Ministro de Educación, Ciencia y Tecnología, Noviembre, 2007, pp. 47-57, p. 50.

(9) M. LÁZZARI y S. DONO RUBIO, *La ley Láinez en el debate federalismo - centralismo*, cit.

(10) M. TOMMASI, *Federalism in Argentina and the Reforms of the 1990s*, Working Paper No. 147, Center for research on economic development and policy reform. Stanford: Stanford University, August 2002, p. 69. Este proceso descentralizador reconoce un importante antecedente en la década del 70. En 1978 el gobierno federal *de facto* había ya transferido a las provincias (inter-

La reacción negativa de los gobiernos provinciales obligó al gobierno nacional a demorar la transferencia y a iniciar (a través de sus Ministros de economía y educación) una serie de negociaciones. El Gobierno nacional argumentaba que el incremento en la recaudación (lo que equivalía a un incremento en los montos transferidos a las Provincias vía coparticipación), permitiría a las Provincias afrontar estos gastos sin mayores inconvenientes. En estas primeras negociaciones, los gobernadores aceptaron en términos generales la transferencia del servicio educativo. Pero la sanción de la Ley N° 24.049 representó «sólo el comienzo de una larga serie de negociaciones [bilaterales] entre el gobierno nacional y [cada uno de] los gobiernos provinciales que concluirían recién dos años más tarde, en diciembre de 1993 [...] 13 Provincias firmaron antes de noviembre de 1992 (a un año de la sanción de la ley), y 11 lo hicieron después»¹¹.

La transferencia del sistema de salud se realizó en paralelo con el sistema educativo, y bajo las mismas modalidades que éste. Un hecho paradigmático es que tal proceso se llevó a cabo mediante la sanción de una ley nacional, la Ley N° 24.061 (sancionada el 30/12/1991), y no mediante pactos o acuerdos interjurisdiccionales con los entes subnacionales, como fuera de esperarse. Esta ley vendría a complementar, asimismo, a la Ley N° 24.049 – por la cual se operaba la transferencia del sistema educativo – cuyo apéndice preveía la transferencia de hospitales y otros servicios sociales, con un total de 20 hospitales con 9.200 empleados y 22 institutos de familia y menores con 1.700 empleados¹².

La transferencia de estos hospitales representaron un gasto de \$110,7 millones, equivalente al 17% del presupuesto de la Administración Na-

venidas por aquel) las escuelas primarias y preprimarias, con un total de 6.564 establecimientos primarios y 64.619 cargos docentes y auxiliares (T. FALLETI, *Federalismo y descentralización educativa en la Argentina. Consecuencias (o queridas) de la descentralización del gasto en un país federal*, en E. CALVO, J. M. ABAL MEDINA, (eds.), *El Federalismo Electoral Argentino. Sobrerepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*, Buenos Aires, INAP – Eudeba, 2001, pp. 205-230, pp. 215-216 y M. TOMMASI, *Federalism in Argentina and the Reforms of the 1990s*, cit., p. 68/9).

(11) T. FALLETI, *Federalismo y descentralización educativa en la Argentina*, cit., pp. 220-221.

(12) M. TOMMASI, *Federalism in Argentina and the Reforms of the 1990s*, cit., p. 69.

cional en salud y un total de 9.200 empleados¹³. Al igual que lo sucedido con la transferencia de escuelas, la descentralización en materia de salud tenía importantes antecedentes en la década del '70, con la diferencia que en materia de salud se operó una descentralización más basta, al punto que para inicios de 1990 la mayoría de los hospitales otrora nacionales ya estaban en manos de las provincias.

En Brasil, si bien ya la Constitución de 1891 había atribuido a los Estados competencias sobre salud y educación, estos servicios no llegaron a ser universalizados y descentralizados hasta el nacimiento de la nueva República¹⁴. En materia de salud, el gobierno central concentró la administración y provisión de gran parte de este sistema. La Constitución de 1988 reconoció expresamente la competencia de los Estados y Municipios en esta área, pero fue recién en 1990 cuando, a través de leyes nacionales, se implementó efectivamente el *Sistema Único de Saúde* (Sus) previsto en el texto constitucional, comenzando por la transferencia de las contribuciones de la Seguridad Social hacia los municipios. En este diseño, el gobierno federal (a través del Ministerio de Salud) conservó el rol de financiador y planificador de esta política. Hacia 1992 y 1993, comienza a implementarse las denominadas Normas Operativas Básicas (NOB) del Sus, que constituyen instrumentos normativos pactados entre los distintos niveles de gobierno y que tienden a definir con mayor precisión las competencias de cada esfera de gobierno y las condiciones necesarias para que estados y municipios puedan asumir posiciones en el proceso de implantación del Sus¹⁵.

En materia de educación sucedió algo similar. La Constitución de 1988 confirió la competencia concurrente de esta política a los tres niveles de gobierno, aunque con mayor preferencia a los niveles subnacionales, y

(13) O. CETRÁNGOLO, F. GATTO, *Dinámica productiva provincial a fines de los noventa*, Serie Estudios y Perspectivas, n° 14, Santiago de Chile, CEPAL-ECLAC, marzo 2003, p. 19.

(14) A. PIERCE, *Decentralization and Social Policy in Brazil: An Analysis of Health and Education Policies of the New Republic*, en *Journal of International Affairs*, 2013. Disponible en: http://jia.sipa.columbia.edu/online-articles/decentralization-and-social-policy-in-brazil/#_ednref15. Consultado: 02/03/2019.

(15) R. R. DE SOUZA, *El Sistema Público de Salud Brasileño*, Seminario Internacional sobre Tendencias y Desafíos de los Sistemas de Salud en las Américas, São Paulo, Brasil, 11 a 14 de agosto de 2002.

entre éstos a las municipalidades¹⁶. A diferencia del proceso descentralizador en materia de salud, la descentralización del servicio educativo fue impulsada desde arriba (*top-down*), promovida principalmente por los Ministros de Educación e instituciones financieras internacionales¹⁷. El proceso de descentralización (normativamente previsto ya en la Constitución de 1988) fue implementado y llevado a la práctica a través de procesos de negociaciones donde los gobiernos municipales tuvieron un rol activo, logrando en la mayoría de los casos retener la competencia en la implementación de políticas sobre escuelas primarias, mientras que los Estados retuvieron las escuelas secundarias¹⁸. En esta distribución de competencias, el gobierno federal se reservó el rol de financiador, aunque también en el diseño, a través de la fijación de estándares normativos y la evaluación de la implementación de esta política (evaluación sobre el desempeño y el funcionamiento de escuelas primarias, escuelas secundarias y universidades).

La descentralización de estas dos importantes áreas de políticas (salud y educación) operó en Argentina más bien desde arriba, siendo casi exclusivamente *reactiva*, sin mayor participación de las Provincias en la etapa previa sobre el diseño y las modalidades en que operaría la descentralización. El contexto político-económico en que operó la descentralización en Argentina contribuye a entender el modo en que fue llevada a cabo. El nuevo Gobierno nacional asume en 1989 en un contexto de profunda crisis económica y política. La hiperinflación, el gasto público desmedido, un aparato estatal dilatado, la recesión económica y la falta de recursos genuinos para hacer frente a las obligaciones internas e internacionales llevaron a ese nuevo Gobierno a tomar drásticas medidas de ajuste y achicamiento del Estado. Estas medidas, asimis-

(16) M. ARRETCHÉ, *Federalism, Intergovernmental Relations and Social Policies in Brazil*, en *Forum of Federations*, www.forumfed.org, 2003. Véase también: M. H. TAVARES DE ALMEIDA, *Federalismo e Políticas Sociais*, en *Revista de Ciências Sociais* 10(28) 1995, pp. 88-108; M. ARRETCHÉ, *Federalismo e Políticas Sociais no Brasil. Problemas de Coordenação e Autonomia*, en *São Paulo em Perspectiva*, 18(2), 2004, pp. 17-26 y M. ARRETCHÉ, *Quem Taxa e Quem Gasta: A Barganha Federativa na Federação Brasileira*, en *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 24, June 2005, pp. 69-85.

(17) A. PIERCE, *Decentralization and Social Policy in Brazil*, cit.

(18) A. PIERCE, *Decentralization and Social Policy in Brazil*, cit.

mo, fueron impulsadas desde los principales centros de poder mundiales a través de organismos internacionales de crédito que, a condición de aplicar las medidas macroeconómicas concentradas en el decálogo conocido como el «Consenso de Washington», otorgaban créditos de fácil acceso y a tasas de interés razonables.

Desde este punto de vista, la descentralización en Argentina operó más como una necesidad del Estado central de achicarse y sacarse de encima pesadas y costosas competencias – y dar así «cumplimiento» con aquellas exigencias impuestas entre otros, por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial – más que como un proceso racional, deliberado y consensuado con los gobiernos subnacionales¹⁹. El apresuramiento con que se llevaron a acabo los procesos es una clara evidencia de ello.

El caso de Brasil fue bastante distinto. La descentralización operó en un contexto mucho más propicio para la deliberación y la negociación intergubernamental. Tras el pacífico proceso de redemocratización, las distintas fuerzas políticas – en particular aquellas que representaban intereses locales – pudieron negociar y deliberar acerca de la descentralización en el contexto de la convención constituyente de 1988: «La fuerte reacción contra el gobierno centralizado y la fuerza relativa de los Estados *vis-à-vis* el naciente Gobierno federal, que se enfrentaba a los retos económicos desalentadores, generó una tremenda presión para delegar responsabilidades y recursos a las unidades subnacionales. Como resultado, los intereses regionales en mantener discreción sobre las finanzas, la administración y las competencias de ejecución dominaron las deliberaciones constitucionales»²⁰. Si bien hubo consenso e interés por descentralizar desde el centro (en especial en materia de salud), la

(19) Véase al respecto M. LARDONE, *Juegos trilaterales. Los desafíos político-financieros de la intervención de Bancos Multilaterales de Desarrollo en Provincias argentinas*, ponencia en el VII Congreso Nacional de Ciencia Política de la SAAP, Córdoba, 15-18 de Noviembre de 2005; *Bancos Multilaterales de Desarrollo y reforma del Estado: un análisis comparado de los casos provinciales en Argentina*, ponencia en el Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Río de Janeiro, 11-14 de junio de 2009; y *Bancos multilaterales de desarrollo y reforma el estado: un análisis comparado de casos provinciales en Argentina*, en T. FALLETTI, L. GONZÁLEZ y M. LARDONE, *El federalismo argentino en perspectiva comparada*, Buenos Aires, EDUCA, 2013, pp. 291-329.

(20) A. PIERCE, *Decentralization and Social Policy in Brazil*, cit.

experiencia brasilera contó con importantes procesos de negociaciones entre los niveles de gobierno y un fuerte interés por los Gobiernos subnacionales por una mayor descentralización.

4. La asignación de recursos y el gasto público

En Brasil, la Constitución de 1988 define con mayor precisión la forma de financiamiento de estas políticas públicas, estableciendo así que los Estados y las Municipalidades deberán gastar el 25% de sus recursos disponibles en educación. A modo de complementación, en 1996 se introdujo una enmienda constitucional (Ec 14/96) por la cual se crea, por un lado, un fondo especial, el FUNDEF, compuesto por el 15% de los recursos estatales y municipales condicionados exclusivamente al gasto en educación y, por el otro lado, establece como obligación del Gobierno federal la de auxiliar financieramente a aquellos estados que no logran cubrir el estándar mínimo nacional en gasto educativo.

Los recursos que componen el FUNDEF (de origen estatal y municipal) son posteriormente redistribuidos entre los Estados y sus Municipalidades en función del número de matrículas que se ofrecen cada año. Este sistema de asignación de recursos (prevista desde la misma Constitución) relega al Gobierno federal a un rol secundario en el financiamiento de las políticas educativas: «contrariamente a lo que sucede en el caso de la política de salud, el Gobierno federal no es el principal agente financiador, jugando un rol suplementario a través de la financiación de los programas de provisión de comidas para estudiantes, de escuelas públicas y programas de fortalecimiento de la unidad de la escuela y de calificación. En este caso, con el fin de alcanzar sus objetivos, el Gobierno federal ha adoptado una estrategia de constitucionalizar las transferencias intraestatales, eliminando incertidumbres respecto de la recepción los fondos relacionados con la provisión de matrículas»²¹. Como consecuencia de este sistema de descentralización y de financiamiento, es importante señalar que en materia de educación, los Municipios brasileiros juegan un papel central, siendo responsables de los programas de educación infantil y de enseñanza fundamental. El gobierno

(21) M. ARRETCHÉ, *Federalism, Intergovernmental Relations and Social Policies in Brazil*, cit., p. 8.

local debe aplicar el mínimo del 25% de sus ingresos fiscales, propios y de transferencias. Esta vinculación de ingresos es obligatoria y está prevista constitucionalmente. Existe un Fondo constituido por recursos de los Estados y de los Municipios y un aporte de apenas 10% de recursos federales que redistribuye recursos y auxilia en la financiación de la educación básica.

El financiamiento del sistema de Salud se fue gestionando a medida que se profundizaba en la descentralización de este servicio hacia los Estados y los Municipios. Hacia 1996, durante la presidencia de Cardoso, se crearon los primeros recursos destinados específicamente al financiamiento del sistema de salud, creados con fondos provenientes de la recaudación de un impuesto a las transacciones financieras. Sin embargo, una posterior reducción en la recaudación de este impuesto contrarrestó el mayor flujo de recursos destinados a la salud²². En el año 2000, la 29ª Enmienda Constitucional fijó un nivel mínimo de recursos que cada nivel de gobierno debía invertir en salud, correspondiendo a los Estados un 12% y a los Municipios un 15% de sus propios recursos tributarios y de los provenientes de transferencias federales²³.

En Argentina, el proceso descentralizador de la política educativa no trajo consigo la descentralización de los recursos. Por el contrario, y de acuerdo a la propia normativa legal que dispuso la transferencia de este servicio, establecía con una redacción un tanto confusa (y capciosa), pero con efectos prácticos claros y concisos, que la gestión educativa sería financiada por las Provincias con la parte que les correspondería en el reparto de los recursos coparticipables. Ante la insuficiencia de los recursos provinciales para sostener semejante gasto (infraestructura, sueldos, insumos, etc.), el gobierno federal fue creando diversos fondos federales que serían transferidos a las Provincias con la finalidad específica de financiar el gasto en educación.

Así, a través de la Ley Federal de Educación (Ley N° 24.195, del 14/04/1993) se establecía un cierto monto para las Provincias condi-

(22) A. PIERCE, *Decentralization and Social Policy in Brazil*, cit.

(23) M. M. SOARES y P. ROBSON PEREIRA NEIVA, *Federalism and Public Resources in Brazil: Federal Discretionary Transfers to States*, en *Brazilian Politican Science Review*, 5 (2), 2011, pp. 94-116, p. 99.

cionado al gasto educativo financiado con impuestos directos (es decir, concurrentes a ambos niveles) y con la creación del Fondo Nacional de Incentivo Docente (Ley N° 25.053, del 18/11/1998) se intentó mejorar el salario docente a través del impuesto automotor, un tributo propiamente provincial, pero poco tiempo después quedó sin efecto.

Actualmente, el Gobierno federal contribuye al financiamiento del sistema educativo (ahora en manos exclusivas de las provincias) a través de tres fondos específicos: el Fondo de Transferencia de Servicios Educativos (creado mediante Ley N° 24.049 de 1991), el Fondo Educativo (creado por Ley N° 23.906 de 1991) y la Ley de Financiamiento Educativo (Ley N° 26.075 de 2005) que provee un programa para incrementar gradualmente el gasto público en educación.

De esta manera, y a diferencia de lo que sucede en Brasil, el Gobierno federal se reservó para sí el rol de principal financiador del sistema educativo. Ello no quiere decir tampoco que el Gobierno federal destine fondos suficientes para atender este tipo de gastos. Rol que ejerce muy parcialmente, ya que los fondos destinados a financiar la educación resultan a todas luces ineficientes, tal como se muestra en la Tabla N° 1.

Tabla N° 1 – *Porcentaje de los Fondos Educativos sobre el total de Transferencias Federales (2000-2009)*

C.F.I.	25,7%
Fondo de Financ. Educativo (Ley N° 26.075)	1,9%
Transfer. de Servicios (Ley N° 24.049)	2,6%
Fondo. Educativo (Ley N° 23.906)	1,7%
Resto Transferencias	68,0%

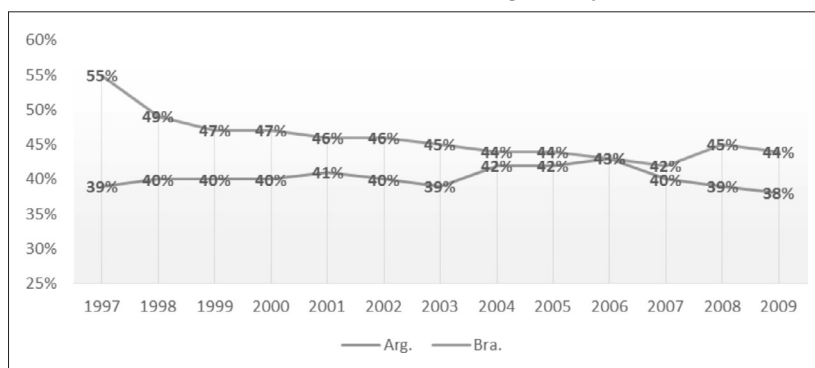
Fuente: Elaboración propia en base a información proporcionada la Dirección Nacional de Coordinación Financiera con las Provincias, Ministerio de Economía de la Nación.

Como puede observarse, los tres fondos juntos representan apenas el 6,3% del total de las transferencias fiscales federales hacia las Provincias (en promedio entre los años 2000 y 2009). A partir del año 1993, los servicios sociales comenzaron a representar un porcentaje muy importante del gasto público provincial. En promedio entre 1993 y 2015, los servicios sociales representaron el 54,40% del gasto provincial, den-

tro del cual salud representa un 11,30% y educación un 29,80%. Tomando las transferencias que el conjunto de las Provincias reciben del Gobierno federal destinadas al gasto en educación puede apreciarse fácilmente que existe un gran desfase entre el financiamiento federal y el gasto provincial, ya que educación representa el gasto más importante dentro del presupuesto provincial. En materia de salud, directamente no existen fondos federales específicos destinados a su financiamiento ni reglas fiscales tendientes a destinar en forma específica ciertos recursos al sistema de salud, por lo que en definitiva, el sistema es soportado íntegramente con recursos provinciales.

En ambos Países, el gasto subnacional es bastante elevado, aun comparado con otras federaciones descentralizadas. Como se observa en el Gráfico N° 1, los gobiernos subnacionales representan un importante porcentaje del gasto público consolidado, siendo levemente superior la participación de los estados brasileiros (44% actualmente) al de las provincias argentinas (38%).

Gráfico N° 1 – Gasto Público Subnacional en Argentina y Brasil (1997-2009)



Fuente: Elaboración propia en base a información proporcionada por el Ministerio de Economía y Finanzas de Argentina (<http://www.mecon.gov.ar/>) y el Ministerio de Finanzas del Brasil (<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/>).

Si se considera el gasto público subnacional en educación y salud, podemos observar que, como porcentaje del gasto público total, las provincias argentinas cubren el 80% del gasto social en educación, mientras que los estados brasileiros poco más del 70%. En materia de salud,

el gasto subnacional en Argentina y Brasil oscilan el 50% del total²⁴. Estos datos no consideran, sin embargo, las asimetrías horizontales existentes, la cual es alta en ambas federales, ni el porcentaje con que los entes subnacionales cubren sus gastos con recursos propios y con transferencias federales. Respecto de este segundo aspecto, un indicador útil para medir cuán autónomos son los gobiernos subnacionales desde el punto de vista fiscal, es el *índice de equilibrio fiscal vertical*.

Tabla N° 2 – *Desequilibrio Fiscal Vertical en Argentina y Brasil (2002-2012)*

	Argentina	Brasil
Expenditure	39.7	45.9
Revenues	15.3	32.2
VFI	0.39	0.70

El desequilibrio fiscal puede ser horizontal o vertical. Es vertical cuando los recursos subnacionales resultan insuficientes respecto del nivel federal. Siguiendo a SWENDEN, cuando la proporción que se obtiene de medir el promedio de los recursos subnacionales propios más las transferencias federales como porcentaje del total de los recursos y gastos nacionales, es menor a 1.0, ello significa que las unidades subnacionales no llegan a cubrir sus gastos con sus propios recursos. Cuando esa proporción es superior a 1.0, ello significa que los gobiernos subnacionales reciben más recursos de los que gastan²⁵. Una proporción de 1.0 significa un balance fiscal perfecto.

En esta medición, Brasil muestra un desequilibrio fiscal de 0.70, mientras que Argentina uno de 0.39, de un promedio entre los años 2002 y 2012. El gasto subnacional en Argentina fue de 39,7, mientras que en Brasil de 45.9; mientras que los recursos disponibles para los gobiernos subnacionales en Argentina fue de 15.3, y en Brasil de 32.2. Estos

(24) J. P. JIMÉNEZ, T. TER-MINASSIAN, *Macroeconomic challenges of fiscal decentralization in Latin America in the aftermath of the global financial crisis*, Documento de Trabajo N° 112, 2011, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile – los autores incluyen en ambos Países, a los Estados/Provincias y a los Municipios.

(25) W. SWENDEN, *Federalism and Regionalism in Western Europe. A Comparative and Thematic Analysis*, Basingstoke, Palgrave, 2006, p. 112.

datos indican que los gobiernos subnacionales brasileños cubren una mayor cuota del gasto público consolidado y reciben mayores recursos que las provincias en Argentina. Ninguno de los dos Países escapa, sin embargo, a esta tendencia mundial, desde que el desequilibrio fiscal es común en la gran mayoría de los Países.

Por último, cabe destacar la importante participación que tienen los Municipios brasileños en estas dos importantes áreas. Para mayo de 2002, 5.537 Municipios de un total de 5.560 Municipios que existen en Brasil (es decir, el 99,6%) habían ya asumido la gestión directa (parcial o completa) de los servicios de salud y en 2000, los Municipios brasileños fueron responsables de un promedio del 89% de la prestación de servicios de atención médica total en el Brasil²⁶.

Esta importante participación de los Municipios brasileños en la prestación y gestión del sistema de salud contrasta con la escasa – o casi nula – participación de los Municipios argentinos en esta área de política. En general, los Municipios argentinos muestran una participación casi insignificante en la prestación y gestión de políticas sociales. El gasto público municipal en relación al gasto público consolidado (considerando los tres niveles de gobierno) osciló en el período 1990-2009, entre el 6,0% y el 7,5% del total²⁷. Dentro de ese pequeño porcentaje que representa el gasto público total de los Municipios en relación con el consolidado, solo el 11.21% fue destinado, en promedio en el mismo período, a la atención pública de la salud y el 4.91% a la educación básica²⁸. En ambos Países, la participación de los gobiernos locales fue en aumento desde la instauración democrática (1983 en Argentina y 1985 en Brasil), pero mientras en Argentina pasaron de representar el 4,3% del total en 1986 al 7,4% en 1994, los Municipios brasileños habían pasado del 11% en 1988 al 16% en 1993²⁹.

(26) M. ARRETCHÉ, *Federalism, Intergovernmental Relations and Social Policies in Brazil*, cit., p. 6.

(27) C. ALTAVILLA *Asignación de competencias y atribución de facultades tributarias en el régimen municipal argentino*, cit.

(28) C. ALTAVILLA *Asignación de competencias y atribución de facultades tributarias en el régimen municipal argentino*, cit.

(29) M. M. SOARES y P. ROBSON PEREIRA NEIVA, *Federalism and Public Resources in Brazil*, cit.

5. *La gestión directa y pautas de coordinación*

En Argentina, el gobierno federal, además de reservarse el rol de financiador (que cumple muy insatisfactoriamente) también se reservó ciertas facultades para fijar pautas generales de la educación pública. Así, a través de la Ley N° 26.206, denominada Ley de Educación Nacional, sancionada en el 2006, el Gobierno federal fijó ciertos estándares mínimos que deben contener los programas educativos y una serie de objetivos que deben ser alcanzados por las Provincias.

A raíz de la descentralización operada en 1992, se creó el Consejo Federal de Educación³⁰ como organismo encargado de decidir y coordinar la política educativa, con la participación de autoridades educativas nacionales y provinciales. Se trata de una instancia de concertación, acuerdo y coordinación de la política educativa nacional para asegurar la unidad y articulación del Sistema Educativo Nacional. Lo que en términos económicos y financieros habían perdido las Provincias tras el traspaso de este sistema, lo ganaron en el terreno político, desde que la participación provincial en esta arena de coordinación y negociación se impone por sobre la federal³¹.

En materia de salud, tampoco se evidencian mecanismos de coordinación y de gestión intergubernamentales relevantes. Las pujas por recursos entre nación y provincias «ha generado problemas tanto de decisión como de implementación de políticas nacionales – que se observan en otras áreas más allá de la salud – en tanto la relación entre y con las Provincias se plantea en términos de poca cooperación»³².

En Brasil, la descentralización adquirió un rasgo más progresivo. La descentralización en materia de salud operada desde la Constitución de 1988 a raíz de las presiones ejercidas por coaliciones políticas que representaban y defendían los intereses locales, fueron posteriormente

(30) En rigor de verdad, el Consejo Federal de Educación fue creado en 1972 (Decreto Ley N° 19.682), pero será recién a partir de las reformas y transferencias del sistema de inicios de la década del 90 cuando este consejo adquiere la fisonomía e importancia actuales.

(31) Véase T. FALLETTI, *Federalismo y descentralización educativa en la Argentina*, cit.

(32) CEDI (Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional) *El funcionamiento del sistema de salud argentino en un contexto federal*, Documento 77, Banco Mundial, Septiembre, 2002, p. 23.

implementadas en la práctica a través de distintos canales institucionalizados que dieron marco a las relaciones intergubernamentales a la toma de decisiones conjuntas entre los tres niveles de gobierno, tales como el Consejo de Secretarios de los Estados de Salud (CONASS) y el Consejo de Secretarios Municipales de Salud (CONASEMS). Estos concejos se complementan con instancias institucionalizadas de negociaciones intergubernamentales, tales como la Comisión Inter-gestores Tripartita (CIT) que aglutina al Ministerio de la Salud, el CONASS y el CONASEMS en el ámbito nacional. A su vez, dentro de cada Estado, se crearon Comisiones Inter-gestores Bipartitas (CIB), con representación de la Secretaria Estadual de la Salud y del Consejo Estadual de Secretarios Municipales de Salud – COSEMS³³. Como consecuencia de este proceso de descentralización los municipios brasileiros tienen el deber de garantizar los servicios de atención básica a la salud y prestar servicios en su localidad, contando con la cooperación técnica y financiera de los Estados y de la Unión. En Brasil la salud es atendida en un Sistema Único que actúa en las tres esferas de poder, sin embargo, es de responsabilidad de los Municipios el ofrecimiento de la atención básica y la gestión del sistema en la esfera local. Los Municipios están obligados a aplicar el 15% de sus ingresos propios en salud mientras los Estados deben aplicar el 12%. La Unión de acuerdo con la norma constitucional deberá invertir anualmente en salud lo mismo que gastó en el ejercicio anterior más el crecimiento del PIB.

La política educativa brasileña es reconocida por la Constitución a los tres niveles de gobierno como competencia concurrente, pero en la práctica, es gestionada por los estados y sus municipalidades, quienes deciden las principales y más importantes políticas – tal como sucede en el caso argentino. Consecuentemente, el Gobierno federal juega un rol secundario y reservado a la financiación de las políticas educativas. En 1994 se reorganizó el Consejo Federal de Educación, imprimiendo mayor capacidad a los gobiernos subnacionales en la gestión y coordinación de esta política.

El Gobierno federal brasileiro se reservó un rol de financiador y de coordinador en cuanto fijó ciertas pautas generales en la prestación del

(33) R. R. DE SOUZA, *El Sistema Público de Salud Brasileño*, cit.

servicio educativo y de contralor y evaluador de las políticas implementadas. Así, en la década de 1980 se impulsó desde el Gobierno federal reformas que tendieron a la universalización del acceso a la enseñanza. En la década posterior, sobresale el avance en materia de legislación nacional tendientes a consolidar y profundizar las reformas de las décadas anteriores: el Plan Educación para Todos de 1993, la sanción de la Ley N° 9.394, de Directrices y Bases de la Educación Nacional (LDB) y la creación del FUNDEF ambos en 1996.

6. Conclusiones

Argentina y Brasil se erigen como típicos modelos de Estados de Bienestar en Latinoamérica, un modelo de Estado que viene impreso ya en sus propias constituciones nacionales. En este modelo, las políticas sociales cobran impar importancia. Tomando solo dos de las más significativas políticas sociales – educación y salud – este trabajo ha intentado realizar un somero recorrido por los distintos procesos de descentralización operados en ambos países, el diseño de la implementación y financiación de estas políticas y los principales lineamientos de la coordinación intergubernamental. Con ello, se quiso remarcar dos cosas: la importancia de las políticas sociales en ambos contextos y la cada vez más fuerte participación de los gobiernos subnacionales en la gestión de estas áreas de políticas.

Una reciente pero basta literatura ha comenzado a prestar especial atención a lo que sucede en los niveles subnacionales de gobierno, lo que ha permitido poder entender con mayor claridad los resultados políticos alcanzados a nivel nacional. La injerencia de estos niveles de gobierno en la arena nacional no es menor, y Argentina y Brasil son claros ejemplos de ello.

La descentralización en todos sus aspectos y dimensiones es hoy una tendencia mundial, que se registra incluso en Países tradicionalmente unitarios³⁴. Más allá de las deficiencias en el diseño o en la implemen-

(34) Véase al respecto, C. ALTAVILLA, *Fiscal (De)Centralization and Multilevel Governments in Different Institutional Settings. Argentina and Denmark in comparative perspective (2000-2015)*, 2016 Public Management Research Conference (PMRC), Aarhus Universitet, Aarhus, Dinamarca, Junio, 22-24.

tación de estos procesos descentralizadores, el resultado alcanzado en ambos casos (con sus propios matices) deja de resalto la participación cada vez más decisiva de los gobiernos subnacionales.

Sin embargo, resulta esencial enfatizar en la idea de que esa descentralización debe venir acompañada con el fortalecimiento de los gobiernos locales, pues no basta descentralizar sin que el ente local posea condiciones y medios necesarios para realizar las tareas encomendadas. Brasil ha dado importantes pasos en este sentido, logrando una mayor armonización en el gasto público social en materia de salud y educación a partir de la creación de fondos federales y de reglas fiscales claras que orientan el gasto subnacional (estadual y local) en una dirección muy precisa. Consecuencia de ello es el rol relevante que juegan los Municipios en la prestación de los servicios de salud y educación. Argentina, en cambio, adolece todavía de reglas fiscales claras que orienten el gasto público subnacional de manera de equiparar el gasto subnacional consolidado en estas dos áreas sumamente sensibles de políticas sociales.

Es precisamente en este punto donde reside el principal desafío del federalismo y su efectividad, ya que la ampliación de las atribuciones municipales no está acompañada del incremento de ingresos. No hay, por parte de los demás entes federados, especialmente la Unión, mecanismos claros de compensación y resarcimiento por la asunción de obligaciones originariamente vinculadas a las esferas más centrales, dada la complejidad y requisitos propios de viabilidad financiera, propios del principio de subsidiariedad.

Desde un punto de vista formal, puede concluirse que la distribución de competencias parece acertada en ambas federaciones. Sin embargo, desde el plano práctico, sin los medios financieros para que posibiliten la atención de las necesidades a tareas nuevas derivadas de la descentralización, tal aumento de competencias se revelaría inocua y meramente formal, relegando al principio de subsidiariedad a un papel secundario en la consecución de la finalidad pública. Pero el problema no termina allí. Ello termina por generar un problema más grave a futuro, ya que los gobiernos estaduales y locales comienzan a endeudarse – o a recurrir a fuentes alternativas de financiamiento – lo que en definitiva termina por perjudicar al conjunto (*flypaper effects* y *externalities*).

Tanto Argentina como Brasil cuentan con un número significativo de gobiernos locales. Unos 2900 Municipios argentinos y unos 5.500 en Brasil, cuyas características y composiciones (sobre todo demográfica) varían mucho entre los Municipios de tamaño pequeño (la gran mayoría) y los de tamaño grande (de menor número). Estas realidades dispares y diversas deben también ser tenidas en cuenta a la hora de operar procesos de descentralización para evitar caer en el riesgo de producir sistemas fragmentados en la provisión de servicios sociales básicos debido a la diferente conformación poblacional, de recursos humanos, financieros, etc.

A pesar de la adopción de un modelo de Estado de bienestar social, por ambas Constituciones, todavía estos Países tienen por delante el desafío de dar el mejor contorno a su arreglo federativo y distribución de competencias, ya que acabaron por atribuir una seria de obligaciones a los Municipios sin la debida contrapartida financiera, inviabilizando una mejor gestión de políticas públicas por parte de los Entes locales y obstaculizando a fin de cuentas la consecución de un verdadero Estado de bienestar social.

Le “Città intelligenti” alla luce del principio di sussidiarietà

Graziana Urbano

Il contributo esamina il tema delle “Città intelligenti”, collocando la definizione all'interno dell'ordinamento giuridico. In particolare, l'Autore, mediante la descrizione di un quadro definitorio dei termini Città e “Città intelligente”, suggerisce una lettura giuridicamente orientata dell'aggettivo “intelligente” accostato alla Città, attraverso il prisma del principio di sussidiarietà orizzontale. L'interpretazione della “Città intelligente” proposta mette in luce l'importanza, sempre più incisiva, degli istituti di partecipazione attiva dei cittadini ai processi decisionali della pubblica amministrazione, quale corollario del principio di sussidiarietà. Strettamente connesso è il concetto di “comunità intelligente” e, in questo caso, l'Autore rintraccia la rilevanza del connotato di “intelligenza” sia in relazione agli spazi urbani in cui la comunità si muove sia in relazione a una nuova categoria giuridica rappresentata da bene comune.

1. I termini della questione: il quadro definitorio sulla “Città”

Nell'ambito di una significativa riviviscenza degli studi sulle *smart cities* in ambito prevalentemente sociologico, economico e urbanistico, si è imposto, solo di recente, e sotto la spinta del legislatore comunitario, un nuovo filone di studi orientato ad approfondire il concetto di *smart city* nelle sue possibili declinazioni giuridiche.

Il legislatore italiano, nel prendere atto dei fenomeni di progressiva “metropolizzazione del territorio” e dei riverberi di esso verso nuove forme di benessere collettivo, sembra aver finalmente compreso l'ineluttabilità di un approfondimento del concetto di *smart city*, a tratti largamente abusato, che dall'ambito socio-economico si sposta verso quello giuridico secondo un approccio tipicamente multidisciplinare¹.

(1) Cfr. E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro della città*,

Eppure, mentre il termine e la nozione di Comune appartiene alla tradizione giuridica nazionale², oltre che alla riflessione politologica³ e ha sempre trovato una sua entità e collocazione all'interno del nostro ordinamento sia a livello costituzionale sia a livello legislativo (in particolar modo nel T.U. degli Enti locali), il concetto di "Città" è, invece, del tutto estraneo al panorama normativo nazionale.

Del pari, è assai scivolosa, dal punto di vista strettamente giuridico, l'attribuzione dell'aggettivo "intelligenti" alle Città.

Occorre, pertanto, tracciare in premessa un breve quadro definitorio concettuale relativamente alla Città e alla Città intelligente.

La normativa nazionale che ha promosso la creazione delle *smart cities*, ossia il d.l. n. 179 del 2012 (cd. decreto crescita 2.0) e, a stretto giro, la legge delega n. 124/2015 (cd. riforma Madia) che si è occupata segnatamente di riorganizzare le pubbliche amministrazioni, non menzionano espressamente, né tantomeno definiscono i caratteri delle cd. Città intelligenti.

In particolare, i due interventi legislativi si sono preoccupati soltanto di individuare gli strumenti di crescita e innovazione del nostro Paese, incentrandoli per lo più sui mezzi telematici e digitali a servizio dei cittadini⁴, per il tramite dell'Agenzia per l'Italia digitale.

In questo senso, ad esempio, la legge di conversione del decreto crescita, la l. n. 221/2012, ha promosso lo sviluppo dell'economia e della cultura digitale dell'amministrazione pubblica, a partire dalla attuazio-

in *Munus*, 2, 2016, p. 239, il quale constatando come il fenomeno delle *smart cities* chiami in causa le scienze giuridiche, precisa che «mediante elementi formali (normative che individuano funzioni e organizzazioni, documenti che fissano politiche, nazionali ed europee, progetti, e perfino disposizioni legislative che direttamente le prevedono), le *smart cities* emergono più recentemente come fenomeno amministrativamente rilevante, cui si collegano non solo finanziamenti, ma politiche, regolazioni, organizzazioni, funzioni».

(2) Cfr. S. ROMANO, *Il Comune. Parte generale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1908, *passim*.

(3) A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, ed. a cura di N. MATTEUCCI, Torino, Utet, 2014, il quale scriveva che «il Comune è la sola associazione che sia naturale, al punto che, ovunque vi siano uomini riuniti, spontaneamente si forma un Comune».

(4) Cfr. M. CAPORALE, *L'intelligenza si ripartisce o si condivide? A proposito di smartness, livello di governo e una certa idea di Città*, in *questa Rivista*, 4, 2015, p. 857, la quale precisa che l'aggettivo *smart* allude a concetti di velocità, efficienza, ottimizzazione sviluppati grazie all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT).

ne dell'Agenda digitale italiana, per creare un sistema di digitalizzazione di diversi settori, come l'istruzione, la sanità, la giustizia. E nello stesso senso si è mosso il legislatore delegato della riforma Madia quando è andato a modificare, ad esempio, il codice dell'amministrazione digitale, il d.lgs. n. 82/2005 (cd. CAD), allo scopo di semplificare le interazioni tra cittadini e amministrazione e, soprattutto, collocando al centro delle innovazioni rivolte alle amministrazioni pubbliche il cittadino, senza, però, definire sostanzialmente l'assetto organizzativo che lo circonda costituito proprio dalla Città, a discapito dell'oggetto della delega concernente, come detto, la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

In sostanza, la previsione legislativa delle *smart cities* in Italia è consistita fondamentalmente nella diffusione della cultura digitale, ossia nella promozione capillare dei sistemi informatici e di digitalizzazione all'interno della pubblica amministrazione e, soprattutto, nelle sue interazioni con i cittadini/utenti, senza una disciplina giuridica che potesse reggerne i pilastri.

Senza dubbio, nell'uso comune, il termine "Città" richiama quello, giuridico, di "Comune", tanto da essere utilizzati spesso indistintamente.

Ma in realtà, nonostante qualche assonanza semantica, i due concetti sono ben distinti⁵.

«La Città non è tanto un concetto di analisi quanto piuttosto una categoria della pratica sociale»⁶. La Città, infatti, viene definita come «centro abitato di dimensioni demografiche non correttamente definibili a priori, comunque non troppo modeste, sede di attività economiche in assoluta prevalenza extra-agricole e soprattutto terziarie, e pertanto in grado di fornire servizi alla propria popolazione e a quella di un ambito più o meno vasto che ne costituisce il bacino d'utenza (o area d'influenza)»⁷.

(5) Cfr. F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2, 2016, p. VII, il quale ritiene che il diverso modo di essere città può superare, sia pur in casi e con strumenti tassativamente stabiliti, il confine della tradizionale cornice giuridico-amministrativa comunale. E lo può fare ufficialmente, istituzionalmente.

(6) M. RONCAVOLO, *La Città. Storie e problemi della dimensione urbana*, Torino, Einaudi, 1978, p. 8.

(7) Città, in *Dizionario Treccani online*.

La Città assume tre accezioni: come uno degli elementi umani dello spazio geografico, ossia quale elemento insediativo ed economico; come un elemento politico, in quanto vi si concentrano le attività di governo (locali, nazionali e/o internazionali); e, infine, può assumere l'accezione di elemento culturale, sia in quanto luogo elettivo della produzione di cultura sia in quanto sede di beni culturali accumulatisi nel tempo. Da tale molteplicità di funzioni si evince l'importanza della Città e si comprende come essa risulti uno degli elementi-guida dell'organizzazione dello spazio.

Il Comune, invece, è definito dal legislatore come l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo. Esso ha una propria autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché una autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei suoi statuti e regolamenti⁸.

L'assonanza tra i due concetti si rintraccia sia nella rilevanza attribuita in entrambe le definizioni al concetto di "comunità" (concetto che sarà a breve esaminato) sia nella presenza dei tre elementi che tradizionalmente costituiscono il Comune. Nella definizione di Città proposta, infatti, si fa riferimento a un ambito territoriale⁹, alla popolazione ivi collocata e ai profili strettamente patrimoniali che, come noto, rappresentano gli elementi costitutivi del Comune.

A livello legislativo, l'unico riferimento espresso al termine "Città" si rintraccia nell'art. 18 del TUEL che attiene al «Titolo di Città», in forza del quale «il titolo di Città può essere concesso con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'Interno ai comuni insigni per ricordi, monumenti storici e per l'attuale importanza».

Ulteriori richiami al termine *de quo* si trovano nelle numerose disposizioni legislative che richiamano, però, il concetto di "cittadino" o la nozione giuridica di "Città metropolitana", non già di Città.

(8) Art. 3 del TUEL.

(9) Cfr. F. DI LASCIO, *La regolazione amministrativa degli spazi urbani*, in *Munus*, 2, 2016, p. 317 ss., la quale indaga la relazione tra il diritto amministrativo e la città attraverso tre direttrici, tra cui l'ultima attiene al rapporto proprio tra il diritto e la fisicità degli spazi cittadini in cui la componente del territorio assume un rilievo peculiare. Il territorio, infatti, permette il riconoscimento delle città come oggetti giuridici particolari.

In altri termini, il legislatore nazionale ha definito la Città metropolitana come livello di governo, in altri casi fa spesso riferimento al cittadino, ma non costruisce in nessuna disposizione la nozione di “Città”.

Pertanto, anche la nozione di Città intelligente o, più opportunamente, di *smart city*, non trova a livello normativo una espressa qualificazione tecnico-giuridica, tanto da rendersi necessario ricorrere ad altre fonti per tracciarne i contorni.

La *smart city* viene concepita come «un'espressione usata correntemente per le strategie di pianificazione urbanistica correlate all'innovazione e in particolare alle opportunità offerte dalle nuove tecnologie della comunicazione per migliorare la qualità della vita dei cittadini. Il concetto di “Città intelligente” parte dall'assunto dell'intelligenza distribuita, inscritta nello spazio pubblico, in una sorta di ridefinizione dell'antico *genius loci*»¹⁰.

Il termine *smart city* mette in relazione le infrastrutture materiali delle Città con il capitale umano, intellettuale e sociale di chi le abita, tramite l'ausilio degli strumenti telematici. Nella *smart city*, infatti, la connettività telematica è, quindi, considerata una fonte di crescita e di sviluppo urbano per promuovere l'idea di Città inclusiva, attraverso la promozione di nuove forme di coesione sociale.

Un profilo importante delle *smart city*, suggerita da tale definizione, è senza dubbio il legame direttamente proporzionale alla qualità della partecipazione attiva dei suoi cittadini, in un contesto in cui lo spazio pubblico della Città viene interpretato con particolari forme di creatività sociale, come quelle di *urban experience* nell'interazione tra *web* e territorio (ambito di progettazione culturale e di azione multimediale attraverso le reti).

Altro dubbio interpretativo, infine, accompagna anche la scelta e il significato (sempre nell'ottica giuridica) dell'aggettivo “intelligente” accostato alle Città nella traduzione (non letterale) di *smart city* di matrice europea.

Città o comunità intelligente che, carenti, come si è detto di una definizione esaustiva, vengono intese come «quel luogo e/o contesto terri-

(10) *Smart city* in *Dizionario Treccani online*.

toriale ove l'utilizzo pianificato e sapiente delle risorse umane e naturali, opportunamente gestite e integrate mediante le numerose tecnologie Ict già disponibili, consente la creazione di un ecosistema capace di utilizzare al meglio le risorse e di fornire servizi integrati e sempre più intelligenti¹¹.

A fronte di questo riassuntivo quadro definitorio, partendo proprio dalla stretta connessione che lega la partecipazione ai cittadini, si intende tentare di inquadrare giuridicamente la "Città", disancorandola dalla nozione di Città metropolitana o, da quella più attigua, di Comune, dal momento che sono le uniche che trovano una definizione e una disciplina a livello normativo.

La recente attenzione riservata alle *smart cities*, infatti, impone una riflessione sulla natura giuridica delle Città come *locus* ideale per il cambiamento in vista delle crescenti esigenze della comunità.

Ed è proprio su questi due concetti, ossia di "Città" e di "comunità" che ci si intende concentrare, nel tentativo di inserirli in una cornice giuridica.

2. La Città attraverso il prisma del principio di sussidiarietà orizzontale in chiave partecipativa. Ipotesi interpretativa dell'aggettivazione "intelligente" accostata alla Città

Iniziando dal primo concetto, in mancanza di una disciplina giuridica specifica, il terreno sul quale costruire lo statuto giuridico delle "Città", prima, e delle "Città intelligenti", poi, è rappresentato dalla Costituzione e, in particolare, dall'art. 118, soprattutto in relazione al principio di sussidiarietà orizzontale.

Occorre, sul punto, una precisazione.

Il principio di sussidiarietà verticale, sancito dal primo comma dell'art. 118 della Costituzione, descrive la regola di distribuzione dei poteri amministrativi tra tutti i livelli di governo riconosciuti nel nostro ordinamento, partendo da quello più prossimo ai cittadini, ossia il Comune.

In sostanza, il principio di sussidiarietà verticale supervisiona il rapporto tra i diversi livelli di governo, assolvendo a criterio di attribuzione e

(11) *Architettura per le comunità intelligenti: visione concettuale e raccomandazioni alla pubblica amministrazione*, in www.agid.it, 3 ottobre 2012.

ripartizione delle funzioni amministrative, a prescindere dalle reali esigenze della collettività.

Le dinamiche strettamente sociali assumono rilievo nella combinazione con il principio di sussidiarietà orizzontale. Quest'ultimo, in tal senso, "scende" a regolare i rapporti tra i livelli di governo e i cittadini, allo scopo di favorire le iniziative dei singoli e associati volte ad attività di interesse generale.

Principio di sussidiarietà orizzontale che assume una singolare rilevanza nell'attuale contesto storico pervaso di logiche economiche, rappresentando uno «strumento di salvezza»¹² in grado di realizzare quello che viene definito un *welfare mix* (un sistema, cioè, misto in cui ci sia lo Stato e, insieme, il privato), incentrato sulla solidarietà sociale-economica che consente ai privati di concorrere alle decisioni amministrative, da una parte, e alla creazione di un mercato mirato a soddisfare i bisogni sociali e a superare eventuali diseguaglianze¹³, dall'altra.

Dinanzi, infatti, ad un'amministrazione che tenta di risolvere e venire incontro alle esigenze della collettività, ma con sempre maggiore difficoltà legate alla scarsità delle risorse economiche, agli stringenti vincoli di bilancio e alla complessità della società odierna¹⁴, un utile strumento per farvi fronte è rappresentato da forme partecipative dei singoli cittadini alle scelte decisive dell'amministrazione.

Da questo punto di vista, il principio di sussidiarietà rafforza il rapporto solidaristico tra cittadini e amministrazione a cui fa eco il consolidamento e l'irrobustimento della partecipazione e dell'autonomia attribuita agli amministrati. Sono questi ultimi, infatti, ad assumersi autonomamente l'onere di contribuire alla realizzazione di interessi pubblici generali.

In questo senso, i cittadini acquistano maggiore consapevolezza, dive-

(12) Sia consentito rinviare a G. URBANO, *Equilibrio di bilancio e governance sanitaria*, Bari, Cacucci, 2016, *passim*.

(13) Cfr. D. CALDIROLA, *Welfare State tra sovranità e vincoli di bilancio: ricadute sul principio di sussidiarietà*, in *Federalismi.it*, 22, 2014, p. 29.

(14) L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle Città*, F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2017, p. 118.

nendo determinanti nelle procedure decisionali assunte dall'amministrazione, tanto che si sta affermando un modello di partecipazione che assolve alla funzione di democratizzazione¹⁵ idoneo a estendere il più possibile le occasioni di confronto tra il cittadino e l'amministrazione¹⁶. Si è sviluppata, infatti, la nozione di "democrazia partecipativa", endiadi dei due concetti, tesa a collegare l'attività dell'amministrazione alle espressioni dirette dei cittadini e delle società. Essa si sostanzia nei «processi in cui intervengono sia direttamente i cittadini comuni che istanze istituzionali, con l'intento di pervenire al risultato unitario di una decisione pubblica»¹⁷.

Partecipazione che è, tra l'altro, aperta a "chiunque", anche a coloro che non siano titolari di interessi giuridicamente qualificati, che cooperano con le istituzioni e le amministrazioni: solo in tal modo queste ultime possono assumere delle decisioni condivise cd. "dal basso", delle co-decisioni, in cui la collaborazione e l'intervento con il privato segua tutto l'iter procedimentale, prolungandosi anche nella fase successiva attuativa della decisione¹⁸ assunta dalla pubblica amministrazione.

A tutto ciò fa da contraltare la necessità di un impegno delle istituzioni a svolgere compiti raddoppiati, in quanto innervati da doveri di informazione, di comunicazione di progetti o di intenzioni a procedere, di lealtà nella collaborazione¹⁹.

Al centro di queste riflessioni indotte tra l'altro dall'attuale stagione normativa, c'è il cittadino coi suoi bisogni e le sue esigenze all'interno di una complessa rete di rapporti che ha sullo sfondo la Città sulla cui nozione ci si sta interrogando.

(15) L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani*, cit., p. 117, secondo la quale il tema della partecipazione del privato all'esercizio delle funzioni amministrative, sebbene preordinata a diversi scopi e ricostruita su diversi modelli, è riconducibile ad un unico e più ampio tema della democraticità delle scelte dell'amministrazione.

(16) Anche S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur.*, 1970, CLXXIX, p. 25 ss., attribuisce alla partecipazione almeno tre ruoli, ossia quello legato alla tutela degli interessi dei privati, quello connesso al buon andamento dell'azione amministrativa e, infine, ma non ultimo, quello contraddistinto come strumento d'integrazione della volontà popolare.

(17) U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, 2011, Annali IV, p. 295.

(18) L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani*, cit., p. 122.

(19) U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, cit., p. 328.

Non può, quindi, che affermarsi una nuova declinazione del principio di sussidiarietà nel suo profilo orizzontale in grado di assolvere a principio cardine dello statuto giuridico delle Città: le autorità di governo delle Città, infatti, sono quelle più idonee a misurare e modulare la loro attività sulla base delle esperienze sociali e delle situazioni di fatto imposte dalla comunità di appartenenza e suggerite dai suoi cittadini. Queste ultime, infatti, non trovando previsione o non essendo contemplati a livello normativo, necessitano di collocarsi all'interno di una cornice giuridica tramite nuovi moduli di autogoverno, innervati proprio sul principio di sussidiarietà orizzontale e basati sulla collaborazione con e tra i cittadini e le formazioni sociali attive²⁰ e sulla loro attiva partecipazione nei procedimenti decisionali, che potrebbero rintracciarsi proprio nelle Città.

La partecipazione rappresenta, quindi, la chiave di lettura delle Città "intelligenti", in cui i cittadini sono elemento essenziale, destinatari e vero motore del loro funzionamento²¹.

Ed è in questo senso che va interpretato l'accostamento dell'aggettivo "intelligente" alla Città come la dimensione governativa più attenta e incentrata sulle reali esigenze di vita manifestate dai cittadini e dalle comunità di riferimento.

Ed è sempre in questo senso che va interpretato il principio di sussidiarietà orizzontale di cui una componente essenziale e caratterizzante è, per l'appunto, la partecipazione che, a sua volta, riempie di contenuto giuridico il concetto di intelligenza.

L'intelligenza che connota la Città e che contraddistingue anche la comunità significa, in altri termini, partecipazione in chiave sussidiaria.

Da questa prospettiva, la *smart city* "all'italiana", ossia la Città intelligente non si concentra tanto (e solo), secondo le intenzioni del legislatore, sulla promozione dell'utilizzo di nuove tecnologie come *mezzo* per migliorare la qualità di vita dei cittadini e il benessere di una comunità, ma si costruisce per lo più sulla promozione degli istituti di partecipazione come *fine* per avvicinare i cittadini e consentire loro di comuni-

(20) F. GIGLIONI, *Il diritto creativo delle Città*, in www.cittacreative.eu, p. 727.

(21) M. CAPORALE, *L'intelligenza si ripartisce o si condivide?*, cit., p. 860.

care direttamente all'amministrazione le reali necessità ed esigenze come elementi indispensabili dei suoi processi decisionali.

In altri termini, l'uso degli strumenti tecnologici diviene il mezzo per semplificare il dialogo tra amministrazione e cittadini²², ma è la partecipazione ad essere il fine che la stessa deve realizzare.

In questo senso, devono interpretarsi le politiche di innovazione incentrate sulla digitalizzazione dei processi decisionali della amministrazione, in cui l'utilizzo del digitale viene interpretato come una forma di investimento pubblico per una riforma strutturale dell'amministrazione. In altri termini, gli strumenti tecnologici e, in particolare, quelli digitali divengono strumento per la trasformazione economica e sociale che ha come scopo e fine quello di porre al centro delle azioni i cittadini e le imprese. Si riconosce, quindi, una forza centripeta agli strumenti innovativi tecnologici o digitali che tende a convergere verso un punto centrale rappresentato dalla partecipazione dei singoli alle decisioni amministrative. Attrice principale nel nostro ordinamento a ciò preposta dal legislatore è l'Agenzia per l'Italia digitale che ha il compito di redigere, ad esempio, il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione allo scopo di razionalizzare la spesa delle amministrazioni, migliorare la qualità dei servizi offerti ai cittadini e degli strumenti messi a disposizione degli operatori della p.a. e indirizzare il piano delle gare, dei finanziamenti e i piani triennali delle singole p.a. Il Piano²³ è il documento di indirizzo strategico ed economico funzionale alla trasformazione digitale delle attività amministrative e documento di riferimento per le amministrazioni centrali e locali, coinvolte direttamente, nello sviluppo dei propri sistemi informativi. Esso detta, infatti, indirizzi funzionali a una strategia condivisa tra tutti i potenziali attori della trasformazione digitale del paese che sono la pubblica amministrazione, i cittadini, le imprese, il mercato e il mondo della ricerca.

Il Piano è costruito seguendo tre direttrici: le tecnologie innovative, uno

(22) Cfr. E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 4, 2015, p. 1267 ss., il quale afferma che la tecnologia può essere intesa come strumento efficace di eliminazione delle forme di intermediazione del potere amministrativo.

(23) I Piani, finora redatti dall'Agenzia per l'Italia Digitale, sono il Piano 2017-2019 e il nuovo Piano 2019-2021 che prosegue, integra e aggiunge le linee di azione alla precedente versione.

stile di *management* agile e un modello di *governance* chiaro ed efficiente dei diversi livelli della p.a. che insieme garantiscono ai cittadini vantaggi in termini di semplicità di accesso e di miglioramento dei servizi digitali esistenti, essenziali per assicurare loro forme snelle di partecipazione attiva.

In questo modo, il Piano, coinvolgendo gradualmente tutte le amministrazioni centrali e locali, contribuisce allo sviluppo e alla crescita dell'economia nazionale fornendo alle medesime amministrazioni indicazioni sull'utilizzo di alcuni strumenti idonei a snellire i procedimenti burocratici, a garantire maggiore trasparenza dei processi amministrativi, a rendere più efficiente l'erogazione dei servizi pubblici e a razionalizzare la spesa informatica.

In particolare, tramite il Piano, a livello nazionale vengono definite le regole, gli *standard* e vengono realizzate piattaforme abilitanti che ottimizzano gli investimenti; le amministrazioni centrali e locali sviluppano servizi assecondando le loro proprie specificità e utilizzando competenze interne e/o di mercato; il privato, acquisite informazioni sulla strategia che le amministrazioni intendono seguire, è agevolato nel programmare eventuali investimenti a lungo termine e sfruttare nuove opportunità di mercato, creando soluzioni che possano integrarsi con le piattaforme nazionali²⁴.

Questo è l'esempio tangibile di quanto affermato, ossia dell'uso della tecnologia funzionale alla partecipazione dei cittadini.

3. Alla ricerca di nuovi modelli di governance

In questa prospettiva, l'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire cambia direzione: non è più e solo quello "egoistico" dell'amministrazione imposto dalla legge, ma assume una nuova sfumatura più stringente e focalizzata sulle reali esigenze evidenziate dalla comunità di riferimento.

Un interesse pubblico che si potrebbe intendere *invertito*, cioè un interesse che parte "dal basso", dalla comunità per essere realizzato dall'amministrazione che più che decidere, coordina²⁵ le plurime istanze.

(24) Informazioni reperite su www.pianotriennale-ictitalia.it.

(25) F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, cit., p. XI.

In quest'ottica, al principio di sussidiarietà si riconoscerebbe una nuova e singolare forza di "emancipazione", in cui, come si è detto, dinamiche finora irrilevanti per il diritto, perché squisitamente legate a esigenze sociali, acquisiscono nuova qualificazione²⁶ e più incisiva rilevanza. In altri termini, il diritto deve modulare le sue categorie e l'ordinamento deve individuare nuovi paradigmi per soddisfare le crescenti esigenze della collettività.

A fare da apripista in questa direzione è proprio la disposizione costituzionale che sancisce il principio di sussidiarietà, alla quale «è attribuita la qualità dell'ordinamento di aprirsi alle forme di autorganizzazione sociale protese alla realizzazione di interventi e servizi a uso pubblico per gli interessi generali»²⁷.

Il legislatore deve individuare nuovi modelli di *governance* in grado di semplificare l'attività degli apparati amministrativi, in cui vengano coinvolti direttamente i cittadini quali soggetti essenziali per adottare decisioni condivise. Non solo i cittadini *uti singuli*, ma anche le aziende private attraverso il potenziamento di alcuni strumenti, come ad esempio il partenariato pubblico-privato²⁸ e gli appalti pre-commerciali.

Il riconoscimento della autonomia della Città impone la costruzione di nuovi modelli di *governance* in cui il cittadino o l'imprenditore agiscono direttamente nella gestione della *res publica*.

Anzi, è la stessa Città che fa da sfondo a nuovi modelli decisionali dei cittadini e la *smart city*, nella specie, rappresenta il modello di Città che mira a dare risposta ad una serie di aspirazioni e bisogni, attraverso soluzioni tecnologiche e innovative²⁹.

(26) F. GIGLIONI, *Il diritto creativo delle Città*, cit., p. 728.

(27) F. GIGLIONI, *Il diritto creativo delle Città*, cit., p. 728, il quale precisa che «il principio di sussidiarietà orizzontale nel prevedere la fine dell'esclusiva pertinenza degli interessi generali alle sole autorità pubbliche consente di rinverdire le origini sociali dell'ordinamento giuridico, rompendo la coltre che vorrebbe farne un organismo meccanico dipendente dalle sole regole formalizzate impermeabile alle dinamiche sociali».

(28) Cfr. E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 1267 ss.

(29) Cfr. E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro della città*, cit., p. 239 ss., il quale precisa che «città *smart* è anzitutto una città "sensibile", in grado di monitorare i fenomeni che si sviluppano al suo interno: una sensibilità che è anzitutto tecnologica, ma anche sociale».

In questa direzione, si muove anche l'Agenzia per l'Italia digitale la quale proprio con l'adozione della recente versione del Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2019-2021 (a cui si è già fatto cenno) ha attribuito maggiore risalto al ruolo delle amministrazioni territoriali. Sebbene l'attenzione si concentri prevalentemente sull'aspetto della trasformazione digitale, quest'ultima assume un ruolo strategico ai fini dell'effettivo coinvolgimento dei cittadini, veri destinatari delle innovazioni digitali: sono essi, infatti, insieme alle imprese e alla p.a. a suggerire precise aree di intervento³⁰.

D'altra parte, il cambiamento non poteva che partire dalla Città, dalla *polis*, epicentro di un nuovo "diritto delle Città"³¹, che valorizza la dimensione locale come oggetto di un vero e proprio ordinamento nell'ordinamento³².

Come sostenuto, infatti, «le Città sono i punti di snodo delle infrastrutture nazionali, la sede dove il confronto degli interessi sociali "scarica" i suoi effetti, la realtà in cui il degrado ambientale è più avvertito, i luoghi dove si concentrano maggiormente le risorse finanziarie in termini di investimento e il governo tra interessi privati e interessi pubblici si manifesta nel modo più visibile, il luogo – ancora – in cui i diritti fondamentali quali la mobilità, l'accesso ai servizi e l'integrazione sociale si misurano concretamente»³³.

4. La "comunità intelligente" e la rilevanza degli spazi urbani

Un corollario della ricostruzione giudica della "Città intelligente" co-

(30) A tal proposito, il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2019-2021 inserisce tra i punti da realizzare della mappa del modello strategico il modello della interoperabilità che definisce i meccanismi che facilitano e garantiscono la corretta interazione tra gli attori del sistema (cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni), favorendo la condivisione trasparente dei dati, informazioni, piattaforme e servizi.

(31) Il riferimento è a J.B. AUBY, *Per lo studio del diritto delle Città*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Il diritto che cambia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 205 ss. Cfr., sul punto, F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, cit., p. V ss.

(32) F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle Città*, in *Munus*, 2, 2016, p. 273.

(33) F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle Città*, cit., 274.

sì come brevemente descritta è rappresentato dal concetto di “comunità”. Infatti, come già accennato, l'unica disposizione legislativa nazionale che richiama l'attributo “intelligente” accostandolo però alla comunità è l'art. 20 del citato d.l. n. 179 del 2012, rubricato proprio “comunità intelligenti”.

Tale disposizione normativa attribuisce sempre all'Agenzia per l'Italia digitale compiti di indirizzo e operativi consistenti nella definizione di strategie ed obiettivi, nel coordinamento del processo di attuazione, nella predisposizione di strumenti tecnologici ed economici per il progresso delle comunità intelligenti³⁴.

Sebbene la nozione sia letta dal legislatore del 2012 come uno spazio di condivisione tra i cittadini possibile mediante l'utilizzo di strumenti tecnologici ed economici con l'ausilio dell'Agenzia per l'Italia digitale, si vuole proporre di essa una diversa lettura di natura strettamente giuridica ammantata dal principio di sussidiarietà orizzontale e rientrante nello statuto giuridico delle Città intelligenti.

Se, come si è proposto, l'*intelligenza* indica nelle Città la sublimazione del principio di partecipazione in chiave sussidiaria, anche come attributo della comunità non può che intendersi nella medesima maniera.

In altri termini, anche nelle “comunità intelligenti” rilevano gli strumenti partecipativi agevolati e snelliti dagli strumenti tecnologici e informatici predisposti dall'AGID.

Ma se la Città attiene a un ambito giuridico più ampio e generale, quello di comunità concerne un profilo più ristretto: in quest'ultimo, infatti, si rintraccia la forte aderenza con lo spazio urbano di riferimento.

In altri termini, se, come già esaminato, la nozione di “Città intelligente” non solo non trova una facile definizione tecnico/giuridica, ma neanche una univoca individuazione territoriale cui applicare il modello (tanto

(34) Cfr. il Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica amministrazione 2019-2021, pubblicato su www.agid.gov.it, che a tal proposito prevede che l'AGID oltre a predisporre il Piano nazionale delle comunità intelligenti e a monitorarne l'attuazione, sia tenuta ad «emanare le linee guida recanti definizione di standard tecnici, compresa la determinazione delle ontologie dei servizi e dei dati delle comunità intelligenti, e procedurali nonché di strumenti finanziari innovativi per lo sviluppo delle comunità intelligenti; istituire e gestire la Piattaforma nazionale delle comunità intelligenti».

che si è suggerita una diversa prospettazione strettamente connessa agli strumenti partecipativi sempre più facilitati dai recenti supporti tecnologici e informatici), per il concetto di “comunità intelligente” il campo si restringe in quanto inerente a uno spazio territoriale in cui l’individuo anche nell’ambito delle diverse formazioni sociali si muove.

Da questo punto di vista, si rintraccia lo stretto legame qui suggerito tra il concetto di comunità e lo spazio urbano, dove – si ribadisce – la colorazione assunta dalla comunità come “intelligente” rispetto allo spazio urbano di riferimento ricalca quanto detto per le Città relativamente all’apporto fondamentale del singolo, nelle sue interazioni sociali, in termini partecipativi.

Rintracciare delle connessioni logiche tra la comunità e lo spazio urbano di riferimento non rappresenta sicuramente una novità, se si pensa a una delle ipotesi ricostruttive della nozione di urbanistica che assume, a seconda della prospettiva scientifica di studio, differenti connotati.

Non si può esaurire il complesso dibattito ancora in corso tra differenti scienze avente ad oggetto la definizione e l’ambito di operatività del concetto di urbanistica che ormai può configurarsi come una disciplina autonoma³⁵, ma sicuramente in questa sede è necessario individuare le aderenze con il concetto di comunità.

Una definizione in termini generali (e omnicomprensivi) intende l’urbanistica come «l’insieme delle misure tecniche, amministrative, economiche finalizzate al controllo e all’organizzazione dell’*habitat* urbano» e ne descrive tre ambiti prevalenti di ricerca teorica e applicazione pratica strettamente connessi tra loro: i primi due inerenti all’analisi dei fenomeni urbani e della progettazione dello spazio fisico delle città che hanno come oggetto i caratteri materiali e le modalità d’uso delle città; il terzo concernente, invece, la partecipazione ai processi politici e amministrativi di trasformazioni urbane in cui l’urbanistica viene vista co-

(35) G. ASTENGO, *Urbanistica* (voce), in *Enc. Universale dell’arte*, Venezia – Roma, Istituto per la collaborazione culturale, Vol. XIV, 1966, p. 8, che constata che «Se sono occorsi oltre cento anni per liberare la concezione dell’urbanistica dalla identificazione dapprima con l’arte urbana e quindi con la normativa edilizia e con l’ingegneria stradale, fino a configurarla come disciplina autonoma, con proprio irreducibile oggetto e specifica metodologia conoscitiva ed operativa, è ben comprensibile che le definizioni formulate in così lungo arco di tempo divergano su di un ampio ventaglio».

me uno specifico campo di relazioni sociopolitiche in cui agiscono più soggetti³⁶.

Senza dubbio, è questa terza interpretazione quella più inerente alle suggestioni in corso relative alla comunità intelligente, in quanto in essa emergono in maniera predominante i modelli partecipativi incidenti sullo spazio urbano di riferimento.

Questa impostazione non è, tuttavia, avulsa da connotazioni giuridiche, secondo una autorevole definizione³⁷ che riconnette la nascita dell'urbanistica come materia giuridicamente rilevante all'evolversi dello sviluppo economico e sociale in genere, in cui «il tema degli assetti territoriali assume rilevanza propriamente giuridica solo nel momento in cui il contrapporsi degli interessi impone da parte dei pubblici poteri meccanismi regolatori degli usi del territorio attraverso la produzione di norme giuridiche di disciplina delle varie azioni ed iniziative private, in rapporto agli interessi generali che si intendono tutelare», dove l'interesse generale è quello determinato anche sulla base delle reali esigenze evidenziate dalla comunità di riferimento, mediante la partecipazione attiva ai processi decisionali amministrativi.

D'altra parte, all'urbanistica viene anche attribuito «carattere traente e propulsore verso un nuovo modello di società civile»³⁸: è, in questo senso, un concetto duttile e plasmabile³⁹ rispetto alla comunità sociale e civile di riferimento che, in questo momento storico di sviluppo delle Città intelligenti, si costruisce soprattutto sulle aspettative dei singoli che di quella comunità partecipano.

È in questo senso che si sviluppa e si intreccia il concetto di comuni-

(36) *Urbanistica* in *Dizionario Treccani online*.

(37) P. URBANI, *Urbanistica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Roma, XLV, 1992, p. 1 ss.

(38) L'espressione è di A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, p. 41 ss., richiamato da P. URBANI, *Urbanistica*, cit., p. 2.

(39) Da questo punto di vista, appare opportuno richiamare un'altra di definizione di urbanistica di G. ASTENGO, cit., p. 1, secondo cui «L'urbanistica è la scienza che studia i fenomeni urbani in tutti i loro aspetti avendo come proprio fine la pianificazione del loro sviluppo storico, sia attraverso l'interpretazione, il riordinamento, il risanamento, l'adattamento funzionale di aggregati urbani già esistenti e la disciplina della loro crescita, sia attraverso l'eventuale progettazione di nuovi aggregati, sia infine attraverso la riforma e l'organizzazione *ex novo* dei sistemi di raccordo degli aggregati tra loro e con l'ambiente naturale».

tà intelligente e con esso quello di Città intelligente al settore urbanistico. Il legame, tra l'altro, si allinea a una accezione corrente di *smart city* evidenziata nel Piano triennale, a cui si è fatto cenno, che la qualifica come un insieme di azioni indirizzate sulla struttura urbana, ognuna delle quali pone l'accento su una particolare caratteristica del sistema. Da questo punto di vista, gli strumenti edilizi o urbanistici, infatti, soprattutto quelli partecipativi rappresentano la base di quella si potrebbe definire a questo punto un'*edilizia urbana intelligente*, ossia aperta alle esigenze reali e concrete delle singole realtà territoriali provenienti dalla cittadinanza locale coinvolta attivamente nei processi decisionali che la riguardano da vicino.

In relazione alla legislazione urbanistica (per lo meno su quella nazionale⁴⁰), si è, infatti, assistito non solo al fallimento della pianificazione urbanistica come strumento di governo razionalista⁴¹, ma anche all'assenza di riferimenti espressi alla partecipazione dei privati, sicché appare sicuramente auspicabile questa nuova spinta tesa alla creazione di nuovi modelli partecipativi anche e soprattutto in ambito urbanistico ed edilizio.

5. La rilevanza del concetto di “comunità” nella creazione di nuove categorie giuridiche: i cd. beni comuni

Ricostruito in questi termini il concetto di comunità nelle sue possibili ma evidenti connessioni con lo spazio urbano di riferimento, esso trova un laboratorio di analisi privilegiato nella nuova frontiera del diritto amministrativo che verte sullo studio dei cd. beni comuni⁴². Termine

(40) A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica “reticolare”*, in *Riv. giur. ed.*, 3, 2016, p. 267 ss.

(41) F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle Città*, cit., p. 277.

(42) F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle Città*, cit., p. 271. Cfr. anche G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, Edizioni ETS, 2017; M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Roma-Bari, Laterza, 2013; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

che, in via approssimativa, fonde il concetto di comunità con quello di bene pubblico (dal punto di vista della dottrina pubblicistica⁴³), in cui e di cui la comunità medesima gode o usufruisce.

Una delle definizioni più convincenti di beni comuni fa leva sull'uso condiviso dei beni pubblici, ossia sulla loro titolarità diffusa e su un regime che, prescindendo dall'appartenenza proprietaria, è orientato a garantire le migliori condizioni di accesso e di fruizione alla collettività, nonché di conservazione per le generazioni future⁴⁴.

La categoria di bene comune travalica, quindi, la distinzione tra "bene pubblico e bene privato" e la sua appartenenza a titolo dominicale all'uno o all'altro, per concentrarsi sulle modalità del suo utilizzo come strumento di azione amministrativa condivisa con i cittadini per il perseguimento di un interesse generale. I beni comuni, quindi, sono destinati a realizzare un interesse che non può considerarsi né pubblico né privato, ma comune⁴⁵; è, infatti, pacifico che si tratti di beni correlati a interessi collettivi realizzati mediante processi decisionali improntati a forme di democrazia deliberativa e partecipativa⁴⁶, innervati dal principio di sussidiarietà orizzontale, di cui si è già discusso.

Questa dimensione rappresenta l'esempio più tangibile di adattamento, da parte del diritto, delle sue categorie e di individuazione di nuovi paradigmi giuridici.

Seguendo questa impostazione, è agevole individuare il nesso tra co-

(43) Per la realizzazione dei propri scopi e perseguire gli interessi pubblici le pubbliche amministrazioni così come, del resto, ogni altro soggetto abbisognano di mezzi, e cioè di beni (mobili ed immobili) che rappresentano la categoria dei cd. beni pubblici, siano essi destinati direttamente al servizio della collettività mediante l'uso immediato o siano diretti a procurare i mezzi da impiegare nell'approntamento dei servizi di pubblica utilità. Cfr., sul punto, A. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Roma, 1959, V, p. 1 ss.

(44) L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 20, la quale precisa che per beni comuni si intendono quelli che tra le loro caratteristiche hanno principalmente le forme di utilizzo. L'A., richiama anche P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *giustamm.it* e F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, cit., p. 37 ss.

(45) G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., p. 170.

(46) Sul punto, cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica e Diritto*, 1, 2014, *passim* e U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, cit., p. 295.

munità intelligente e bene comune. Esiste, infatti, «una relazione a doppio senso tra bene e comunità»⁴⁷: il bene è qualificato comune in relazione all'utilità che esso genera nella comunità di riferimento; al contrario, la comunità di riferimento si identifica per il suo rapporto con il bene.

Questo determina che all'interno della macro categoria di bene comune, siano rintracciabili diverse tipologie di beni, sulla base della comunità a cui si riferisce.

Rebus sic stantibus, se la comunità intelligente è quella che si costruisce su forme partecipative in costante evoluzione e più snella diffusione, grazie all'affermazione di nuovi mezzi tecnologici, il bene comune relativo ad essa si fonda sulle stesse basi partecipative: come si è detto, infatti, sia ha una «sorta di creazione del bene comune da parte della comunità»⁴⁸ di riferimento.

In questo senso, si allinea a quanto sostenuto anche il documento di Strategia per la crescita digitale 2014-2020 predisposto dal Governo italiano che si propone di costruire un nuovo genere di bene comune, inteso come una grande infrastruttura tecnologica e immateriale che faccia dialogare persone ed oggetti, integrando informazioni e generando intelligenza, producendo inclusione e migliorando la vita del cittadino e il *business* per le imprese.

6. Osservazioni conclusive

Le riflessioni innanzi esposte offrono la stura per una suggestione: come si è più volte evidenziato, i concetti esaminati (da quello di Città a quello di comunità a quello di urbanistica e di bene comune) – ancor più perché corredati dall'aggettivazione “intelligente” che colora le nozioni di Città e comunità nell'attuale contesto storico – pur essendo ontologicamente poliedrici e duttili, sono, senza dubbio, strettamente connessi tra loro.

Infatti, come sostenuto⁴⁹, è proprio dalla ricerca di una definizione scien-

(47) G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., p. 270.

(48) G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., p. 199.

(49) G. ASTENGO, *Urbanistica*, cit., p. 9.

tifica e pratica di “Città” e, si aggiunge, di “comunità” che si affinano sia il concetto di urbanistica sia quello, sicuramente più attuale, di bene comune.

Nel terreno scivoloso in cui ci si è addentrati, è possibile, tuttavia, fissare un punto fermo: sebbene la connotazione di “intelligenza” attribuito alle Città come anche alle comunità sia strettamente legato alla predisposizione e diffusione degli strumenti tecnologici e informatici secondo le intenzioni del legislatore europeo (prima) e nazionale (dopo) di creare delle *smart city*, sul piano strettamente giuridico, tale connotato sta a indicare l'utilizzo di nuovi strumenti partecipativi – mediante, senza dubbio, l'ausilio di mezzi tecnologici che li renda sempre più fruibili e agevoli – da parte dei singoli individui (anche nelle formazioni sociali) alle decisioni amministrative.

Questa tendenza rappresenta l'attuale evoluzione di un principio cardine dell'impianto ordinamentale nazionale che è quello di sussidiarietà orizzontale, previsto in Costituzione.

Il quadro descritto, invero, necessita anche della creazione di nuovi modelli amministrativi o della sperimentazione di nuove opportunità legate all'avvento dell'economia digitale che stanno spingendo le autorità pubbliche a moltiplicare gli strumenti di piano sia settoriali (si pensi, ad esempio al Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione) sia territoriali (si pensi alla recente ricostruzione, per lo più dottrinale, di bene comune), nel tentativo di circoscrivere fenomeni che non sembrano più avere una dimensione stabile nel tempo e di assecondare trasformazioni urbane e territoriali, alla luce delle nuove frontiere tracciate dall'evoluzione dei rapporti tra la sfera pubblica e la sfera privata⁵⁰.

Senza dubbio il percorso è lungo e accidentato oltre che intriso di implicazioni legate alle varie scienze umane, ma si scorge palesemente la direzione che sta intraprendendo, verso forme di “intelligenza” nei termini di diffusione di più efficaci strumenti di partecipazione incentrati sulle informazioni e le comunicazioni funzionali alla inclusione sociale e al miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini.

(50) Città in *Dizionario Treccani online*.

A conferma, il Comitato per le comunità intelligenti dell'Agenzia per l'Italia digitale si sta muovendo nella direzione di proporre la definizione degli *standard* da adottare, del sistema di monitoraggio, del piano annuale per lo sviluppo delle comunità intelligenti, nonché per la proposta proprio di uno statuto della Città intelligenti.

Davanti a questo scenario in rapida trasformazione e alla previsione di uno statuto di tal tipo, il giurista non può restare cieco, ma è tenuto a intervenire e a delineare il perimetro giuridico di queste nuove realtà, predisponendo nuove categorie giuridiche e nuovi modelli di *governance*, innervate dal principio di sussidiarietà in chiave partecipativa di cui le Città e le comunità intelligenti sembrano offrire un esempio e una prima riposta.

D'altro canto, già Italo Calvino nelle "Città invisibili" scriveva che «Anche le Città credono d'essere opera della mente o del caso, ma né l'una né l'altro bastano a tener su le loro mura. D'una Città non godi le sette o settantasette meraviglie, ma la risposta che dà a una tua domanda». È in questo che consta l'essenza delle Città intelligenti, nelle modalità e negli strumenti con cui dà una risposta concreta alle reali esigenze manifestate ed espresse dai suoi cittadini.

La Città, infatti, riprendendo le parole di Giorgio La Pira pronunciate a Ginevra il 12 aprile 1954, è una «nuova misura di valori», in cui la cultura della Città, la metafisica della Città sono diventate il centro nuovo di orientamento di tutta la meditazione umana.

Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale*

Vinicio Brigante

Il saggio si propone l'obiettivo di dar conto della spiccata polisemia che caratterizza la nozione di corruzione, con specifico riguardo alle varie fasi dell'affidamento di commesse pubbliche. La necessità di operare una differenziazione del manifestarsi della corruzione si rende doverosa per svolgere una valutazione dell'impatto effettivo, attraverso determinati flussi di dati, dei fenomeni di distrazione del potere pubblico. Inoltre, si rileva l'opportunità di analizzare le possibili derive corruttive che si annidano in relazione alle modalità di esecuzione di opere e lavori pubblici alternativi all'appalto, quali forme di partenariato pubblico-privato. Infine, l'analisi si concentra sulla dimensione territoriale della corruzione, tema riemerso in concomitanza alla promulgazione della legge della Regione Sicilia n. 3 del 2018, che ha modificato le competenze dell'esistente Commissione parlamentare d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia, sollevando problemi di coordinamento con le funzioni dell'ANAC, peraltro non risolti adeguatamente da alcuna disposizione di legge.

1. Introduzione e premesse metodologiche

La presente indagine si propone l'obiettivo di fornire spunti e indicazioni utili alla definizione dei confini della nozione di corruzione, non nella sua accezione omnicomprensiva – obiettivo irrealizzabile in un lavo-

* L'autore intende ringraziare sentitamente il professor Ferdinando Pinto e il professor Marco Calabrò per i commenti, le correzioni, le preziose indicazioni di metodo e di ricerca rispetto a una versione precedente di questo scritto.

ro così sintetico – ma limitatamente alle diverse sfumature che la stessa assume nelle diverse fasi relative all'affidamento dei contratti pubblici, proposito che corrisponde a fornire un contributo al tema della c.d. “corruzione amministrativa”.

Tale incertezza definitoria¹ può comportare due tipi di rischi differenti; da un lato l'equivoco di sovrapporre corruzione e cattiva amministrazione², due problemi estremamente dissimili che angustiano l'apparato pubblico (su tale equivoco si v. nota *infra* 34) e – con riferimento al tema esaminato dei contratti pubblici – il rischio di non distinguere la diversa matrice corruttiva (e di conseguenza la relativa soluzione) che si annida nelle diverse fasi della gara.

Il tema della corruzione nei contratti pubblici, pur se sottoposto a permanente e diligente analisi da parte degli studiosi, palesa delle perenni aree grigie, dalle quali non ci si riesce ad affrancare; dalla mutevolezza stessa del concetto di corruzione, che si presenta in modo diverso in base alla prospettiva prescelta dall'interprete, all'incertezza sui dati e sull'impatto effettivo del fenomeno in termini di costi sociali, fino al gra-

(1) N. PARISI, *Alle origini della scelta del tema: la rilevanza dell'azione di contrasto alla corruzione nell'ambito della ricerca interdisciplinare 'Crisi dell'Eurocentrismo e futuro dell'umanesimo europeo'*, in N. PARISI, G.L. POTESTÀ, D. RINOLDI (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 28, «a tacer di altre, si segnala in particolare la questione definitoria (non soltanto ai fini del rispetto del principio di stretta legalità dell'azione penale), che deve tenere conto di molte diverse – da Stato a Stato, ma anche all'interno di ciascun ordinamento nazionale – qualificazioni della condotta di corruzione»; analogamente si v. Id., *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *federalismi.it*, 2019. Per una ricognizione della letteratura straniera sul tema, ci si limita ai due contributi che hanno influenzato tale indagine, cfr. T. SØREIDE, *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*, in *Report - Chr. Michelsen Institute*, 2002 e con specifico riferimento al tema della ricerca di indici affidabili per la misurazione del fenomeno, J. FERWERDA, I. DELEANU, B. UNGER, *Corruption in public procurement: finding the right indicators*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2, 2017, pp. 245-267, secondo i quali «a large fraction of the literature using risk indicators to predict some form of criminal misconduct is plagued with econometric shortcomings, which ultimately limit them in their ability to predict risk correctly»; per una lista delle concezioni adottate, anche a livello regionale, nelle quali si forniscono contributi a una delimitazione della nozione, cfr. WP *Anti-corruption policies revisited*, in *www.againstcorruption.eu*.

(2) In senso parzialmente difforme da questa impostazione, cfr. M. RAMAJOLI, M. DELSIGNORE, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 61, la corruzione ha un perimetro più esteso di quello ricavabile dalla nozione penalistica e «sia riconducibile a ogni forma di abuso di funzioni pubbliche a vantaggio di interessi privati (*maladministration*)».

do tangibile di distorsione del libero mercato, legato in maniera diretta o mediata agli eventi corruttivi³.

Tale perenne e insuperata imperscrutabilità dei fenomeni corruttivi rende, se non impossibile, quantomeno particolarmente problematica la maturazione di un'approfondita padronanza del tema indagato⁴.

D'altronde, «intorno alla nozione di corruzione gravitano, con traiettorie variabili, categorie che rimandano a moduli di comportamento illecito tra loro assai dissimili, e la cui natura non sempre appare immediatamente riferibile ad una medesima matrice teorica»⁵.

La corruzione, per come emerge e può essere declinata nelle more dell'affidamento dei contratti pubblici assume aspetti multiformi che oscillano dalla distrazione patologica del potere conferito (in termini di pressione sul soggetto aggiudicatore) o in accordi che aggirano del tutto il soggetto pubblico (in relazione al vasto tema degli accordi anticoncorrenziali)⁶.

In un panorama così eterogeneo, in mancanza di un riferimento di diritto positivo, si può far discendere la corruzione amministrativa da una debole cultura della concorrenza, considerazione che ricomprende tutte le ipotesi e aggira la difformità che caratterizza le singole condotte⁷.

(3) Cfr. A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2017, pp. 582-583, il tema del contrasto alla corruzione nei contratti pubblici assume portata nodale poiché «incrocia le due grandi questioni che riguardano il sistema amministrativo nel suo complesso, e cioè la semplificazione normativa e il rilancio dell'autorevolezza e dell'indipendenza dell'amministrazione. Senza la prima non può esservi un significativo incremento della certezza ed una amministrazione di qualità: senza il secondo l'amministrazione non riuscirà ad essere un fattore di competitività del Paese, capace di assumersi la responsabilità di scelte significative e sarà destinata a delegare tali scelte alla legge o al giudice».

(4) Sul tema della, con particolare riferimento ai contratti pubblici, si v. le seguenti raccomandazioni, OCSE, *Raccomandazioni del Consiglio sull'integrità pubblica*, in www.oecd.org/gov, 2019; OECD, *Strategic approach to combating corruption and promoting integrity*, 2018.

(5) S. BELLIGNI, *Corruzione e scienza politica*, in *Teoria politica*, 1, 1987, pp. 66-81.

(6) Sul tema, cfr. M. D'ALBERTI, *Corruzione*, in *Treccani. Enciclopedia Italiana*, IX Appendice, 2015, «la gara, in sé del tutto regolare, può essere distorta a causa di un coordinamento preventivo tra le imprese partecipanti, che può dar luogo a turbativa d'asta, censurabile in sede penale, o a violazioni della normativa antitrust: vicende connesse a scambi di favori tra operatori economici e, dunque, a corruzione».

(7) OCSE, *Global Forum on Competition, Fighting corruption and promoting competition*, 2014, p. 4; F. GIANAZZI, *Alla radice della corruzione: l'assenza di concorrenza*, in *Treccani, Atlante*,

Al quadro generale, pretorio e dottrinale, di riferimento si aggiungano i numerosi spunti di riflessione forniti dalla relazione annuale predisposta dall'ANAC e discussa in Senato, il 6 giugno 2019⁸, soprattutto in tema di elaborazione di indicatori per il rilevamento di potenziali rischi di matrice corruttiva nel ciclo dei contratti pubblici e di analisi della spesa pubblica per beni e servizi in ambito regionale, che saranno analizzati nel prosieguo.

Ulteriore fattore di complicazione, quantomeno a livello di coordinamento organizzativo e interistituzionale, è rappresentato dall'istituzione di un apposito soggetto preposto alla vigilanza, a livello regionale (Sicilia), che impone alcune riflessioni autonome (cfr. paragrafo 5).

Il fenomeno analizzato in questa sede costituisce una *nouvelle ligne de recherche* della dottrina amministrativa italiana ed europea dell'ultimo trentennio⁹; la corruzione non rappresentava un filone di ricer-

2016, «è opinione diffusa che la corruzione falsi il mercato, cioè sia un ostacolo all'attività economica. Spesso, sulla base di questa premessa si cercano di stimare i «costi della corruzione», cioè di quanto potrebbe aumentare il reddito del Paese se la corruzione venisse eliminata. È probabilmente vero il contrario. La causalità non va dalla corruzione al mercato, ma in senso opposto. Cioè sono mercati privi di concorrenza a creare il terreno fertile sul quale si sviluppa la corruzione».

(8) La versione integrale della relazione è consultabile sul sito www.anticorruzione.it.

(9) In tal senso, si v. P. PIRAS, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Dir. econ.*, 1, 2015, p. 35, «a partire dagli anni Novanta, il mutato rapporto cittadino amministrazione, l'attenzione alla qualità dei servizi da quest'ultima erogati, le esigenze di contenimento dei costi e la crescente consapevolezza della farraginosità delle procedure amministrative hanno, via via, disvelato l'incidenza crescente dei fenomeni corruttivi su organizzazione e attività»; F. PATRONI GRIFFI, *Presentazioni*, in F. MONTEDURO, S. BRUNELLI, A. BURATTI (a cura di), *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Napoli, Formez, 2013, p. 7, «Etica, integrità, lotta alla corruzione. Sono questioni entrate a far parte in modo rilevante dell'agenda politica e amministrativa del nostro Paese»; L. GIAMPAOLINO, *La lotta alla corruzione: da un ordinamento sezionale per i lavori e, poi, per i contratti pubblici, ad un sistema da alcuni definito "extra ordinem"*, in www.giustamm.it, 2017, p. 1, «già, allorché alla fine degli anni '80, si procedette alla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, che sfociò poi nella legge n. 85 del 1990, fu rilevato che il mondo del diritto amministrativo e della pubblica amministrazione in generale era rimasto del tutto assente nel dibattito che riguardava proprio i reati contro la pubblica amministrazione. Fu osservato che non si rinvenivano studi o scritti o comunque approfonditi interventi di cultura nel diritto amministrativo in questa problematica dei reati contro la pubblica amministrazione che pur presentava, per la sua intima natura, tanti aspetti ed argomenti di competenza propria del diritto amministrativo o, comunque attinenti agli studi dell'azione della pubblica amministrazione». Un'interessante disamina è stata svolta in relazione alla corruzione in relazione alle grandi infrastrutture come dimostrato dall'analisi di G. LOCATELLI, G. MARIANI, T. SAINATI, M. GRECO, *Corruption in public projects*

ca caratterizzante – o, detto in altri termini, un tema istituzionale – per l'«orizzonte culturale delle scienze amministrative»¹⁰, ammesso che sia possibile individuare l'intero plesso delle questioni sensibili e di interesse per una branca del diritto così mutevole e dinamica come il diritto amministrativo¹¹.

La corruzione in Italia palesa i sintomi di un paziente lungodegente, dimenticato su una barella per mesi e i cui dati sulla cartella clinica sono alterati a regola d'arte – e al momento più opportuno – per palesare lacune politiche o, al contrario, per glorificare la predisposizione di miracolose, quanto sedicenti, misure di contrasto¹².

and megaprojects: there is an elephant in the room!, in *International Journal of Project Management*, vol. 35, n. 3, 2017, p. 257, «corruption affects project and megaprojects performance leading to the delivery of works with limited social benefit, poor economic returns and over-cost and building poor quality infrastructure in the wrong place. Corruption affects the quality of the project starting from the project preparation and it continues during its implementation with major acts of corruption»; in senso conforme, si v. J. WELLS, *Corruption and collusion in construction: a view from the industry*, in T. SØREIDE, W. ALED (a cura di), *Corruption, Grabbing and Development*, Cheltenham, Edward Elgar Publ., 2014, pp. 23-24.

(10) La definizione è di S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, p. 223.

(11) In base a uno studio statunitense condotto sulla base dello sviluppo degli studi sulla corruzione, ma pienamente mutuabile per il contesto europeo e italiano, S.B. WERNER, *New directions in the study of corruption*, in *Public administration review*, 2, 1983, p. 146, «During the 1960s, the ethos of public administration was affected by the advent of policy analysis and by the developmental and structural-functional approaches in political science. These approaches were responsible, as will be demonstrated, for the existing gap between corruption in American social institutions and scientific knowledge about the various causes of, and remedies for, corruption».

(12) In senso conforme, si v. G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2018, pp. 374-375, «la lotta alla corruzione pare, in effetti, essere divenuta una lotta alla percezione della corruzione, cosicché, invece della ricerca di strumenti anche penalistici efficienti e proporzionati, vi è in atto una sistematica proposta di strumenti simbolici, in parte già adottati, che preoccupano non solo in punto di tenuta dei principi liberali ma anche per i prevedibili risultati fallimentari nello stesso contrasto alla corruzione. La lotta alla corruzione percepita è fatta di interviste e di slogan, talvolta di prediche, e, per quel che qui più interessa e preoccupa, della affermata necessità della previsione di pene e altri strumenti penalistici draconiani volti a comunicare più che a prevenire. Si evoca, in particolare, un vero e proprio stato di corruzione, ovvero stato di emergenza, per ottenere l'adozione di leggi eccezionali anche penali, comunque inammissibili, ma i cui esiti possono essere persino controproducenti giacché tra le cause della corruzione può annoverarsi proprio l'eccesso di burocrazia anticorruzione. Significativa d'altra parte la disincantata constatazione che cento milioni di atti di controllo non hanno impedito la perpetrazione di un solo reato, perché la corruzio-

L'indagine genera da una considerazione che si ritiene di poter condividere, in forza della quale «la nozione di corruzione non è unica e va al di là di quella contenuta nel codice penale»¹³.

ne e la concussione si nascondono dietro le pratiche formalmente ineccepibili»; M. JOHNSTON, *The political consequences of corruption: a reassessment*, in *Comparative politics*, 4, 1986, p. 466, «*corruption and public perception that an action is corrupt are not necessarily the same thing. We can also consider one without the other. Nor can we rely solely on opinions or perceptions: popular conceptions of 'right' and 'wrong' are ambiguous. As a result, those investigations that ask people to judge corruption discover few clear divisions between right and wrong, rather they discover a spectrum of judgments, a high number of unstable categories based on subtle and false perceptions*».

(13) La frase è stata pronunciata dal Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone, durante la presentazione dell'insegnamento "Diritto della prevenzione della corruzione e della trasparenza nella pubblica amministrazione", presso l'Aula Pessina del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", l'11 dicembre 2017, di cui lo stesso Presidente Cantone è titolare. Tale posizione è confermata da un passaggio della relazione svolta in Parlamento dallo stesso Presidente dell'Autorità, il 6 giugno 2019, il cui testo è rinvenibile in www.anticorruzione.it, 2019, 2, «nella crescente consapevolezza che la corruzione non è solo la violazione di disposizioni del codice penale ma è una dimensione più generale che coinvolge la *mala gestio*, la cattiva amministrazione, il cattivo governo». In senso conforme a tale rilievo, si v. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, p. 123, «esiste, tuttavia, anche nel linguaggio giuridico un'accezione più ampia del termine, che è connessa alla prevenzione del malcostume politico e amministrativo, da operare con gli strumenti propri del diritto costituzionale e amministrativo»; F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3, 2015, p. 484, «la nozione di corruzione che il legislatore, anche sulla scorta delle indicazioni internazionali, ha di mira, è più estesa rispetto a quella disciplinata dal diritto penale, risolvendosi in sostanza nel fenomeno del tradimento della cosa pubblica e dell'uso dei poteri per ottenere vantaggi privati»; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 180, la nozione di corruzione è particolarmente ampia ed è assimilabile a quella di *trading in influence* contenuta nel Trattato di Strasburgo del 1999 e nella Convenzione di Merida del 2003, «in quest'ottica lo scambio corruttivo si manifesta attraverso una serie di reati (dazione o sollecitazione di tangenti, riciclaggio, traffico di influenze, peculato, malversazione, abuso di poteri, illecito arricchimento)»; S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2014, p. 28, la prima parte del PNA, dedicata alle strategie di prevenzione, sottolinea che le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, ma «anche questo tentativo di ampliamento dei comportamenti corruttivi al di là della sfera penalistica risulta inefficace perché la descrittiva ora riportata nulla aggiunge alla fattispecie del reato di corruzione di cui all'art. 318 cod. pen.». D'altronde, se si accogliesse tale impostazione, si negherebbe – in maniera implicita – autonomia scientifica ad un'opera che rappresenta un punto cardinale di insuperato pregio per il tema in questione, da un punto di vista metodologico e contenutistico, nel cui titolo, il sostantivo «corruzione» è accompagnato dall'aggettivo «amministrativa» e il riferimento è a F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli Editore, 2010. Sul tema, si ritengono condivisibili le considerazioni di E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2017, p. 447, la corruzione si può configurare attraverso condotte che, senza integrare un reato, costituiscono «deviazioni da *standard* (anzitutto legali) di comportamento, un abuso di

A supporto di tale impostazione, anche la disciplina codicistica del reato di corruzione appare frammentaria e lascia intenzionalmente trasparire «il germe di disgregazione»¹⁴ che informa i fenomeni corruttivi. L'abbandono della nozione codicistica della corruzione rappresenta uno snodo fondamentale; l'approdo a una dimensione più ampia del fenomeno comporta l'incognita di un'estensione eccessiva del concetto, con il relativo rischio di inglobare all'interno dell'istituto della corruzione – che, seppur amministrativa, rappresenta una situazione patologica, come tale da arginare – una serie di temi di difficile collocazione sistematica, come il tema della regolazione del *lobbying*¹⁵. La permeabilità, che talvolta si tramuta in passività, delle amministrazioni rispetto alle pressioni dei gruppi di interesse, in assenza di specifica regolazione da parte del legislatore, che ne legittimerebbe il corso, può facilmente confluire in fenomeni di sviamento patologico della decisione amministrativa, dovuto a fattori esterni.

Con l'ampliamento incontrollato della nozione di corruzione, al netto dell'eventuale aggiunta dell'aggettivo caratterizzante, si corre il rischio di equiparare situazioni estremamente diverse, che, come tali, devono essere tenute distinte nel momento valutativo da parte dell'ordinamento, anche in relazione alle contromisure da adottare. In altri termini, l'e-

potere da cui derivano vantaggi personali, la violazione dell'interesse comune per ottenere vantaggi personali, lo scostamento tra condotte e giudizio dell'opinione pubblica, la valutazione dei mass media: *standard* legali, cura dell'interesse pubblico, scandalo pubblico, sono alcune delle coordinate entro le quali si inseriscono le numerose definizioni del fenomeno della corruzione, la cui estensione è dunque sensibilmente variabile in ragione del criterio scelto, dalla sensibilità sociale delle diverse condotte, del perimetro normativo di attenzione dei diversi comportamenti devianti». Infine, si rinvia alla recente analisi di R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018 (spec. capitolo 1).

(14) In tal senso, si v. R. VENDITTI, (*Delitti di*) *corruzione*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1962.

(15) Il tema non può essere approfondito in questa sede, ma si rinvia al recente lavoro di E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2017, pp. 371-411; si v. il fascicolo 3-4, 2018 di *questa Rivista* (numero monografico *Il cantiere delle lobbies*) per una raccolta di studi sul tema. A tal proposito si segnala l'intervenuta adozione di un apposito regolamento approvato dall'ANAC in via definitiva il 6 marzo 2019 («Regolamento disciplinante i rapporti fra ANAC e i portatori di interessi particolari presso l'Autorità nazionale anticorruzione e istituzione dell'Agenda pubblica degli incontri») che persegue l'obiettivo di rilevare e rendere pubbliche le interazioni con i portatori di interessi che potrebbero influenzare le attività e i procedimenti di esercizio, attuale o futuro, delle funzioni istituzionali attribuite all'Autorità dalla normativa vigente.

stensione concettuale potrebbe condurre a un sistema basato sul sospetto sistematico e all'errata convinzione di poter affidare alle aule di giustizia la ricerca di una soluzione ottimale al problema¹⁶.

Con specifico riferimento al tema dei contratti pubblici, la corruzione (amministrativa) si sovrappone al tradimento del valore della concorrenza, unico fattore leso in maniera trasversale dalle molteplici fattispecie che possono emergere.

La componente amministrativa del fenomeno si riflette in una serie di condotte che, seppur non soggette ad alcuna sanzione diretta, sono indesiderate (*unwelcome*, per utilizzare la ricostruzione particolarmente rappresentativa di autorevole dottrina¹⁷) dall'ordinamento.

Il saggio si propone di fissare le coordinate minime per fornire un contributo allo studio della declinazione di corruzione, più appropriata rispetto al complesso tema dei contratti pubblici e delle relative modalità di misurazione e quantificazione, in termini di distorsione della libera concorrenza.

In premessa, appare opportuno disattendere le teorie che rintracciano nella corruzione un possibile incentivo all'efficienza, attraverso la conservazione di un livello ottimale di corruzione (*optimal amount of corruption*), individuato in base a un calcolo effettuato tra i costi determinati dalla corruzione e i costi della lotta contro la stessa, per determinare un'utilità della voce di spesa pubblica dedicata al tema in esame¹⁸. Analogamente, la distorsione di matrice corruttiva nell'affidamento dei servizi pubblici non può essere annoverata tra le imperfezioni del mer-

(16) Il tema del sospetto è stato ampiamente trattato in relazione ai numerosi interventi legislativi in tema di trasparenza, tra cui M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *questa Rivista*, 3-4, 2013, pp. 657-690 e D.U. GALETTA, *Trasparenza e contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?*, in *Dir. soc.*, 1, 2017, pp. 43-68.

(17) Il termine è stato utilizzato da A. POLICE, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Dir. econ.*, 2, 2015, p. 190, «*In administrative law, in fact, has been elaborated a notion of corruption broader than criminal law that refers to conduct that is source of liability or otherwise not exposed to any sanctions, but they are unwelcome to the legal system*».

(18) Sul tema, si v. R. KLITGAARD, *Controlling corruption*, Berkeley, University of California Press, 1988; J.S. NYE, *Corruption and political development: a cost-benefit analysis*, in *The American Political Science Review*, 2, 1967, p. 416.

cato non dannose, che conducono alla teoria economica della concorrenza efficace, o *workable competition*¹⁹.

Secondo un'interessante analisi – condotta in via meramente empirica, quindi priva di riscontri controfattuali – sarebbe opportuno creare un regime di corruzione organizzato, che risulterebbe meno dannoso per l'economia, proprio perché prevedibile²⁰. In tal modo, la corruzione muterebbe veste, trasformandosi in un vero e proprio onere fiscale da ottemperare per le imprese, che come tale – dal punto di vista del corruttore, e quindi dell'impresa – può essere preventivamente pianificato nel bilancio di spesa.

In relazione a una prospettiva di ricerca diversa – sul tema degli arbitrati sugli investimenti internazionali – si registra un dualismo tra due teorie, incompatibili tra loro, rispetto al tema della corruzione, che, operati i dovuti accorgimenti rispetto alla specificità del campo di ricerca nel quale è stato sviluppato, può essere adottato nel diritto amministrativo. Secondo una prima impostazione, il c.d. *eyes shut approach*²¹, sarebbe

(19) In base a tale teoria, elaborata da J.M. CLARK, *Toward a concept of workable competition*, in *The American Economic Review*, 2, 1940, l'eventuale presenza di imperfezioni del mercato non è sempre dannosa, e il verificarsi di una perdita di indipendenza di un operatore non necessariamente influisce negativamente sul funzionamento del mercato; tale teoria è richiamata da A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, pp. 2-5. In senso critico sul tema della *workable competition*, si v. S.H. SONSICK, *A critique of concepts of workable competition*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 3, 1958, pp. 380-423, mentre per un approccio differenziato sul tema, si v. J.W. MARKHAM, *An alternative approach to the concept of workable competition*, in *The American economic review*, 3, 1950, pp. 349-361; recentemente, in relazione a un tema che merita autonomo approfondimento, si segnalano le considerazioni di G. ZARRA, *Corruption in international investment arbitration: in defence of the "zero tolerance" approach*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2017, p. 1039, «there is unanimity among scholars on the necessity to fight corruption, considered to be more odious than theft, as one of the most heinous crimes of global proportion and something which crushes the potential benefits of free market forces, as well as raising serious moral and political concerns, undermining good governance and economic development and distort(ing) international competitive condition».

(20) In tal senso, cfr. A. SHLEIFER, R.W. VISHNY, *Corruption*, in *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1993, p. 599, «an organized corruption regime may be more extractive in asking for more bribes, but at the same time may be less harmful because it is more predictable. An organization with discretionary power concentrated at the top may not vary agreed upon deals, which lessens the level of uncertainty in gaining favorable treatments in exchange for bribery».

(21) Sul tema, si rinvia all'analisi di K. BENZ, *Proving bribery, fraud and money laundering in International Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 138-139.

opportuno approdare a un approccio più permissivo, coerentemente con la carenza di dati attendibili e la conseguente impossibilità di applicare il principio di condannare oltre ogni ragionevole dubbio, elemento che, tuttavia, costituisce il punto debole di tale teoria. Tale impostazione deve esser disattesa, in coerenza con la polisemia della nozione di corruzione e il relativo allargamento della componente amministrativa del fenomeno, che rende il richiamo al principio di cui all'articolo 27 della Costituzione parzialmente inappropriato, poiché non ci si riferisce (o quantomeno, non solo) alla commissione di un reato.

Per differente ricostruzione, accolta in questa sede – il c.d. *zero tolerance approach*²² – ogni comportamento che configuri uno sviamento di tipo corruttivo dell'interesse pubblico deve essere condannato dall'ordinamento, attraverso le misure più proporzionate alla condotta²³.

Quest'ultima teoria deve essere accolta molto di là delle statistiche e degli studi di settore, poiché la corruzione che si annida nell'intera filiera della decisione pubblica mina l'eguaglianza tra i portatori dell'offerta, tradisce il mercato, inteso quale fitta di rete di rapporti tra diversi soggetti e non nell'accezione di singole «relazioni faccia a faccia, l'io-tu di Martin Buber»²⁴.

In altri termini, è maturata una solida e inscalfibile consapevolezza, in base alla quale la corruzione altera, in maniera svantaggiosa per l'intero sistema economico, il funzionamento del libero mercato, che deve pertanto essere affrancato «dalle degenerazioni clientelari della politica

(22) *Ex multis*, si v. I. KERUSAUSKAITE, *Anticorruption in International development*, New York, Routledge, 2017, pp. 70-94.

(23) Seppur in una prospettiva puramente penalistica, restano pienamente valide le considerazioni di A. GUARINO, *I limiti della corruzione*, in *Dialectica*, 1971, pp. 162-163.

(24) G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 4, richiama il celebre saggio di M. BUBER, *L'io e il tu* (trad. it.), Pavia, Bonomi, 1991; per M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 77, la corruzione è un fattore di limitazione e alterazione patologica del principio di concorrenza, «se la disciplina degli appalti pubblici e la prassi delle stazioni appaltanti consentono in modo sistematico distorsioni, il risultato finale è quello di indebolire le imprese e in ultima analisi la capacità competitiva del sistema economico».

e dai possibili abusi di una burocrazia infedele»²⁵, per salvaguardare il principio della libera concorrenza da manipolazioni patologiche.

2. Tentativi volti alla ricerca di una declinazione adeguata del concetto di corruzione nell'affidamento di commesse pubbliche

La ricerca non si pone l'obiettivo – peraltro ontologicamente irraggiungibile per ciò che si dirà – di fornire una definizione esaustiva di corruzione, ma propone di declinare la stessa in relazione alle negoziazioni pubbliche ed eventualmente graduarla per ogni singola fase che caratterizza il rapporto tra stazione appaltante e soggetto privato²⁶.

Come accennato in precedenza, nelle diverse fasi di gara la corruzione assume fisionomie mutevoli, caratterizzate da una componente comune – che potrebbe rappresentare, se non la matrice di futuri disegni di legge, quantomeno indice rivelatore di distorsione del mercato – ossia il tradimento della concorrenza²⁷.

Sul tema indagato, si registrano studi accurati e pregevoli analisi, che analizzano la corruzione dal punto di vista della natura del fenomeno²⁸ o, in

(25) F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 25.

(26) Cfr. E.E. COCCIOLO, *Corruzione, etica amministrativa e "autoregolazione regolata" dei pubblici poteri*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 6-7, 2005, p. 174, «le diverse prospettive di analisi e l'utilizzo del vocabolo corruzione in contesti differenti hanno spinto a mettere in dubbio la stessa possibilità di una definizione universale di corruzione. Il dibattito vede contrapporsi i relativisti che pongono l'enfasi sugli aspetti micro-culturali e quanti, invece, propugnano per un modello etico ancorato ai diritti fondamentali».

(27) La prospettiva non è recente, come dimostrato da C. BLISS, R. DI TELLA, *Does competition kill corruption?*, in *The Journal of Political Economy*, 5, 1997, p. 1001, secondo cui «an approach to corruption control based on economics suggests that increasing competition may be a way to reduce the returns from corrupt activities. The presumption is that no bribes can occur in markets in which perfect competition prevails, when there are no excess profits from which to pay the bribes»; per una puntuale analisi sul tema, da un punto di vista economico, cfr. A. LAMBERT-MOGILANSKI, *Corruption and competition in procurement auctions*, in *Journal of Economics*, 2005, pp. 3-15.

(28) S. CASSESE, «*Maladministration*» e rimedi, in *Foro it.*, V, 1992, p. 243, la corruzione può essere declinata «nell'indifferenza all'efficienza, nella resistenza al cambiamento»; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 384, «esiste un altro tipo di corruzione che riguarda profili oggettivi: è la degenerazione del sistema istituzionale e amministrativo in sé; in altri termini la corruzione intesa come disfacimento delle regole»; D.J. GOULD, J.A.

alternativa, in base agli effetti negativi generati dalla stessa sulla coesione sociale²⁹ e sulla libera concorrenza, prospettiva prescelta in questa sede, in quanto intrinsecamente legata all'esternalizzazione dei servizi pubblici. A fronte di una generalizzata indefinitezza della nozione in esame, un'analisi condotta in conformità a specifici parametri economici, ha definito la corruzione «un calcolo criminale razionale, ossia un reato di opportunità»³⁰. Tale impostazione, per quanto patrocinatoria di dati, se non pienamente affidabili, quantomeno verosimili, non può essere applicata al tema dei contratti pubblici, nei quali la corruzione rimane pulviscolare e come tale imponderabile e impercettibile, poiché si sviluppa, in maniera non preventivabile e tracciabile, nei due rapporti di agenzia³¹, nei quali entrambi i soggetti sono interessati a celare l'accordo illecito³².

AMARO-REYES, *The Effects of Corruption on Administrative Performance: Illustrations from Developing Countries*, Washington DC, World Bank Publications, 1983, p. 2, «no single commonly accepted definition of corruption exists».

(29) In tal senso, si v. G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, pp. 346-375, «la discriminazione connessa alla corruzione compromette la coesione sociale, che trova fondamento nel principio di solidarietà, ove assumono rilevanza i doveri verso i consociati in ragione di un legame che il richiamato principio di solidarietà pone tra i cittadini»; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in *Ius Publicum*, 2014; F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in *federalismi.it*, 14, 2014, p. 3, «ogni disuguaglianza è un attentato alla coesione sociale e ha una forza disaggregante, e in ultima analisi disgregante, di una comunità. Non esiste una politica del settore pubblico, ma una serie di azioni convergenti verso l'efficienza del sistema amministrativo e la sua sottrazione a fenomeni di *maladministration* e di corruzione».

(30) M. JOHNSTON, *The definitions debate: old conflicts in new gives*, in A.K. JAIN (a cura di), *The political economy of corruption*, New York, Routledge, 2001, p. 19.

(31) M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., p. 83, il riferimento è al rapporto tra l'amministratore e il fornitore, e alla relazione interna, tra la stazione appaltante e il soggetto in concreto preposto alla gestione della procedura di gara; sul tema si v. M. RICCHI, *Finanza di progetto nelle Regioni del Mezzogiorno. Competenze, strategie e strumenti di regolazione per attivare efficienti operazioni di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. giur. Mezz.*, 4, 2012, pp. 855-918.

(32) Cfr. F. MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2014, pp. 6-8 «la corruzione è il reato degli infedeli, cioè il tradimento della funzione pubblica da parte di chi dovrebbe garantirla. È un fenomeno multiforme di difficile identificazione, poiché corruttore e corrotto, avendo entrambi dei vantaggi, non denunciano il patto criminoso»; S. RODOTÀ, *Elogio del moralismo*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 32 citato da P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb. e app.*, 2, 2015, p. 130, «la corruzione è la morte della moralità pubblica».

L'analisi secondo cui la corruzione aumenta in maniera proporzionale rispetto alle funzioni amministrative attribuite appare pienamente condivisibile, poiché la stessa si pone quale ineliminabile conseguenza dello sviluppo³³. La nozione indagata ha assunto connotazioni differenti nel corso degli anni, poiché sono state ricomprese nell'ampia e eterogenea categoria dei comportamenti corruttivi, eventi e fattispecie rispetto alle quali risulta difficile rinvenire un minimo comune denominatore.

Per tali ragioni, è opportuno operare una distinzione tra la corruzione sistemica e l'attuale conformazione della fattispecie, che si assesta su un rinnovato piano individuale³⁴. Tuttavia, su tale aspetto, si registra un'autorevole e qualificata posizione difforme, secondo la quale, il conferimento delle funzioni di cui era titolare la soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, alla Autorità nazionale anticorruzione, avvenuta con la legge 11 agosto 2014, n. 114, avrebbe accordato «evidenza semantica alla riconosciuta sistematicità del fenomeno»³⁵.

(33) B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 16, «lo sviluppo economico e l'evoluzione dei sistemi di governo portano con sé il rischio di maggiore corruzione».

(34) In tal senso si v. F. PINTO, *Il mito della corruzione. La realtà della malamministrazione*, Roma, Aracne, pp. 12-25, «Nel mondo moderno, sempre più spesso, si ripetono parole e slogan senza comprenderne il senso. L'analisi di un fenomeno complesso come la corruzione non sfugge a questa cattiva consuetudine. Per poter uscire dal conformismo, deleterio e pericoloso, che ne deriva, occorre sfatare qualche facile mito e dire qualche verità nascosta. La cattiva amministrazione ha cause complesse, la corruzione è solo una componente che bisogna combattere attraverso una maturità finalmente compiuta degli apparati di governo. Si tratta di trovare ricette non semplici nel mondo degli attuali mezzi di comunicazione, in cui la convinzione più sbagliata, ma più immediatamente percepibile è quella che più rapidamente si diffonde»; Id., *La corruzione, Caporetto e "la sindrome del generale Cadorna"*, in www.lexitalia.it, 2017; in via deduttiva, si può pervenire alla stesse conclusioni, sulla base delle argomentazioni di A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 291 «Le regole della corruzione si adattano plasticamente al cambiamento delle regole formali, che così incidono solo superficialmente sulla realtà del fenomeno. Se c'è l'aspettativa diffusa, la convinzione radicata che nel sistema appalti il ricorso alla corruzione sia modello di condotta generalizzato e vincente, allora queste regole – e non le norme di diritto amministrativo e penale – diventano la reale bussola cognitiva che indirizza inesorabilmente le scelte di tutti i soggetti coinvolti verso l'esito atteso e desiderato: la spartizione della rendita attraverso lo scambio corrotto».

(35) G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici*, cit., p. 349. Sul tema, in senso ampio, si v. D.F. THOMPSON, *Ethics in congress: from individual to institutional corruption*, Washington DC, The Brookings Institutions, 1995.

Un primo elemento di complessità è rappresentato dall'accertata frammentarietà del concetto di corruzione, nozione multilivello che oscilla, costantemente e senza possibilità di tracciarne il percorso, «tra dimensione legale, etica ed economica»³⁶.

Un ulteriore elemento che complica la ricerca di una nozione unitaria è lo scorrere del tempo; la percezione della corruzione muta in relazione al contesto territoriale, ma anche in base al periodo storico considerato³⁷. A tal proposito, due accademici hanno condotto la medesima analisi, in tema di ricerca della definizione di corruzione, a distanza di circa trent'anni dalla prima, avente le stesse finalità e lo stesso oggetto, per rilevare difformità e convergenze³⁸. Se da un lato, si rileva una crescente tensione e sensibilità legislativa verso la tematica in esame, dall'altro si registra una costante inadeguatezza delle misure adottate, che hanno oscillato costantemente tra i poli della prevenzione e della repressione, con approcci miopi e limitati, senza alcuna logica fondata su equilibri di lungo periodo³⁹.

(36) G. FIDONE, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3, 2016, p. 753; in senso conforme, cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. MELIS (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, CUEN, 1999, p. 183.

(37) Cfr. V. MUSACCHIO, *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta amministrativa*, 1-2, 2012, p. 306, si pensi al clima di sfiducia generalizzato che aveva condotto alla promulgazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la c.d. legge Merloni e al relativo impatto che lo strutturato impianto di corruttela emerso aveva avuto sull'assetto organizzativo – con l'istituzione della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici – e sulle modalità di affidamento di commesse pubbliche.

(38) I due saggi, redatti da G.E. CAIDEN, N.J. CAIDEN sono *Administrative corruption*, in *Public administration review*, 1977, pp. 301-309 e *Administrative Corruption (1977). Revisited*, in *Philippine Journal of Public Administration*, 1994, pp. 1-16.

(39) Sul punto, si ritengono condivisibili le considerazioni svolte da F. ROTA, *La gestione del rischio nel contrasto alla corruzione: interventi specifici e qualità dell'amministrazione*, in *P.A. Persona amministrazione*, 1, 2018, p. 286, «l'efficienza di un sistema nei confronti del rischio è connessa all'individuazione di un giusto equilibrio tra misure preventive e misure successive previste per fronteggiarlo, tra gestione del rischio ed emergenza. Senza voler guardare ad altro, sembrano evidenti gli effetti che un eccessivo ricorso all'emergenza può comportare in termini di conculcazione di diritti e, allo stesso tempo, sembrano evidenti i costi di un ricorso eccessivo alla prevenzione»; sull'impatto dell'approccio preventivo, da ultimo, si v. R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Rivista delle società*, 1, 2018, pp. 233-253.

Le diverse teorie sulla nozione stessa di corruzione sono sintetizzate in tre modelli autonomi ma collegati, che rinvergono i rispettivi centri gravitazionali nella legalità, negli interessi sensibili e nell'opinione pubblica⁴⁰.

La ricostruzione che rinviene l'angolo visuale ottimale nella legalità appare preferibile, anche se tale teoria, nel suo sviluppo embrionale, si fondava su un modello basato sulla violazione di una norma di comportamento o di uno *standard* formale⁴¹; tale equiparazione deve essere sottoposta a revisione critica, poiché sono accomunate due fattispecie aventi un grado di precettività diverso.

La polisemia diventa ancora più percepibile allorché si provi a fornire una definizione di corruzione per l'affidamento di contratti pubblici, poiché si crea una saldatura tra gli interessi del polo politico e del polo economico⁴², tale da non far trasparire né la condotta, né le relative modalità e prassi applicative.

In altri termini, nel settore dei contratti pubblici, la corruzione complessa, che coincide con la componente politica del fenomeno, e la corruzione semplice, che riguarda invece il tema delle decisioni amministra-

(40) Sul tema si v. M. JOHNSTON, A.J. HEIDENHEIMER, *Political corruption. Concepts and context*, New York, Routledge, 2017; in senso critico, si v. O. KURER, *Corruption: an alternative approach to its definition and measurement*, in *Political studies*, n. 1, 2005, pp. 222-239, secondo cui l'impostazione fornita da Heidenheimer, che ha condizionato in modo decisivo lo sviluppo degli studi sulla corruzione, appare inattuale, ed è necessario individuare quale centro gravitazionale dell'analisi la nozione di imparzialità. Per differente ricostruzione, si v. E. GARZÓN VALDÉS, *Acercas de la tesis de la separación entre Moral y Política*, in *Derecho, ética y política*, 1993, p. 26, che utilizza una triplice prospettiva fondata su modernità, sistema normativo rilevante e moralità. L'intera costruzione dogmatica parte dalla suddivisione operata tra il sistema normativo rilevante, costituito dall'intero plesso di disposizioni vigenti, e il sistema normativo giustificante, gerarchicamente superiore, poiché dotato della capacità di autolegittimazione, certificata dalla presenza di regole etiche e morali. Questa ricostruzione, per quanto condivisibile, non può essere oggetto di trattazione in relazione ai contratti pubblici, poiché sono sottoposte a valutazione critica condotte contrarie alla sola etica, ossia una corruzione della quale non possono occuparsi i pubblici poteri. Una sintesi ottimale è operata da Y. MENY, *La corruption de la République*, Parigi, Fayard, 1992, p. 305, secondo cui la corruzione costituisce violazione di norme etiche protette giuridicamente.

(41) F. CAZZOLA, *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 11-15.

(42) E.U. SAVONA, L. MEZZANOTTE, *La corruzione in Europa*, Roma, Carocci Editore, 1998, p. 29, «la corruzione nel settore degli appalti è uno degli indicatori fondamentali per capire quanto un sistema politico-economico sia afflitto da corruzione».

tive *strictu sensu* intesa, tendono a sovrapporsi e a smarrire la propria autonomia⁴³.

Un'autorevole analisi fenomenologica della corruzione ha prospettato un modello di corruzione che ruota intorno al concetto di discrezionalità amministrativa – per l'ottenimento di una concessione, l'aggiudicazione di un contratto o del ruolo di *partner* nell'ambito di una modalità alternativa di esecuzione delle opere pubbliche – che deve essere privilegiato in questa trattazione, con opportuni accorgimenti da operare in relazione al momento diacronico della gara in cui ci si trova.

Tale considerazione rappresenta un passaggio logico di notevole rilievo per la trattazione, poiché ci si riferisce alla ricerca continua della c.d. «buona discrezionalità»⁴⁴, in perenne antitesi con «decisioni assunte attraverso percorsi tortuosi e accidentati in cui le soluzioni scaturiscono da progressivi aggiustamenti tra le parti»⁴⁵ e può essere precisato mediante il richiamo a autorevoli posizioni dottrinarie.

Le pubbliche amministrazioni, se private del margine di scelta connesso allo svolgimento dei loro compiti, rischiano di diventare «cittadelle assediate, dove non c'è più discrezionalità, i burocrati sono preoccupati o addirittura spaventati, preferiscono non decidere, resta ben poco dell'arte dell'amministrare»⁴⁶.

La corruzione risulta essere particolarmente diffusa in ogni fase del *public procurement cycle*, dalla definizione dei fabbisogni fino al termi-

(43) *Ivi*, p. 28, corruzione complessa e corruzione semplice compongono idealmente una piramide, «tutte e due le parti – quella privata e quella pubblica – avevano un interesse convergente verso la definizione di transazioni illecite. Nessuno ci rimetteva, soprattutto quando il rapporto diventava organico e comunque non occasionale».

(44) B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 616.

(45) La citazione è di L. BOBBIO, *La democrazia non abita a Gordio: studio sui processi decisionali politici amministrativi*, Milano, Franco Angeli, 1996, p. 11.

(46) Estratto di un'intervista a S. CASSESE, pubblicata su *Il Corriere della Sera*, il 30 ottobre 2017 e, in senso conforme, cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 1128-1137, «l'ordinamento nazionale limita la discrezionalità dell'amministrazione, considerata una fonte di possibile arbitrio, con una serie di precetti puntuali che tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione spesso producono l'effetto paradossale di rendere più incerta la disciplina positiva, secondo un approccio che è gradito allo stesso apparato burocratico che preferisce fuggire dall'assunzione di responsabilità».

ne dell'esecuzione⁴⁷; per le difficoltà definitorie summenzionate, si opta per una trattazione disgiunta della declinazione del fenomeno nella fase pubblicistica e in quella privatistica, per una mappatura ottimale delle aree più esposte e permeabili ai fenomeni di *maladministration*⁴⁸, di cui la corruzione rappresenta una componente, e non necessariamente la più significativa⁴⁹.

Le ragioni dell'affluenza dei rischi di corruzione nella filiera delle aggiudicazioni di opere pubbliche risiede nelle ingenti somme di denaro implicate, a vario titolo, nello svolgimento di suddette procedure⁵⁰, che esercitano una *vis* attrattiva notevole, con il rischio di drenare dal sistema economico pubblico risorse di rilevante entità.

2.1 Corruzione nella fase pubblicistica: la distrazione patologica della discrezionalità

In premessa, appare pienamente condivisibile il rilievo secondo il quale i fenomeni collusivi e corruttivi sono stati favoriti dalla separazione dell'operazione economico-contrattuale in due parti, che si riflette nelle differenti giurisdizioni poste a presidio delle distinte fasi, divisione che non assicurato legalità e immunità all'intero sistema⁵¹.

(47) G.M. RACCA, S. PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. SCOMPARI (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 112.

(48) Sul tema, cfr. K.C. WHEARE, *Maladministration and its remedies*, London, The Hamlyn Trust, 1973, p. 2, «*the whole subject of the prevention and cure of maladministration by government officials embraces and involves consideration of a far wider field than that of remedies designed to put right an act of maladministration after it has occurred. It opens up the great questions of how a civil service should be recruited, trained, and organised so that it can be capable of providing good administration and thereby avoiding maladministration*», nel quale si evince che il tema della *maladministration* è causato da fattori differenti ed estranei a quelli di matrice tipicamente corruttiva; E. CHITI, *Mismanagement by European agencies: concerns, institutional responses, and lessons*, in J.B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD (a cura di), *Corruption and conflict of interests. A comparative law approach*, Cheltenham, Edward Elgar Publ., 2014, pp. 253-258.

(49) Sull'errata impostazione che predilige una sovrapposizione concettuale tra corruzione e cattiva amministrazione, si rinvia nuovamente al lavoro di F. PINTO, *Il mito*, cit., pp. 35-62.

(50) In base ai dati forniti dal Ministero dell'economia e delle finanze, *Documento di economia e finanza*, 10 aprile 2016, 20, il valore totale degli appalti pubblici assegnati nel 2016 corrisponde all'8,1% del Pil nazionale.

(51) Per un approfondimento più ampio, si v. A. POLICE, *La tutela giurisdizionale*, in C. FRANCHINI

Originariamente – e la legislazione italiana post-Tangentopoli lo dimostra in maniera chiara – era profondamente radicata la convinzione che i fenomeni corruttivi si annidassero maggiormente nella fase della predisposizione dei bandi e dell'aggiudicazione. Come dimostrato dai rilievi operati dalla soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ogni singolo momento della procedura ad evidenza pubblica è permeabile a pressioni di tipo corruttivo, con l'esclusione dell'esistenza di aree o momenti procedimentali sensibilmente più esposti rispetto ad altri.

Nella fase embrionale, ossia quella della programmazione dell'intervento pubblico e dell'individuazione dei fabbisogni, la corruzione si manifesta attraverso la redazione di bandi su misura, predisposti appositamente per una determinata impresa o, più a monte, attraverso l'approvazione di progetti sovradimensionati, sopravvalutati o inutili⁵²; questa fase, anche in termini di obblighi di trasparenza, appare trascurata dal legislatore⁵³.

Nella prima fattispecie si apprezza il paradigma classico dello sviamento, in senso patologico-corruttivo, del potere discrezionale conferito alla stazione appaltante⁵⁴; il grado di coercibilità operata dal corruttore e la relativa connivenza dell'ente aggiudicatore rileva solo in sede di predisposizione delle sanzioni. La frammentazione, o polverizzazione, della domanda pubblica in capo a una platea sproporzionata di soggetti ag-

(a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 749-753; F. SATTA, *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, pp. 1643-1650.

(52) N. STANSBURY, *Exposing the foundations of corruption in construction*, in *Transparency International. Global corruption report*, 2015, p. 36.

(53) Sul tema, si v. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2015, p. 327, «una stazione appaltante, al momento della redazione della *lex specialis* di gara e dei documenti tecnici, che delineano il contratto di cui ha bisogno, potrebbe richiedere prestazioni, caratteristiche, requisiti che, seppur in apparenza pensati per una gara pubblica, in realtà sono predisposti ad hoc per una o più imprese pre-individuate le quali divengono le uniche concretamente candidate ad aggiudicarsi il contratto».

(54) In tal senso, può essere utile richiamare la prospettiva adottata dalle scienze sociali che configura la corruzione come «*abuse of entrusted power for private gain*», come si rileva dalla definizione fornita da J. POPE, *Confronting corruption: The elements of a national integrity system*, Berlino-Londra, Transparency International Source Book, 2000, p. 34.

gravava tale circostanza, alla quale si è posto, in parte, rimedio con le norme in materia di aggregazione della domanda e di centralizzazione delle committenze⁵⁵, in un'ottica tesa alla razionalizzazione della spesa pubblica.

Nella seconda fattispecie, la stazione appaltante potrebbe ricoprire un ruolo meramente passivo, in quanto la decisione amministrativa (*rectius* aggiudicazione) risulterebbe essere la mera esecuzione di una specifica volontà politica; nel caso in cui, al contrario, la stazione appaltante fosse connivente, si configurerebbe un'identità di interessi tra il polo politico, la componente amministrativa e il settore privato.

In tale fase, la corruzione si può configurare attraverso la trasmissione di notizie rilevanti al soggetto privato da parte della stazione appaltante; tale flusso di informazioni assume una portata nodale per il tema in esame, poiché, a causa dei lunghi intervalli temporali tra le controprestazioni, l'impresa può adeguare l'offerta alle richieste del bando, vanificando il valore della concorrenza, che una regolare gara pubblica è tenuta a preservare.

Alternativamente, le imperfezioni e gli errori presenti nella programmazione per la definizione della domanda pubblica complessiva possono causare situazioni di emergenza che diventano di per sé terreno fertile per i fenomeni corruttivi, anche a causa dell'interpretazione estensiva della nozione stessa di emergenza nell'ordinamento italiano, in relazione allo sviluppo infrastrutturale⁵⁶.

(55) Sul tema, cfr. L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, pp. 443-451; G. FIDONE, F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro. amm.*, 11, 2014, pp. 2995-3029; M. MACCHIA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2017, pp. 50-59.

(56) D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 66-73, «il diffondersi della cultura dell'emergenza accompagna il ricorso a una vasta tipologia di provvedimenti eccezionali e di disposizioni in deroga alla normativa vigente, dovuti al sopravvenire di condizioni dichiaratamente straordinarie o imprevedibili. Peraltro, la stessa nozione di emergenza in Italia ha subito nel corso del tempo un significativo «stiramento del concetto». Il ricorrere di presunte condizioni di emergenza è stato invocato con successo, ad esempio, per i lavori dei mondiali di calcio di Italia '90 e per altri eventi certamente non imprevedibili». A ciò, si aggiunga il ricorso indiscriminato a normative speciali e a regimi derogatori, tra i quali, il caso delle opere appaltate per l'EXPO 2015 appare emblematico, per la realizzazione delle quali le ordinanze del Presidente del Consiglio

In riferimento alla redazione del bando di gara, si rileva che lo stesso può costituire un formidabile strumento per avvantaggiare lo sviluppo dei processi corruttivi, attraverso due modalità alternative e contrapposte. Il bando può essere redatto in maniera così dettagliata, tale da avvantaggiare un'impresa prestabilita o, al contrario, in maniera così generica da accrescere il grado di discrezionalità nella fase di selezione delle offerte, con criteri di valutazione e selezione poco chiari⁵⁷.

Un'altra modalità classica consiste nella previsione di soglie di sbarramento particolarmente stringenti o condizioni penalizzanti per i concorrenti esterni all'accordo corruttivo, tali da scoraggiare o rendere non conveniente la partecipazione ad imprese esterne.

La fase dell'aggiudicazione ha sempre rappresentato il momento procedimentale più esposto e più permeabile al proliferare di fenomeni di corruzione e proprio per tali ragioni è soggetta agli obblighi più stringenti di pubblicità e trasparenza e ad una tutela giurisdizionale legata al controllo incrociato tra concorrenti.

La iper-regolamentazione della fase dell'aggiudicazione, assoggettata a vincoli stringenti di trasparenza e pubblicità, non ha limitato il proliferare dei fenomeni corruttivi, ma ha provocato una migrazione degli stessi verso altre fasi – soggette a controlli più deboli, poiché informate da un paradigma della concorrenza meno intenso – del rapporto tra l'amministrazione e il settore privato⁵⁸.

In questa fase, le occasioni di corruzione e le relative modalità di manifestazione del fenomeno, sono strettamente legate alla redazione del

e successivamente una legge *ad hoc* hanno consentito di derogare a circa 85 articoli del Codice del 2006. Sul tema, si v. B. BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2016, pp. 78-86; M. FIOCCA, G. MONTEDORO, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb. e app.*, 10, 2004, pp. 1132-1139; G. PIPERATA, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *federalismi.it*, 2015, p. 5; F. DI CRISTINA, *La corruzione*, cit., pp. 216-218.

(57) A. VANNUCCI, *Il lato oscuro*, cit., p. 280, «la pubblicazione del bando è una fase critica, visto che in molti casi l'opacità delle procedure è preconditione per gli scambi corrotti già intercorsi, o intercorrenti, tra corrotti e corruttori».

(58) G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., p. 327, l'attenzione che il legislatore dedica a tale fase è sproporzionata, rispetto a quella precedente della preparazione del contratto e quella successiva dell'esecuzione.

bando, ossia all'esternazione della domanda pubblica o ad accordi intervenuti durante la fase dell'aggiudicazione.

Una delle soluzioni maggiormente gradite dalla dottrina straniera⁵⁹ consiste nella separazione delle valutazioni operate dall'ente aggiudicatore, da suddividere tra un ufficio economico, deputato alla ricezione del ribasso e un ufficio tecnico, designato alla c.d. specifica tecnica dell'offerta; la soluzione – in considerazione anche del lungo *iter* di centralizzazione della spesa pubblica – non sembra percorribile, poiché comporterebbe un nuovo fattore di disgregazione e frammentazione (sebbene interorganico) in seno alle amministrazioni.

Nel corso degli anni, le reazioni dell'ordinamento per prevenire i rischi di corruzione connaturati a tale stadio della procedura di gara sono state caratterizzate da una costante: la diffidenza nei confronti della discrezionalità⁶⁰.

La legge 11 febbraio 1994, n. 104, la c.d. legge Merloni – e per certi versi l'assunto vale anche per il Codice dei contratti pubblici del 2006 – era legata all'idea che la discrezionalità fosse di per sé fonte di corruzione, ragion per cui era necessario intervenire con norme volte a irrigidire le procedure di selezione del contraente. Privare la pubblica amministrazione della modica quantità di discrezionalità che è congenita alla selezione pubblica, non solo non elimina le distorsioni corruttive, ma determina una perdita di efficienza dell'intera filiera della decisione amministrativa.

(59) A. ADES, R. DI TELLA, *Rents, competition and corruption*, in *The American Economic Review*, 4, 1999, p. 983, «*a common way to reduce the opportunities for corruption is to separate the evaluation work in the purchasing organization, so that the economic department receives the price information in the bids while the technical department evaluates the quality specifications of material solutions*».

(60) Sul tema, *ex multis*, G.D. COMPORITI, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2, 2007, pp. 231-280; M. DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione*, in *Munus*, 3, 2015, p. 676, «l'aver fatto leva sulla rigidità e sull'oggettività del procedimento ha finito per costituire un filtro insuperabile ad ogni indagine, così che ogni patto scellerato con cui si concordasse in anticipo l'illegittimo transito di informazioni creava, grazie allo schermo formale del rispetto del rigore procedimentale, un ostacolo alla verifica sostanziale di ciò che era in concreto accaduto»; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro*, cit., p. 281, «la soluzione tradizionalmente adottata in Italia è stata il ricorso a una rigida formalizzazione delle procedure, fondate su meccanismi uniformi di aggiudicazione, nel presupposto che questo consentisse di massimizzare sia la visibilità che la controllabilità del processo di scelta».

La predeterminazione, in maniera rigida e univoca, della scelta dell'ente aggiudicatore, soprattutto in relazione agli appalti complessi, ossia quelli in relazione ai quali la stazione appaltante patisce uno svantaggio informativo a causa delle caratteristiche degli stessi, si rivela una scelta che conduce ai c.d. fenomeni di selezione avversa⁶¹. La surrogazione della discrezionalità amministrativa con modelli standardizzati genera effetti negativi sull'intera fase di scelta e non costituisce un rimedio apprezzabile in tema di contrasto alla corruzione⁶².

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 si colloca in un contesto normativo profondamente mutato e caratterizzato da un rinnovato senso comune di contrasto alla corruzione.

In relazione alla fase pubblicistica della gara pubblica, sono previste misure per la centralizzazione delle committenze e l'aggregazione dei centri di spesa pubblica e la prescrizione in ordine alla necessità che la qualificazione delle stazioni appaltanti sia subordinata al ricorrere di determinati requisiti premianti⁶³.

In questa sede non è possibile soffermarsi su un'analisi diacronica dei rimedi prospettati, ma si consenta di riportare il rilievo autorevole in base al quale «la vigente disciplina dei contratti pubblici è scritta dall'angolo visuale della corruzione, ciò fa perdere di vista gli altri obiettivi, la legislazione degli ultimi anni è sostanzialmen-

(61) Cfr. G. FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 145-146.

(62) Restano pienamente attuali le considerazioni svolte da M. CLARICH, *La legge Merloni tra instabilità e flessibilità*, in *Corriere giuridico*, 2002, pp. 1401-1403, secondo cui, nella prospettiva del legislatore dell'epoca – ma il rilievo è insuperato, ed è applicabile anche alla legislazione successiva – si poneva la necessità di operare un equilibrio e una ponderazione tra due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti: rigore, trasparenza, imparzialità da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro. Si riteneva di dover garantire la massima trasparenza attraverso regole rigide e automatismi valutativi, invece di cercare di sintetizzare tutti i principi in gioco attraverso norme di raccordo e strumenti flessibili. Tale normativa ha determinato una chiusura protezionistica del mercato delle commesse pubbliche, tradendo le spinte pro-concorrenziali di matrice europea, senza peraltro far registrare risultati significativi sul versante dell'impatto alla corruzione.

(63) A mero titolo esemplificativo, si veda l'art. 42 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e la relativa, ed ampia, interpretazione fornita da Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, in *Foro amm.*, 2017, p. 1555.

te ispirata al principio del sospetto generalizzato, che è l'anticamera dell'autoritarismo⁶⁴.

Tale impostazione, che tra l'altro è confermata dalle numerose e autorevoli relazioni che rilevano il numero di volte in cui l'ANAC è menzionata nel corpo del d.lgs. 50/2016, se da un lato rischia di complicare eccessivamente la procedura di gara per alcuni aspetti, dall'altro il ruolo dell'ANAC, quale soggetto cui affidare il ruolo di coordinamento dell'irrinunciabile plesso di strumenti preventivi, non sembra poter essere svolto efficacemente da altri soggetti istituzionali⁶⁵.

Nella fase dell'aggiudicazione, un'ulteriore fattispecie tipica è rappresentata dai fenomeni di collusione tra imprese, che possono accordarsi al fine di vanificare la concorrenzialità della procedura⁶⁶. In tali ipotesi, la corruzione si sostanzia in un aggiramento o elusione della procedura, poiché le imprese non esercitano alcuna pressione o influenza, per indirizzare la scelta pubblica.

Da ultimo, si rileva il rischio di fattispecie di conflitto di interesse che potrebbe verificarsi qualora un concorrente abbia ricoperto in precedenza incarichi presso la stazione appaltante, o, più in generale, pubblica amministrazione, che gli consentano di acquisire informazioni privilegiate, da trasmettere alla propria impresa, e vanificare l'intera procedura di gara. In tal senso, si esprime pieno apprezzamento per la previsione di cui all'articolo 42 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rubricata "Conflitto di interesse", che impone alle stazioni appaltanti di adottare misure per individuare e risolvere tali fattispecie.

Per ciò che riguarda le modalità alternative alla ordinaria modalità di esternalizzazione costituita dal contratto di appalto, tra le quali i modelli di partenariato pubblico-privato rappresentano la novità più rilevante, l'analisi si rende necessaria in virtù del percorso evolutivo che ha con-

(64) Intervista a S. CASSESE, pubblicata su *Il Foglio*, il 24 gennaio 2017.

(65) Tale approccio favorevole è confermato – tra gli altri – dal Rapporto GRECO (*Group of States against corruption*), pubblicato il 19 gennaio 2017, consultabile su www.penalcontemporaneo.it (2017), nel quale si esprime un parere ampiamente favorevole per il ruolo svolto dall'ANAC.

(66) Sul tema, si v. P. CHIRULLI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010, pp. 412-414.

dotto al superamento del tradizionale principio di tipicità ed esclusività delle forme contrattuali, fino a pervenire a una tendenziale equiparazione tra le stesse⁶⁷.

Su questo tema si registra un vuoto di indagine, poiché c'è la tendenza a considerare gli studi sull'impatto della corruzione nei contratti pubblici pienamente validi anche per tali procedure di affidamento.

Un primo snodo problematico riguarda proprio il ricorso a tali strumenti contrattuali, che può costituire di per sé un viatico per la corruzione⁶⁸. La procedura di selezione del contraente privato è esposta ai medesimi rischi già passati in rassegna per ciò che riguarda la fase di aggiudicazione del contratto di appalto, anche se è opportuno operare alcune precisazioni.

L'articolo 181, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prescrive che la scelta dell'operatore economico debba avvenire con procedure ad evidenza pubblica e opera uno specifico richiamo al dialogo competitivo. Tale scelta legislativa rinviene la propria giustificazione nella necessità di cercare regole più flessibili rispetto a quelle peculiari dell'aggiudicazione degli appalti, poiché l'amministrazione deve operare una scelta che tenga in considerazione soluzioni innovative e vantaggiose, al di là della mera minimizzazione della spesa pubblica.

Tale flessibilità operativa nella fase di scelta del contraente privato si concretizza in un ampio spazio di discrezionalità di cui è titolare l'amministrazione, teso a massimizzare il benessere sociale, ma che si presenta come facilmente permeabile a eventi di corruzione; in tali ipotesi, la corruzione può esternarsi nella modalità tipica di distorsione dell'uso del potere discrezionale.

Dopo la fase di scelta del contraente privato, il coinvolgimento di quest'ultimo fin dalla fase di realizzazione dell'opera – e determinato

(67) Il tema non può essere approfondito in questa sede, ma si consenta di rinviare alle insuperate opere di F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011 e M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: Concessioni, Finanza di progetto, Società Miste, Fondazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

(68) R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 802, «c'è il rischio che le nuove forme negoziali vengano utilizzate per aggirare le misure restrittive di finanza pubblica o per eludere le regole dell'evidenza pubblica».

in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento – espone l'intera attività amministrativa a un eventuale condizionamento atipico. In tali ipotesi, non è possibile apprezzare un eventuale sviamento di potere pubblico, in ragione dell'esaurimento dello stesso – o quantomeno di un apprezzabile ridimensionamento – ma la corruzione può esternarsi in una vera e propria contiguità tra l'amministrazione e il privato.

A tal proposito, le coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza penale ed amministrativa, per ciò che riguarda il grado di condizionamento mafioso esercitato sull'ente aggiudicatore, per operare una distinzione tra contiguità soggiacente e contiguità compiacente, al fine di stabilire il grado di libera autodeterminazione conservato dalla stazione appaltante, possono essere applicate anche a tale contingenza di corruzione⁶⁹.

In estrema sintesi, nella fase che precede la stipulazione del contratto, emerge un dato costante, legato alla configurazione di eventuali episodi di corruzione dovuti, in larga parte, alla distrazione del potere conferito, che nella fase pubblicistica è, per struttura, particolarmente ampio.

2.2 La corruzione nelle more dell'esecuzione del contratto, tra arbitrio e ricorso dissennato ai subcontratti

La fase più critica, poiché meno soggetta ai paradigmi della trasparenza e dei controlli, risulta essere quella dell'esecuzione del contratto, estremamente vulnerabile a influenze esterne di matrice corruttiva, che si concretizzano attraverso l'uso improprio delle proroghe e dei rinnovi o attraverso un ricorso incontrollato al novero dei subcontratti.

In tal senso, appare particolarmente evocativo e condivisibile l'apprezzamento secondo cui «le autorità aggiudicatrici sembrano dimenticarsi del contratto dopo averlo firmato e raramente controllano le prestazioni di un appaltatore»⁷⁰.

(69) *Ex multis*, si v. Cass. pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, n. 84, in *Riv. pen.*, 1999, p. 251; per la distinzione tra le due fattispecie di contiguità, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7619, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 3727.

(70) V. FERRARIS, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in L. SCOMPARN (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, cit., p. 79; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Material*

La manipolazione di tipo corruttivo della fase dell'esecuzione dei contratti pubblici può rivelarsi attraverso negoziazione di contratti aggiudicati o mediante le varianti in corso d'opera, che possono modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del contratto, vanificando talvolta l'intera fase ad evidenza pubblica⁷¹.

Nella fase dell'esecuzione del contratto la corruzione si configura come un abuso di una posizione privilegiata da parte dell'impresa aggiudicataria, nel quale la tangente è differita nel tempo e si rappresenta attraverso i meccanismi di proroga dell'esecuzione, dovuti a imperfezioni

amendments of public contracts during their terms: from violations of competitions to symptoms of corruption, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 4, 2013, «Often the quality promised in the contract signed after the award procedure is not delivered during the execution phase and the procuring entities accept a different and worse-than-promised performance. The infringement of the contract can lead to a material amendment related to a modification of the economic balance of the initial contract».

(71) R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 325, «empiricamente si è rilevato che la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente redazione dei capitolati»; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *Competition in the Execution Phase of Public Procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 1, 2011, p. 89, «a losing bidder's right to fair competition during the selection phase could be violated in the case of any unforeseeable change in the contract conditions during the execution phase. This theory is supported by the Court of Justice, which maintained that material amendments are modifications outside of the scope of the awarded contract that bidders could not have reasonably anticipated at the time of the original award and might have led to participation by a different set of bidders and, possibly, to a different winning bidder. Losing bidders have a right to fairness and competition under mandatory European and national rules. More egregious and fairness violations can render a contract ineffective. Material amendments, outside the scope of the contract, preclude other bidders from taking part in competitions for the award of a new, different contract. In accordance with the recent directive, this is one of the scenarios that can lead to the ineffectiveness of a contract»; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., pp. 329-330, «attraverso le varianti in corso d'opera si dà la possibilità all'amministrazione e all'appaltatore di modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del progetto inizialmente posto a base di gara o del contratto aggiudicato, vanificando in questo modo l'intera procedura ad evidenza pubblica eventualmente bandita; tali modifiche non sono sottoposte ad attenti controlli e spesso sono decise a seguito di un confronto personale fra la stazione appaltante e l'appaltatore, dunque, senza la pubblicità e la trasparenza necessaria. È quanto accade anche nel caso delle rinegoziazioni dei contratti aggiudicati che spesso sono necessarie per fronteggiare esigenze nuove che non erano emerse in fase di gara o per aggiornare quei contratti che, a causa della lunga durata, rischiano di diventare obsoleti. Queste modifiche, connesse all'aumento dei costi contrattuali, sono terreno fertile per fenomeni corruttivi».

originarie del bando o a contingenze imprevedibili, che rendono necessaria la rinegoziazione delle condizioni inizialmente pattuite⁷².

In tal senso, si esprime un giudizio pienamente positivo a proposito dell'articolo 106, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che ha introdotto una novità rilevante, attraverso la prescrizione di un'autorizzazione per le modifiche e le varianti dei contratti di appalto in corso di validità, per porre un argine al mutamento di condizioni tali da comportare una variazione integrale dello stesso oggetto del contratto. In tal modo, le modifiche sostanziali al contenuto del contratto sono ammesse solo al ricorrere di determinate condizioni, non interpretabili estensivamente e, pertanto, pienamente sottoponibili a controllo giurisdizionale.

Gli emendamenti che alterano il sinallagma inizialmente pattuito, all'esito della gara pubblica, non solo risultano illegittimi, ma sono sanzionate con la previsione di matrice europea della nullità⁷³, in quanto sono equiparati alla stipulazione del contratto in assenza di gara pubblica, che risulta totalmente frustrata e aggirata.

Una fattispecie potenzialmente esposta a eventi di corruzione è rappresentata dall'esecuzione d'urgenza in pendenza della stipulazione del contratto ovvero di perfezionamento della relativa efficacia, esperibile solo per i contratti di servizi e forniture e disciplinata dall'articolo 32, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016. Un indiscriminato e generalizzato ricorso all'esecuzione d'urgenza, subordinata al ricorrere di circostanze soggette a interpretazioni difformi e non determinabili *ex ante*, quali «situazioni di pericolo» o la determinazione di «un grave danno all'interesse pubblico», può favorire il proliferare di accordi di corruttela tra la stazione appaltante e il privato.

La questione relativa alle variazioni delle condizioni di contratto appare

(72) M. DE JONG, W.P. HENRY, N. STANSBURY, *Eliminating corruption in our engineering/construction industry*, in *Leadership and Management in Engineering*, 3, 2009, p. 107, differire la tangente dopo la selezione del contraente è un mezzo efficace per ricorrere poi sistematicamente al contenzioso come strumento per aumentare i propri margini di guadagno, moltiplicando le occasioni di interazione economicamente rilevanti con i decisori pubblici, e dunque gli incentivi alla corruzione.

(73) Si v. E. PARISI, *La forma del contratto pubblico nella nuova disciplina del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e la correlata sanzione della nullità: profili di diritto sostanziale e processuale*, in *Dir. econ.*, 2, 2017, pp. 523-555.

particolarmente avvertita nei modelli di partenariato, poiché il contratto è finalizzato alla prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo particolarmente lungo, che rende necessario che lo stesso accordo sia in grado di adattarsi ad alcuni mutamenti intervenuti nel contesto giuridico, economico e tecnico.

Una fattispecie che si presenta come potenzialmente esposta a eventi di corruzione è il contratto di disponibilità, disciplinato dall'articolo 188 del d.lgs. 50 del 2016, in virtù del quale il soggetto privato, assumendosi i relativi rischi, provvede alla costruzione e alla messa a disposizione dell'amministrazione di un'opera, che resta di proprietà del privato⁷⁴.

L'amministrazione è obbligata a versare a favore del privato un canone, che rappresenta il corrispettivo a fronte della messa a disposizione dell'opera, soggetto a diminuzioni in proporzione ai periodi in cui la disponibilità è ridotta, o non è conforme agli *standard* qualitativi previsti nel contratto; la stessa nozione di "messa a disposizione" è soggetta a interpretazioni difformi, poiché appare sfuggente e indeterminata, ed è pertanto problematico sottoporre tale criterio a controllo amministrativo⁷⁵ e giurisdizionale. La corruzione si può configurare sotto forma di erogazione di un canone, che funge da compenso (*rectius* tangente) di una transazione illecita, per un'opera che non soddisfa i canoni previsti, originariamente fissati con la stipulazione.

3. Oscillazioni valutative alla ricerca dell'affidabilità degli indicatori

A tale incertezza semantica, si accompagna un'indeterminatezza valutativa, dovuta alla peculiare connotazione del fenomeno, nel quale i soggetti attivi sono interessati a celare l'accordo illecito e il soggetto leso, la pubblica amministrazione, è immateriale e come tale impossibilitata

(74) Sul tema restano attuali le considerazioni svolte da F. GAMBARDILLA, *Partenariato pubblico-privato e profili di liberalizzazione*, in *Quaderni della Rivista Diritti, Lavori Mercati*, 2015, pp. 145-153.

(75) A tal proposito, si consenta di condividere autorevole posizione di F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione*, cit., p. 9, «in tema di controlli viene fuori la schizofrenia tutta italiana: dopo averli aboliti quasi del tutto, tutti a rimpiangere i controlli del passato; la tematica dei controlli va ripensata *funditus*, perché servono controlli moderni ed efficaci, controlli capaci di penetrare la gestione senza paralizzare l'azione».

a denunciare la lesione subita⁷⁶. Sarebbe opportuno, e francamente auspicabile, disporre di dati meno impressionistici sugli snodi e sui luoghi in cui si sviluppa la corruzione, soprattutto nell'erogazione di fondi per lavori e servizi pubblici.

L'analisi dei diversi procedimenti di misurazione della corruzione evidenzia come non esista un metodo privo di problemi concettuali o statistici, da cui derivino oscillazioni particolarmente sensibili dei dati acquisiti, tali da rendere gli stessi inattendibili.

In altri termini, la corruzione è un fenomeno non osservabile direttamente, e l'accertata impossibilità di ottenere una misura univoca e universalmente riconosciuta impone la ricerca di misure indirette o di indicatori che, per essere attendibili, devono essere rilevanti, obiettivi e disponibili.

Per la definizione di un indicatore attendibile, si rileva la necessità di scomporre la ricerca in due fasi distinte; la prima riguarda l'identificazione degli indicatori su base logico-deduttiva, che, in seguito, devono essere verificati statisticamente a posteriori, su base scientifica, empirico-induttiva⁷⁷.

Per altro verso, il continuo, e talvolta necessario, ricorso ai c.d. indicatori compositi, che sintetizzano in unico valore numerico diversi sottoindicatori semplici, non è attendibile, poiché conduce a una forzatura concettuale, inutilizzabile per un'analisi genetica e con riscontri controfatti del fenomeno⁷⁸.

(76) Sul tema, cfr. G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione dieci anni dopo*, in Id. (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, Vita e Pensiero, p. 85, la corruzione produce danni spesso non evidenti, ma sempre profondamente corrosivi del tessuto sociale, che sono difficilmente quantificabili, per la scarsa propensione a denunciare, e di conseguenza a far emergere, le condotte che integrano eventi corruttivi; ALTO COMMISSARIO ANTICORRUZIONE, *Il fenomeno della corruzione in Italia*, consultabile sul sito www.irpa.eu, 2014, con nota di F. DI CRISTINA, «il livello della corruzione denunciata e giudizialmente accertata è un indicatore parziale, e per certi versi fuorviante, rispetto all'effettiva situazione di un ordinamento».

(77) La suddivisioni in fasi è elaborata da G. ARBIA, *Aspetti statistico-metodologici nella costruzione di indicatori di corruzione e nella valutazione della loro efficacia*, in M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi. Obiettivi, metodi, esperienze*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 22-23.

(78) In tal senso, si v. M. SAISANA, A. SALTIELLI, S. TARANTOLA, *Uncertainty and sensitivity analysis techniques as tools for the quality assessment of composite indicators*, in *Journal of the Royal*

A tal fine, si esprime una valutazione positiva per l'istituzione dell'apposito Sistema Monitoraggio Gare (SIMOG) presso l'Autorità anticorruzione, e posto nella piena disposizione dei responsabili delle procedure, per la gestione della gara e dei relativi ed eventuali lotti.

La corruzione nelle more dell'affidamento di commesse pubbliche è pulviscolare e, come tale, imponderabile e impercettibile, poiché non esiste un indice affidabile e sufficientemente oggettivo, tale da poter fornire indicazioni utili sull'effettiva diffusione del fenomeno; è un fenomeno duttile e polimorfico, che mostra una sorprendente capacità di adattamento a contesti regolativi differenti.

In altri termini, è opportuno rilevare con certezza che non esistono flussi di dati talmente indicativi e privi di margini di incertezza eccessivi, per poter fornire un quadro oggettivo del livello di corruzione.

«I valori del barometro della corruzione»⁷⁹ sono caratterizzati da un'approssimazione genetica dalla quale non possono essere affrancati, e con la quale si deve convivere, anche in sede di valutazione delle misure correttive da predisporre, dal punto di vista politico e amministrativo. I dati forniti annualmente da *Transparency International*, puntualmente rievocati in ogni indagine sul tema, non sono attendibili, poiché sono ontologicamente soggetti a rapidi cambiamenti, non supportati da ragioni di carattere oggettivo, o comunque oggettivamente apprezzabili, e sono destinati a subire il condizionamento di fattori esogeni, quale, ad esempio, l'impatto emotivo generato su un campione di cittadini determinato da un episodio di corruzione. Tuttavia, come è stato rilevato, «siamo su un terreno in cui la percezione conta, perché ispira i comportamenti e diventa realtà futura»⁸⁰.

L'opzione di cercare di quantificare i costi della corruzione e, in via de-

Statistical Society, 2, 2005, pp. 307-323; M. GNALDI, *Indicatori di corruzione e nuovi indicatori di prevenzione della corruzione*, in M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi*, cit., pp. 31-36.

(79) P. PIRAS, *Il buon andamento*, cit., p. 36.

(80) Tale impostazione è elaborata da F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in *federalismi.it*, 20, 2015, p. 2, «la percezione diffusa e l'assuefazione all'illegalità possono condurre a vanificare le politiche pubbliche di settore. I costi sociali e sistemici sono di due tipi e, proprio per il loro carattere strutturale, sono anche più gravi di quelli meramente economici».

duttiva, ricavare i dati della diffusione della stessa appare non percorribile.

Un'interessante modalità di quantificazione dell'impatto della corruzione è rappresentata dall'Aic (Analisi impatto della corruzione), uno strumento che è diretto ad accertare, in base a una serie di fattori e di dati, il grado di esposizione di una normativa ai fenomeni corruttivi⁸¹, al fine di predisporre rimedi migliorativi in relazione alla qualità della normazione primaria.

Tale indice è, pertanto, uno strumento di prevenzione, che si pone a metà strada tra un rimedio da applicare nelle more della normazione e un rilevatore dei rischi della corruzione, ma non fornisce alcuna indicazione utile per la quantificazione della stessa.

Inoltre, una mappatura delle norme vigenti in materia di contratti pubblici, alla luce dei criteri individuati dall'Aic, potrebbe risultare poco utile, per due ordini di ragioni. In primo luogo, le repentine modifiche e correttivi alla disciplina renderebbero arduo, e poco significativo, tale incarico. In secondo luogo, questo indice è ideato per la normazione primaria e non tiene conto del proliferare di strumenti di regolazione flessibile, dotati di «forza formale»⁸² variabile, che incidono sull'affidamento di commesse pubbliche, tra i quali gli atti dell'ANAC rivestono sicuramente un peso specifico.

Una ricerca particolarmente dettagliata e analitica ha generato una serie di indicatori, che prendono in considerazione diversi aspetti della procedura di gara, attraverso una serie di calcoli, di matrice economica, con variabili e costanti⁸³.

(81) Sul tema, si v. L. DI DONATO, *L'analisi di impatto della corruzione (Aic): un nuovo strumento per i regolatori?*, in *federalismi.it*, 21, 2015, pp. 9-13, l'Aic è uno strumento normativo che ha l'obiettivo di identificare i fattori di rischio-corruzione all'interno delle bozze di regolazione e delle proposte volte a modificare norme già vigenti. «L'Aic è una misura di prevenzione di matrice legislativa, predisposta sulla base di una linea-guida, la quale oltre a richiedere all'autore dell'iniziativa una serie di informazioni preliminari e orientata a valutare i tre criteri fondamentali: la facilità di *compliance*, potere discrezionale e trasparenza delle procedure amministrative».

(82) Si consenta di utilizzare l'espressione di V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 197-198.

(83) Per una ricostruzione dettagliata, si v. il pregevole lavoro di G. ARBIA, E. CARLONI, E. GALLI, F. MONTEDURO, A. VANNUCCI (a cura di), *Analisi istruttoria per l'individuazione di indicatori di ri-*

A mero titolo esemplificativo, in questa sede, l'analisi si concentra sull'indicatore sul valore delle acquisizioni centralizzate, sull'indicatore di frazionamento dei lotti, sull'indicatore sul tempo medio richiesto per la presentazione di un'offerta; inoltre, ci si soffermerà su alcuni indicatori relativi alla fase dell'esecuzione, ossia l'indicatore dei contratti aggiudicati prorogati e l'indicatore di scostamento dei tempi e dei costi di esecuzione. Inoltre, si propende per una semplificazione degli indicatori prescelti, prescindendo dalle formule matematiche necessarie per il calcolo del valore.

L'indice che tiene conto del valore delle acquisizioni centralizzate rivela la percentuale di acquisti aggiudicati attraverso gli accordi quadro sul numero totale delle procedure di gara, poiché, in base a una teoria economica, la gestione diretta delle gare rende la stessa più cedevole a fattori di corruzione.

L'indicatore di frazionamento ha la finalità di valutare la condotta della stazione appaltante che opera un frazionamento artificioso di un contratto, al solo fine di non oltrepassare le soglie comunitarie previste e aggirare i relativi limiti. Il valore si calcola attraverso la somma del numero di procedure non concorrenziali, attivate da un medesimo ente aggiudicatore, in un periodo determinato, per appalti omogenei⁸⁴.

L'indicatore sul tempo medio richiesto per la presentazione di un'offerta misura l'adeguatezza della tempistica minima necessaria in relazione a categorie di contratti e può essere utilizzato per la procedure per le quali non sono previsti termini tassativi indicati dalla norma. La previsione di tempi ridotti tra la data di pubblicazione del bando e la data di scadenza per la presentazione di offerte possono rivelare un favore nei confronti di un operatore economico o, in ogni caso, un segnale di restringimento del grado di concorrenza potenziale. Tale indice può essere calcolato attraverso un'analisi incrociata dei dati della stazione appaltante e dei dati aggregati rilevati dalla stessa ANAC.

schio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle amministrazioni pubbliche coinvolte nella politica di coesione, in *www.anticorruzione.it*, 2014, pp. 42-49.

(84) L'omogeneità si calcola in base alla c.d. variabile di omogeneità dell'oggetto e al codice CPV (*Common Procurement Vocabulary*) al massimo dettaglio (per un'analisi accurata si rinvia a J.M. HELBY, *European Public Procurement*, Alpen, Kluwer Law International, 2008, pp. 432-434).

L'indicatore che tiene conto della percentuale dei contratti prorogati rivela una circostanza patologica peculiare della fase dell'esecuzione del contratto, poiché si configurano veri e propri rinnovi contrattuali affidati senza alcuna forma di pubblicità, né di confronto concorrenziale.

L'indicatore di scostamento dei costi e dei tempi di esecuzione (si tratta di due valori differenti) svela eventuali comportamenti opportunistici dell'operatore, definiti di *moral hazard*⁸⁵, diretti a recuperare un eccessivo ribasso, operato in sede di aggiudicazione, durante la fase contrattuale⁸⁶.

I rilevatori di rischio, prospettati dall'indagine appena richiamata, permettono di operare una mappatura dei rischi della corruzione più analitica dei rapporti stilati sulla base del solo riferimento percettivo; i valori forniti degli indicatori esposti devono essere sottoposti a costante verifica e aggiornamento per poter adeguare la misurazione della corruzione alla duttilità di quest'ultima.

Affrancare le indagini sulla corruzione dall'imponderabilità dei dati ha un rilievo nodale, altrimenti si corre il rischio di analizzare flussi di informazioni che non solo non sono attendibili, ma rischiano di essere posti a fondamento di rimedi e soluzioni legislative errate nel metodo; la fuorviante e approssimativa stima fornita da indagini che si basano unicamente sulla percezione incoraggia il relativismo delle valutazioni e altera i valori reali.

4. La dimensione territoriale della corruzione, dall'omogeneità alla virtuosa differenziazione

L'intero impianto della legge 190 del 2012 individua il legislatore nazionale quale unico soggetto in grado di adottare un'organica politica

(85) Sul tema, si v. T.F. HELLMANN, K.C. MURDOCK, J.E. STIGLITZ, *Liberalization, moral hazard in banking and prudential regulation: are capital requirements enough?*, in *The American Economic Review*, 1, 2000, pp. 147-165; G.S. ESKELAND, H. THIELE, *Corruption under moral hazard*, The World Bank (*Development research group*), Washington, 1999.

(86) Aa.Vv., *Analisi istruttoria per l'individuazione*, cit., 48, «l'aumento dei costi di esecuzione rispetto a quelli inizialmente previsti può essere legato a circostanze impreviste e imprevedibili ed essere pertanto giustificato, ma potrebbe anche essere legato ad una connivenza tra operatore economico e stazione appaltante».

anticorruzione, in conformità con le convenzioni internazionali sul tema, indifferenti al coinvolgimento degli enti territoriali, sia sul versante dell'individuazione delle misure, sia su quello della relativa effettiva attuazione⁸⁷.

L'articolo 1 della predetta legge impone di individuare «in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione», disciplina l'approvazione di un Piano nazionale anticorruzione da parte della Commissione; l'analisi semantica induce a ritenere assente, o estremamente marginale, il ruolo delle Regioni e degli altri enti territoriali.

Tuttavia, è opportuno rilevare l'esistenza di sporadici indici che consentono una declinazione locale del tema, quali, ad esempio, il comma 60 dell'articolo 1, che prevede la stipula di intese in sede di Conferenza unificata.

Il tema appare estremamente complesso, poiché si presta a differenti ricostruzioni e necessita di alcune letture che, in via deduttiva, conducano a riscontri ragionevoli, ma non per tale ragione definitivi.

La necessità di individuare un livello differenziato di attuazione della disciplina anticorruzione tra i diversi contesti territoriali genera da una precisa e condivisibile premessa, in base alla quale il livello di corruzione e le relative modalità di esternazione del fenomeno non sono omogenee sull'intero territorio nazionale; ovviamente, l'intera questione riguarda unicamente la componente «amministrativa» della disciplina anticorruzione.

Se, da un lato, si registra una necessità di individuare misure e rimedi unitari sul territorio nazionale, dall'altro la duttilità del fenomeno impone la ricerca di soluzioni adeguate e, come tali, peculiari e specifiche.

L'intero plesso di soluzioni e di attuazioni eventualmente difforni rispetto alle previsioni legislative nazionali deve orientarsi unicamente a un miglioramento dei livelli di garanzia minimi previsti; in altri termini, la differenziazione deve essere diretta a garantire livelli di tute-

(87) Sul tema, si v. F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *questa Rivista*, 2, 2013, pp. 349-376, «nella storia delle istituzioni amministrative italiane le principali innovazioni dell'amministrazione, continuano ad essere calate dall'alto».

la di diritti fondamentali più avanzati di quelli già previsti dalla legge nazionale.

Lo Stato, nell'inerzia di fondo delle Regioni, si è sempre sentito come l'unico interprete e promotore della politica anticorruzione, poiché il problema del grado di vincolo con il quale imporre l'attuazione al sistema degli enti territoriali si poneva solo a valle, in una fase nella quale potevano influire in maniera marginale sull'intero assetto legislativo⁸⁸.

Come accennato in precedenza, si proverà a registrare un timido cambio di tendenza, a partire dallo studio di atti specifici, tra i quali l'aggiornamento del Piano nazionale anticorruzione.

L'ANAC, con delibera del 22 novembre 2017, n. 1208 ha provveduto all'approvazione definitiva dell'aggiornamento al Piano nazionale anticorruzione, che individua i rimedi da attuare in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, senza operare alcun espresso richiamo alla componente territoriale. Si predilige una differenziazione basata sulle peculiarità organizzative e funzionali, in luogo di una basata sul coinvolgimento, diretto e mediato, degli enti territoriali.

Tra gli enti posti sotto osservazione in tale delibera, uno spazio rilevante è dedicato alle istituzioni universitarie, la cui autonomia, come è noto, non è di natura territoriale, ma funzionale, come ricordato dalla stesso provvedimento dell'ANAC⁸⁹.

A fronte di tale indifferenza dell'atto di indirizzo generale nei confronti della dimensione territoriale della corruzione, si rileva una spiccata attenzione riservata al tema dai singoli Piani triennali di prevenzione della corruzione adottati.

A mero titolo esemplificativo, il Piano triennale dell'Università degli Stu-

(88) *Ivi*, p. 373, «resta l'insoddisfazione generale nel vedere non adeguatamente assicurata una funzione fondamentale dello Stato (nel nostro caso l'attivazione, anche per vincoli internazionali, di una seria politica anticorruzione), che possa essere svolta con il concorso attivo delle autonomie territoriali».

(89) ANAC, *Approvazione definitiva dell'aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione*, 2017, consultabile sul sito www.anac.it, pp. 46-47, «L'autonomia, che comprende l'autogoverno e l'autonomia normativa per la disciplina dell'esercizio delle funzioni fondamentali, ricerca e didattica, e l'autonomia organizzativa, è di tipo funzionale. Il PNA è sempre improntato al riconoscimento dell'autonomia organizzativa delle amministrazioni. Ciò vale tanto di più per l'autonomia costituzionalmente riconosciuta delle università».

di di Napoli “Federico II”, adottato nel febbraio 2017, in precedenza rispetto alla delibera dell’ANAC, opera un’analisi capillare degli sviluppi della corruzione in Campania, territorio in cui sono dislocate le sedi dell’Ateneo⁹⁰.

Il provvedimento riporta i dati relativi alle condanne e alle azioni penali intraprese per reati di corruzione e concussione (cui fa seguito un rapporto sui reati a sfondo economico), i dati relativi alla percentuale di disoccupazione sul territorio campano e un’indagine accurata sulla presenza della camorra nelle aree in cui sono presenti le diverse sedi dell’Ateneo. La minuziosità di tale indagine è giustificata proprio dal consistente numero di appalti che l’Ateneo è obbligato a gestire per l’assolvimento delle proprie funzioni istituzionali.

Inoltre, il Piano rimarca l’alto numero di provvedimenti di scioglimento dei Comuni nella Regione Campania, per esteso e diffuso condizionamento delle infiltrazioni criminali, dato strettamente legato all’aspetto territoriale dei reati contro la pubblica amministrazione.

Si esprime pieno apprezzamento per tale opzione, che tuttavia resta confinata alla fase esplorativa del fenomeno e non si estende a quella attuativa, poiché il Piano in esame non prevede misure specifiche, parametrare sui dati incamerati.

Le difficoltà riscontrate in sede di elaborazione dei dati sulla corruzione nei contratti pubblici su scala nazionale si ripropone, e forse si complica, a livello territoriale, ma la predisposizione delle misure preventive non può non considerare le differenti modalità di esternazione del fenomeno, spesso simili su scala territoriale definita, per risultare pienamente efficaci e non ridursi a meri adempimenti burocratici.

5. Un modello regionale per la vigilanza sui fenomeni corruttivi: la legge della Regione Sicilia, 28 febbraio 2018, n. 3

In conclusione, appare opportuno svolgere qualche considerazione di carattere generale sulla legge regionale Sicilia, 28 febbraio 2018, n. 3 che modifica la legge regionale Sicilia 14 febbraio 1991, n. 4, al fine di

(90) L’intero documento è consultabile sul sito www.unina.it, il quale riporta una tabella dei risarcimenti comminati dalla Corte dei Conti dovuti a danni patrimoniali nei confronti della pubblica amministrazione, suddivisi per Regione.

istituire una Commissione parlamentare d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia⁹¹.

La scelta di istituire (*rectius* modificare le competenze) di un'autorità a carattere locale è in controtendenza con la necessità – particolarmente avvertita con riferimento ai contratti pubblici e quindi in relazione al tradimento del valore della concorrenza – o con l'esigenza di considerare le norme anticorruzione, non solo in un'ottica nazionale, ma di diritto globale⁹².

Nello specifico, la lettera *d*) dell'articolo 3 prevede che la Commissione, tra le altre, svolga le attività di prevenzione e di contrasto alla corruzione, vigili sulle procedure di affidamento e l'assegnazione degli appalti e contribuisca ad assicurare la piena ed efficace attuazione delle misure di prevenzione stabilite, in termini generali di indirizzo, dall'ANAC.

Questa disposizione è l'unica che menzioni l'Autorità nazionale anticorruzione, nel tentativo di creare un coordinamento e una concertazione tra le azioni sviluppate a livello locale e quelle adottate in linea d'indirizzo nazionale.

La disposizione di cui alla lettera *e*) dell'articolo 3 appare particolarmente innovativa, poiché introduce la possibilità di analizzare, a livello regionale, le cause e i fattori della corruzione e di individuare gli interventi che ne garantiscono la prevenzione e il contrasto.

Inoltre, la Commissione è competente a esprimere pareri in raccordo con le strutture della Regione e degli enti del sistema regionale, nella definizione, nell'implementazione e nell'aggiornamento dei codici di comportamento.

Nell'attesa di un tempo di vigenza sufficiente per esprimere una valutazione complessiva sulla normativa in questione, si manifesta un gene-

(91) L'intero testo di legge è consultabile, tra le altre, in *federalismi.it*.

(92) B. BOSCHETTI, *Percorsi del diritto anticorruzione nella dimensione globale e locale*, in N. PARISI, G.L. POTESTÀ, D. RINOLDI (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 181-199, che individua differenti fattori e matrici per poter considerare il diritto "anticorruzione" quale diritto "globale", in una crasi che coniuga portata locale e globale del fenomeno e dei relativi rimedi; K.C. DAVIS, *Does the globalization of anti-corruption law help developing countries?*, in *NYU Law and Economics Research Paper*, 2010.

rale parere positivo sulla prospettiva che predilige un approccio territoriale ai fenomeni di corruzione.

La perplessità sono legate alla scarsa attenzione dedicata al coordinamento con l'ANAC, tema che la legge liquida in poche righe, alla lettera *d)* dell'articolo 3.

La ricerca di una dimensione territoriale dei fenomeni corruttivi, specie in tema di affidamento di contratti pubblici, deve essere condotta senza perdere di vista le indicazioni europee e nazionali, in grado di fornire una visuale più ampia e meno soggetta all'ontologica imponderabilità che caratterizza il tema indagato.

In altri termini, la Regione può assumere un ruolo centrale nell'applicazione concreta di politiche di prevenzione, come avvenuto in relazione a un tema – quello dell'individuazione dei soggetti aggregatori, nella prospettiva di centralizzare le committenze – che, tra l'altro, ha diversi punti di intersezione e interesse con la lotta alla corruzione. La circoscrizione delle aree più permeabili ai fenomeni corruttivi, a livello regionale, può essere ricercata in maniera più precisa ed efficiente, al fine di elaborare soluzioni più adeguate alle specificità territoriali.

Il modello statale, di cui deve necessariamente essere titolare l'ANAC, dovrebbe predisporre una linea di indirizzo e di azione generale, sulla scorta dei dati e delle indicazioni sovranazionali, demandando alla Regione l'applicazione concreta di misure e soluzioni plasmate rispetto alle peculiarità locali. Il punto debole di tale impostazione – che non può essere approfondito, né risolto, in questa sede – risiede nell'individuazione dell'organo regionale deputato a tali *munera* di contrasto alla corruzione.

In linea più generale, è stato autorevolmente sostenuto che la corruzione, in un sistema in cui le funzioni amministrative con carattere più operativo sono fortemente decentrate, è più radicata a livello regionale⁹³.

Tuttavia, di là della considerazione secondo cui i grandi eventi che hanno provocato maggiore allarme sociale si sono verificati in relazione a

(93) In senso ampio, si v. S. CASSESE, *Amministrazione pubblica*, cit., p. 225, analizzando la permeabilità dell'amministrazione rispetto agli interessi rileva che i gruppi di pressione tendono a non disperdere le proprie energie lungo tutta la struttura amministrativa, in coerenza con il principio di prossimità.

eventi di portata nazionale (si pensi all'Expo del 2015), è opportuno evitare di calcolare il grado di corruzione in base alla portata locale o nazionale dell'evento, poiché si rischia, in un senso o nell'altro, di acquisire dati ingannevoli e non veritieri.

A mero titolo esemplificativo, in un'ottica di virtuoso coordinamento, si richiama il caso dei piani anticorruzione, in relazione ai quali la legge statale deve limitarsi all'indicazione degli obiettivi da perseguire, mentre le amministrazioni, territoriali e non, sono «pienamente titolari del potere di commisurare le misure al rischio ed anzi sono chiamate ad auto-analizzarsi per individuare le proprie situazioni specifiche di rischio»⁹⁴. D'altronde, le esigenze di uniformità sul piano nazionale devono essere bilanciate e paiono recedere dinanzi all'opportunità di declinazione locale: «se non lo fanno le Regioni finirà per farlo, ancora una volta, lo Stato, ma sarà necessariamente un modo imperfetto, troppo distante com'è dalla conoscenza della realtà concreta»⁹⁵.

Una soluzione percorribile, e autorevolmente sostenuta⁹⁶ – al fine di operare un coordinamento che coinvolga gli enti territoriali a monte – risiede nella necessità di individuare principi generali in materia di organizzazione amministrativa, per un adeguamento degli *standard* anticorruzione da perseguire con il concorso attivo delle autonomie territoriali; tale prospettiva richiede necessariamente una revisione costituzionale.

Il coinvolgimento attivo degli enti territoriali non può essere confinato a valle e demandato a strumenti di dubbia efficacia, ma deve essere garantito soprattutto per l'incidenza dei modelli organizzativi delle amministrazioni per il contrasto alla corruzione, senza smarrire l'esigenza dell'uniformità nazionale e nel perseguimento costante delle indicazioni sovranazionali.

(94) F. MERLONI, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 5-6, 2014, p. 972.

(95) *Ivi*, p. 974, l'attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione rappresenta una tematica nella quale si rilevano, in maniera chiara, gli effetti non positivi del pluralismo democratico sul sistema amministrativo, sulla scorta di una avvertita e diffusa inerzia degli enti territoriali, nell'attuare passivamente decisioni centrali, come se fossero dei meri adempimenti imposti.

(96) Sul tema, in altra prospettiva, si v. F. MERLONI, *Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle amministrazioni regionali e locali*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 214.

Il luogo adatto dove bilanciare. Il “posizionamento” del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali *vs* il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019

Benedetto Ponti

Sebbene la sentenza 20/2019 della Corte costituzionale italiana abbia fatto parlare di sé soprattutto per i profili “di sistema” connessi alla definizione dei rapporti con giudici di merito (da una parte) e Corte di giustizia Ue (dall'altra) in tema di “doppia pregiudizialità”, il contributo in oggetto intende rimarcare l'importanza (anche in tale prospettiva) del merito della questione affrontata. In particolare, l'analisi evidenzia in che termini il foro prescelto dal giudice remittente per operare il sindacato sul bilanciamento definito dal d.lgs. 33/2013 – tra diritto alla trasparenza e diritto alla tutela dei dati personali – abbia influito sull'esito di tale giudizio. Rilevano, a tale fine, due elementi. Per un verso, il framework asimmetrico che caratterizza il confronto tra i due diritti in gioco: il secondo, attratto nella sfera del diritto eurolunitario; il primo, di stretta pertinenza dei sistemi giuridici degli Stati membri. Inoltre, va rimarcata la differente considerazione riservata loro. Mentre nella giurisprudenza della Cgue emerge chiaramente la sistematica preminenza del diritto alla tutela dei dati personali rispetto al diritto alla trasparenza, per la Corte costituzionale essi rivestono “eguale rilievo”. Proprio questa “parità delle armi”, comporta maggiori margini di bilanciamento per il legislatore, che meritano dunque di essere sindacati non in termini di stretta proporzionalità e necessità delle misure di trasparenza, ma piuttosto secondo il canone della ragionevolezza.

1. La decisione della Corte tra tutela multilivello e merito del decisum
Molti tra i commenti¹ dedicati all'analisi della (attesa) decisione della

(1) Cfr., ad esempio A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurolunitario*

Corte costituzionale relativa agli obblighi di pubblicazione (in funzione di trasparenza) delle informazioni su reddito e patrimonio dei dirigenti pubblici (per come ri-disegnati dal d.lgs. 97/2016), si concentrano deliberatamente sui profili della sentenza più strettamente attinenti alla tutela “multilivello” dei diritti fondamentali e/o di rilievo costituzionale. In effetti, con la pronuncia in oggetto, la Corte è ritornata sulla tematica del trattamento da riservare all’incidente di costituzionalità nel caso in cui un medesimo diritto riceva protezione (o copertura) sia da parte del diritto costituzionale interno (o nazionale, che dir si voglia), sia da parte della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), in quanto recepita dal Trattato di Lisbona, ciò che ha comprensibilmente attirato l’attenzione dei commentatori, interessati a verificare se ed in che misura il Giudice delle leggi avrebbe confermato gli approdi dell’“epocale” pronuncia del 2017. Allora, la Consulta aveva in qualche modo “disattivato” la competenza dei giudici comuni a procedere alla disapplicazione del diritto nazionale che si ponesse in contrasto con quello di fonte eurounitaria (previo eventuale ricorso in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo), in tutti quei casi in cui l’atto interno fosse configurabile come lesivo di un diritto protetto sia dalla Costituzione, sia dalla Carta dei diritti fondamentali: in tali casi – e proprio in ragione del fatto che la CDFUE costituirebbe una «parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»² – i giudici dovrebbero invece procedere (sempre ad avviso della Corte costituzionale) a promuovere giudizio incidentale di costituzionalità, così da consentire al *decisum* (nel caso di una eventuale pronuncia di accoglimento) di produrre gli

rio e diritto intero con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019), in *Consulta Online*, 23 febbraio 2019; O. POLLICINO, G. REPETTO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *VerfBlog*, 2019/2/27, DOI: <https://doi.org/10.17176/20190324-205058-0>; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana: verso un riavvicinamento all’orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia*, 4 marzo 2019; R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4.3.2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10, 2019; G. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta “opportuna” della Corte costituzionale*, *ivi*.

(2) Corte cost. n. 269/2017.

effetti *erga omnes* che sono tipici delle sentenze della Corte. Si è trattato – come noto ed ampiamente dibattuto – della formulazione di un indirizzo interpretativo di enorme rilievo, con il quale la Corte ha impresso un significativo cambiamento di rotta alla giurisprudenza consolidatasi in più di trent’anni, riguardo all’equilibrio che regge il concorso di rimedi giurisprudenziali di fronte alla Consulta alla Corte di giustizia. Un cambiamento di rotta che ha – in qualche modo – costituito anche la risposta (la presa d’atto?) rispetto all’emergere di una serie di segnali di apertura – anche all’interno dell’ordinamento dell’Unione – ad una applicazione non così rigidamente “uniforme” del diritto comunitario, ma bensì disponibile a margini di adeguamento alle esigenze/istanze connesse alle specificità dei singoli ordinamenti costituzionali degli Stati membri³. Come è già stato sottolineato nei primi commenti, il Giudice delle leggi conferma questo indirizzo, ma con alcune novità, molto significative. In primo luogo, la Corte sembra ampliare il campo di applicazione del meccanismo di preferenza per il ricorso incidentale: a leggere il testo della sentenza 20/2019, esso riguarda non (più) i soli casi in cui entra in gioco il contrasto diretto con una norma della Carta dei diritti fondamentali (coincidente con una analoga protezione costituzionale interna), ma anche tutti i casi di contrasto con una disciplina eurolunitaria (anche di fonte secondaria) che presenti una “connessione” con le pertinenti disposizioni della CDFUE, così da partecipare della medesima “sostanza”. A questo ampliamento corrisponde, però, anche una “riapertura” rispetto alla concreta praticabilità del (concorrente) strumento del rinvio pregiudiziale. Infatti, mentre nella prospettazione fornita dalla sentenza 269/2017, il giudice remittente avrebbe potuto ricorrere al rinvio pregiudiziale solo con riferimento ai profili di contrarietà con il diritto dell’Unione ulteriori, rispetto a quelli oggetto di cognizione nel giudizio di costituzionalità, in questa nuova pronuncia la Consulta (tornando sui suoi passi) chiarisce che «resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiu-

(3) Cfr., sul punto, G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 2017, p. 2955 ss., in part. pp. 2956-57.

diziale a loro avviso necessaria», in quanto il «concorso di rimedi giurisdizionali arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione»⁴. Ciò che pare delineare una rideterminazione del rapporto tra i due rimedi, nel senso che la Corte costituzionale – pur ampliando il suo raggio d'azione – sembra voler rivendicare a sé non l'ultima (*rectius* la definitiva), ma piuttosto «la prima parola»⁵, così che il ricorso al giudizio di costituzionalità in via incidentale si presenta piuttosto come preliminare, che non come preferenziale o preclusivo.

Rispetto ad un “cambio di sistema” come quello inaugurato con la sentenza 269/2017, è comprensibile – pertanto – che, con riferimento alla sentenza in commento, l'attenzione della dottrina sia stata attirata in particolare dalle parti della decisione che hanno ribadito (aggiornandone i termini) questi meccanismi, così che il “merito” della decisione viene in qualche modo trattato alla stregua di un mero *accidente*, che ha fornito l'*occasione* per ritornare sulle questioni di ordine processuale, senza però che ad esso venga attribuito anche un particolare ruolo/impatto rispetto alle opzioni di sistema compiute (o ribadite) in tale sede.

Tale approccio interpretativo è certamente condivisibile, nella misura in cui si pone l'obiettivo di delineare l'assetto dei rapporti tra le giurisdizioni delle due Corti (e quindi, anche di quello dei sottostanti ordinamenti giuridici) che scaturisce da tali decisioni, suscettibile di ulteriore applicazione, a prescindere – nei suoi elementi essenziali – dallo specifico “merito” della vicenda presa in considerazione.

Queste note, tuttavia, intendono attirare l'attenzione sul fatto che approfondire *il merito* trattato nella sentenza 20/2019 può risultare significativo, non solo – com'è evidente – per ricostruire i termini in cui la Corte ha affrontato e risolto la questione del bilanciamento tra i diritti concretamente in conflitto, ma anche perché – così facendo – si è costretti a fare luce sul disegno che caratterizza il rapporto tra gli specifici diritti in gioco.

(4) Corte cost., n. 20/2019, par. 2.3 del Considerato in diritto.

(5) *Ibidem*.

2. I diritti in gioco e bilanciamento nel sistema di tutela plurilivello

Oggetto di scrutinio è la disciplina legislativa che impone un regime di pubblicità obbligatoria dei dati patrimoniali e reddituali dei soggetti che esercitano funzioni pubbliche. Come noto, nel disegno originario del d.lgs. 33/2013, la pubblicazione mediante i siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche di tali dati riguardava i soli esercenti le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, mentre con il d.lgs. 97/2016 tale regime è stato esteso sostanzialmente a tutti coloro che risultino titolari di incarichi dirigenziali, ciò che per altro ha costituito il “movente” della questione di legittimità costituzionale, dal momento che i ricorrenti hanno contestato l’irragionevolezza di tale estensione non solo con riferimento alla lesione dei principi fondamentali che presidiano alla tutela dei dati personali ma anche per l’irragionevole parificazione del trattamento in precedenza riservato ai funzionari “politici” (o comunque, esercenti funzioni di indirizzo). Si tratta di un caso specifico – sebbene, eclatante – del classico confronto/conflitto tra il diritto alla tutela della riservatezza e del diritto alla tutela dei dati personali⁶ – da una parte – ed il “diritto alla trasparenza”⁷.

(6) Come si potrà verificare nel prosieguo della trattazione, il parametro di riferimento è rappresentato – in particolare – dal diritto alla tutela dei dati personali, sia in ragione della centralità assunta da tale diritto nell’epoca segnata dall’impatto delle tecnologie digitali e di rete, sia perché è con riferimento a tale diritto che si è andato articolando il quadro giuridico positivo, in particolare al livello dell’ordinamento eurounitario. Il diritto alla tutela della sfera privata resta pur sempre antecedente logico e obiettivo sostanziale di tale disciplina, ma finisce per perdere di centralità, quantomeno con riferimento alla configurazione ed alla concreta operatività degli istituti giuridici predisposti dall’ordinamento: cfr. i saggi raccolti nel volume di F. PIZZETTI (a cura di), *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, 2016.

(7) Con questa espressione – il “diritto alla trasparenza (amministrativa)” – utilizzata anche nella sentenza in commento (cfr. il par. 6 del considerato in diritto), intendiamo fare riferimento a quella pretesa giuridica che l’ordinamento riconosce e tutela in capo al cittadino, di conoscere le informazioni in possesso dei poteri pubblici, in quanto utili/necessarie ad una serie di finalità che rappresentano altrettanti referenti (di carattere costituzionale) di tale diritto. Così, il “diritto alla trasparenza” rinvia al principio democratico, nella misura in cui la sua realizzazione attiva la dinamica di *accountability* dei poteri pubblici (e governativi, in particolare); rinvia ai principi di imparzialità e buon andamento, nella misura in cui è suscettibile di attivare forme di controllo “diffuso” sull’esercizio *corretto ed efficiente* delle funzioni pubbliche; rinvia, ancora, alla declinazione “passiva” della libertà di informazione (il cd. diritto di ricercare informazioni), nella misura in cui il diritto alla trasparenza assicura un canale privilegiato di soddisfazione del cd. *right to know*. Si tratta di una formulazione particolarmente utile, ai nostri fini, dal momento che mentre il “principio di trasparenza” sembra far perno essenzialmente su una dimensione

Pertanto, i diritti (direttamente) in gioco sono questi, sebbene – come altrettanto noto – ciascuno di essi rappresenti a sua volta la concretizzazione/specificazione di ulteriori diritti e principi, che caratterizzano in modo distintivo gli ordinamenti che afferiscono alla tradizione liberale e democratica consolidatisi – in Europa, in particolare – dopo la seconda guerra mondiale. Basti riflettere sul fatto che il diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali costituisce un precipitato del principio personalistico (la persona come centro inviolabile), laddove il “diritto alla trasparenza” costituisce un portato essenziale del principio democratico, per comprendere come il potenziale conflitto tra i diritti in gioco, ed il loro necessario bilanciamento, costituiscano un tratto essenziale e necessitato delle strutture proprie degli ordinamenti liberal-democratici contemporanei.

Questa constatazione, tuttavia, si limita a porre il problema (per altro, abbastanza scontato) dell'esistenza di fattori di conflitto tra differenti situazioni giuridiche protette dall'ordinamento. La “soluzione” di tale conflitto – ciò che viene qualificato come “bilanciamento” – costituisce l'esito di un processo che – sebbene non possa che muovere dai testi costituzionali di riferimento – vede coinvolti sia il legislatore (chiamato a

propria dell'amministrazione (la trasparenza come *dover essere* dell'amministrazione, la metafora della “casa di vetro”), la sua declinazione come “diritto” si focalizza sulla situazione giuridica del cittadino (della persona, più in generale), e rende quindi più agevole il confronto e la dialettica rispetto al diritto alla riservatezza e al diritto alla tutela dei dati personali. Non v'è dubbio che, nella lettura offerta dalla Corte nella sentenza in commento, tale diritto acquista spessore e valore di livello costituzionale; una statuizione di rilievo (per le ragioni che saranno chiarite di seguito), anche in considerazione del fatto che, anche di recente, il giudice amministrativo, diversamente opinando, aveva ritenuto che la consistenza di tale diritto alla trasparenza (quale risvolto del diritto di ricercare notizie indirizzato ai pubblici poteri) fosse sostanzialmente rimessa alla (più ampia) discrezionalità del legislatore ordinario; cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 3631/2016: «In altre parole, occorre evitare ogni generalizzazione sul rapporto tra diritto d'accesso e libertà di informare. Il nesso di strumentalità tra le due figure, che pure esiste, si sostanzia non già reputando, come fa l'appellante, il diritto di accesso qual presupposto necessario della libertà d'informare, ma nel suo esatto opposto. È il riconoscimento giuridico di questa che, in base alla concreta regolazione del primo, diviene il presupposto *di fatto* affinché si realizzi la libertà d'informarsi». Sulla declinazione del principio di trasparenza in termini di pretesa soggettivamente tutelata, cfr. C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, 2016, pp. 93-114; M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *questa Rivista*, 2013, p. 425 ss.; V. FIORILLO, *I profili soggettivi della trasparenza: livelli di definizione e recenti modifiche legislative*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 185 ss.

formulare il bilanciamento – laddove esso non sia integralmente risolto a livello costituzionale, caso alquanto raro), sia i giudici comuni (chiamati ad identificare il bilanciamento per come declinato dal legislatore) nonché (in particolare, ed in posizione di preminenza) i giudici costituzionali (chiamati – in sostanza – a verificare se il bilanciamento – formulato dal legislatore e identificato dal giudice – rientri *all'interno* del “margine di manovra” che il sistema costituzionale effettivamente rimette al legislatore al fine di “combinare” tra loro i diritti in questione, oppure se (tale bilanciamento) non si collochi *al di fuori* di questo margine di manovra, ciò che determina la sua legittimità/illegittimità).

Ora, l'esistenza di sistemi costituzionali plurilivello rappresenta *una sfida* non solo (e non tanto) perché moltiplica le sedi in cui si consuma la fase di *adjudication* del bilanciamento (una vicenda nota in letteratura con la edificante, ma un po' eufemistica nozione di “dialogo tra le Corti”), ma – prima ancora – perché non è affatto detto che i margini di manovra rimessi al legislatore per “combinare” i diritti in gioco abbiano la medesima struttura e la stessa latitudine all'interno di ciascuno dei sottoinsiemi costituzionali rilevanti, come per altro (nemmeno tanto) implicitamente riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale italiana⁸. In presenza di margini di manovra differenziati, si aprono spazi effettivi per opzioni di bilanciamento che risultino costituzionalmente legittimi, se considerati all'interno di un sottosistema, ma non compatibili/ammissibili alla luce dell'altro, come la recente (e complessa) vicenda del caso Taricco si è preoccupata di ricordare.

Ed è proprio questo il caso, ad avviso di chi scrive, con riferimento al conflitto (ed al bilanciamento) tra diritto alla riservatezza ed alla tutela dei dati personali (da una parte) e il diritto alla trasparenza (dall'altra),

(8) Se così non fosse, non si comprenderebbe la necessità avvertita dalla Corte di assicurare che i diritti garantiti dalla CDFUE vengano interpretati “in armonia” con le tradizioni costituzionali, dal momento che dove vi è perfetta coincidenza, l'armonia è già conseguita: «La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito. In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione (si veda ad esempio Corte costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11-13)», Corte cost., n. 269/2017, par. 5.2 del Considerato in diritto.

nei due sottoinsiemi considerati (sistema dei diritti protetti dalla Carta costituzionale e sistema dei diritti protetti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

3. *Un framework asimmetrico*

Nel sistema delineato dall'ordinamento giuridico comunitario, una prima constatazione riguarda la diversa considerazione che – a partire dalla Carta dei diritti fondamentali – viene fatta dei diritti in gioco. Da una parte, il diritto alla tutela della riservatezza e alla protezione dei dati personali ha un indubbio e consolidato rilievo tra i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, al punto da emergere ed articolarsi in due distinte previsioni, relative alla protezione della vita privata (art. 7) e dei dati personali (art. 8). Diversamente, il diritto alla trasparenza non appare recepito con identica nettezza. In primo luogo perché, con riferimento alla “libertà di informazione”, l'art. 11 della Carta replica lo schema dell'art. 10 della Carta EDU, recependo solo la declinazione attiva (diritto di comunicare/diffondere informazioni) e quella passiva (diritto di riceverle), e non anche quella riflessiva (diritto di ricercare informazioni). Ciò significa che manca l'esplicita menzione di quella specifica accezione della libertà di informazione cui viene riconnesso – più direttamente – l'emersione ed il consolidamento del diritto di accesso alle informazioni in funzione di trasparenza. Ed è altrettanto noto quanto sia stato lungo, complesso e pure incerto negli esiti il percorso compiuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per “estrarre” dall'art. 10 un vero e proprio diritto di accesso alle informazioni (detenute dai pubblici poteri), per altro sempre condizionato piuttosto all'esercizio della libertà attiva (di informazione), che non in funzione di trasparenza. Vero è che l'art. 42 della CDFUE riconosce in modo distinto un «diritto di accesso ai documenti»; tuttavia, tale diritto non ha una portata plurilivello, dal momento che esso è predicato esclusivamente con riferimento «ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione». Come noto, la trasparenza *dei lavori* delle istituzioni dell'Unione (di cui agli artt. 1 e 10 del TUE) e la garanzia del diritto di accesso ai documenti, funzionale a tale obiettivo (di cui all'art. 15 del TFUE), rappresentano principi consolidati nel quadro euronunitario, mediante i quali si è storicamente cercato di compensare il cd. “*deficit* democratico” delle istituzio-

ni dell'Unione. Tuttavia, la *proiezione* di questo principio nella CDFUE, in quanto esplicitamente ed esclusivamente proiettato sulle sole istituzioni dell'Unione, contribuisce a definirne il peso e la portata. Per un verso, ciò è conseguenza dello specifico rilievo che il principio di trasparenza ed il diritto di accesso rivestono nella declinazione concreta del principio democratico, così che essi afferiscono direttamente al nucleo della forma di governo, rispetto al quale ciascun ordinamento rivendica la propria autonoma potestà di disciplina. Una considerazione che non è smentita dalla progressiva convergenza dei sistemi giuridici (in particolare, ma non solo, quelli europei) verso un *common legal standard* incline a riconoscere il *right to know*, sia quale pretesa autonoma, sia in quanto funzionale alla trasparenza ed alla *accountability* dei poteri pubblici: infatti, tale convergenza si va compiendo secondo percorsi e con modalità strettamente legati al contesto istituzionale specifico di ciascun ordinamento, in risposta a motivazioni e dinamiche niente affatto omogenei, e ha dato luogo – fin qui – a soluzioni che rimangono (anche fortemente) differenziate⁹. Tra l'altro, vale la pena ricordare che il principio sancito dall'art. 42 della CDFUE è ben lungi dall'essere pienamente recepito, se è vero che l'adeguamento della disciplina comunitaria del diritto di accesso, precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (e della CDFUE), è lontano da una effettiva concretizzazione¹⁰. Per queste ragioni, il diritto alla trasparenza (e il diritto di accesso) è declinato a livello di singolo ordinamento e ne costituisce elemento caratteristico, così che – nell'ottica della conformazione composita dell'UE – esso è oggetto di una competenza normativa separata e parallela in ca-

(9) Cfr., da ultimo, D.C. DRAGOS, P. KOVAČ, A.T. MARSEILLE (a cura di), *The Laus of Transparency in Action: A European Perspective*, New York - London, Palgrave Macmillan, 2019; B.G. MATTARELLA, M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

(10) «In light of Lisbon Treaty, Regulation (EC) No 1049/2001 needs to be revised. In addition, the revised Regulation should include the experience achieved so far in its application, initiatives that the European institutions themselves have adopted in recent years to favor transparency and access to documents, and also the case law doctrine of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in this area.³⁸ Though various initiatives have existed over the last years, a revised version of it is still to be achieved in the future», così B. NEAMTU, D.C. DRAGOS, *Freedom of Information in the European Union: Legal Challenges and Practices of Eu Institutions*, in D.C. DRAGOS, P. KOVAČ, A.T. MARSEILLE (a cura di), *The Laus of Transparency in Action. A European Perspective*, cit., p. 18.

po agli ordinamenti degli Stati membri ed a quello dell'Unione. Ciò dà luogo ad una peculiare conformazione asimmetrica dell'architettura costituzionale che presiede al bilanciamento che qui ci interessa: uno dei diritti in gioco (la riservatezza/tutela dei dati personali), è attratto al livello dell'ordinamento dell'UE, dove non solo riceve un articolato riconoscimento nel catalogo dei diritti fondamentali, ma trova anche compiuta disciplina mediante una fonte secondaria idonea a realizzare il livello massimo di armonizzazione della legislazione degli Stati membri (il GDPR); l'altro diritto in gioco, invece, è sostanzialmente rimesso alla autonoma (sovrana?) determinazione dei diversi livelli ordinamentali coinvolti, ciascuno dei quali dispone di una sostanziale "riserva" di disciplina (anche costituzionale), con la conseguenza che il margine di bilanciamento si determina all'incontro tra un diritto oggetto di una disciplina omogenea, che penetra verticalmente il sistema di tutela plurilivello (il diritto alla *privacy*/tutela dei dati personali), ed un altro (il diritto alla trasparenza) che invece riceve specifica/differenziata tutela in ciascuno degli ordinamenti considerati.

Questa struttura asimmetrica – per altro – trova puntuale riscontro già nel contesto della disciplina (eurounitaria) di tutela dei dati personali. Quando si è trattato di delineare il bilanciamento tra diritto alla tutela dei dati personali e diritto di accesso, il legislatore europeo ha (im)posto la disciplina del Regolamento GDPR, quale parametro per la configurazione del diritto alla tutela dei dati personali, ma ha rimesso alle (diverse) legislazioni dei singoli ordinamenti (UE e Stati membri) il compito di "conciliare" questo diritto con quello di accesso ai documenti detenuti dalle amministrazioni (soggette alle legislazioni di tali ordinamenti)¹¹. Il bilanciamento è quindi rimesso alle singole legisla-

(11) Tale assetto asimmetrico è confermato anche dalla lettura del considerando n. 4 del GDPR. Quando il legislatore eurounitario si preoccupa di chiarire che il diritto alla protezione dei dati personali «non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale» e che pertanto «va temperato con altri diritti fondamentali», omette però di inserire il diritto di accesso o il diritto alla trasparenza nell'elenco di tali diritti («in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica»), che meritano «in particolare» di concorrere a bilanciare la tutela dei dati personali, secondo il principio di proporzionalità. A conferma del fatto che

zioni degli Stati membri¹², poiché è (solo) a quel livello che – una volta riconosciuta/qualificata la consistenza del diritto alla trasparenza – è possibile formulare la combinazione che offra soluzione al conflitto tra i due diritti. Ora, proprio poiché il rilievo e la consistenza che ciascun ordinamento assegna al diritto alla trasparenza non sono omogenei – ma, anzi (anche) fortemente differenziati –, in ciascun ordinamento il “margine di manovra” disponibile al bilanciamento (legittimo) dei due diritti può risultare diversificato: ciò che rende niente affatto indifferente il *foro* in cui viene effettuata l'*adjudication* di tale bilanciamento.

4. *Le determinanti del bilanciamento nella giurisprudenza della CGUE*

Se guardiamo a come si sono atteggiati, nei loro reciproci rapporti, i due diritti in gioco nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, ciò che emerge in modo abbastanza netto è il fatto che la Corte di Lussemburgo non sembra ritenere che essi si confrontino su un piano di parità, ma tende piuttosto a riconoscere una preminenza, o una prevalenza, al diritto alla tutela dei dati personali. Tale indubbia preminenza del distico diritto alla *privacy*/diritto alla tutela dei dati personali (ed in particolare, di questo secondo) rispetto al diritto alla trasparenza è l'effetto di una pluralità di fattori. In primo luogo, emerge in modo abbastanza netto il preponderante¹³ ruolo attribuito alla tutela dei dati personali nei casi in cui la Corte ha dovuto bilanciare, più di recente, il diritto alla tutela dei dati personali rispetto ad interessi di natura pubblica,

il bilanciamento con il diritto alla trasparenza implica una necessaria triangolazione con l'ordinamento nazionale dello stato membro (come ribadito e concretamente articolato nell'art. 86 del testo normativo).

(12) «L'approccio del legislatore europeo dunque è quello di affidare alle regolazioni nazionali il compito di “conciliare” le diverse esigenze, in un'opera evidentemente non semplice», E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2017, p. 740; cfr. anche G. BERNABEI, *Privacy e trasparenza amministrativa: un equilibrio possibile?*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, Maggioli, 2019, p. 309 ss.

(13) Cfr. O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, Roma Tre Press, 2015, p. 7 ss.

come nel caso della nota sentenza in materia di *data retention*¹⁴, ovvero (ed in termini ancora più significativi), rispetto alla libertà di informazione, che – come detto – costituisce uno dei referenti del diritto alla trasparenza. In particolare, nella notissima sentenza *Google Spain*¹⁵, il *reasoning* della Corte esclude del tutto la considerazione per il diritto all'informazione: una scelta particolarmente significativa, se si considera che la prospettazione offerta dall'Avvocato generale vi aveva fatto ampio riferimento. Il diritto a ricevere (e ricercare) informazioni mediante i motori di ricerca è dunque derubricato a mero "interesse", e si confronta con il diritto alla tutela dei dati personali su un piano di espliticità subalternità¹⁶.

Ma è sul piano del più diretto confronto tra le due pretese (alla tutela dei dati personali e alla trasparenza), che si coglie in modo più chiaro come – nella lettura della Corte di Lussemburgo – esse non si collochino affatto su di un piano di parità. Già nel caso *Bavarian Lager*, la Corte – per altro ribaltando le conclusioni raggiunte dal Tribunale di prima istanza, e disattendendo l'opinione dell'Avvocato generale – dovendo dare applicazione congiunta a due discipline in potenziale conflitto tra loro, aveva adottato una interpretazione in cui la tutela dei dati personali (Regolamento 45/2001) finiva per trovare integrale applicazione, così prevalendo su (e limitando) il diritto di accesso ai documenti della Commissione (Regolamento 1049/2001): una lettura insoddisfacente, a giudizio di molti, nella misura in cui non è sembrata idonea a determinare un *equilibrato* punto di incontro e di combinazione tra discipline volte entrambe a fornire tutela a pretese esplicitamente fondate sulla CDFUE¹⁷. Successivamente, la Corte ha avuto modo di esprimersi anche

(14) CGUE, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12, 8 aprile 2014.

(15) CGUE, *Goole Spain*, C-131/12, 13 maggio 2014.

(16) O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo?*, cit., in part. p. 14: «La prima anomalia argomentativa e forse la più evidente. A differenza di quanto fatto dall'Avvocato generale, che aveva operato un riferimento numericamente quasi equivalente tra, da una parte, gli articoli appena citati e, dall'altra parte, le disposizioni della Carta rilevanti in tema di libertà di espressione (ed accesso all'informazione) – art. 11 – e di libertà di iniziativa economica – art. 16 –, nell'apparato argomentativo della Corte entrambe le previsioni normative appena richiamate scompaiono».

(17) Cfr. O. LYNSEY, *Deconstructing data protection: the 'added-value' of a right to data pro-*

con riferimento all'altro istituto che (insieme al diritto di accesso) contribuisce a realizzare il diritto alla trasparenza, ovvero la *mandatory proactive disclosure*: in *Markus Schecke*, la CGUE è stata chiamata a valutare se le misure di pubblicità (via Internet) relative ai beneficiari di aiuti nel settore agricolo, imposte dal quadro normativo comunitario, fossero in linea con la tutela della riservatezza e dei dati personali, come protetti dagli art. 7 e 8 della Carta¹⁸. La pronuncia è molto significativa, ai nostri fini, poiché il giudice opera in modo conseguente. Prima, nel delineare quali siano i "diritti in gioco", riconosce il radicamento del principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione, ma lo riconduce – però – ai soli articoli pertinenti del TUE (1 e 11) e del TFUE (15), senza alcun accenno a possibili referenti nella Carta (quali l'art. 11 o l'art. 42); laddove è invece proprio nella Carta che trovano fondamento la tutela della riservatezza e dei dati personali. Già sotto questo profilo, come è stato sottolineato in dottrina¹⁹, pare da escludersi che il principio di trasparenza possa proiettarsi, agli occhi della Corte, in un diritto (o in un prin-

tection in the Eu legal order, in *International and Comparative Law Quarterly*, 3, 2014, pp. 569-597; P. LEINO, *Just a Little Sunshine in the Rain: The 2010 Case Law of the European Court of Justice on Access to Documents*, in *Common Market L. Rev.*, 48, 2011, p. 1215; O. LYNKEY, *Data protection and freedom of information: reconciling the irreconcilable?*, in *The Cambridge Law Journal*, 1, 2011, pp. 37-39; T. HEREMANS, *Public Access to Documents: Jurisprudence between Principle and Practice (between jurisprudence and recast)*, in *Egmont Paper*, 50, 2011, p. 29

(18) «Dal momento che, da un lato, la pubblicazione dei dati nominativi relativi ai beneficiari interessati e agli importi precisi provenienti dal FEAGA e dal FEASR da essi percepiti costituisce una lesione, in capo a detti beneficiari, dei diritti riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta e che, dall'altro, un simile trattamento di dati personali non si basa sul consenso dei suddetti beneficiari, si deve esaminare se tale lesione sia giustificata alla luce dell'art. 52, n. 1, della Carta. Occorre rammentare che l'art. 52, n. 1, della Carta ammette che possano essere apportate limitazioni all'esercizio di diritti come quelli sanciti dagli artt. 7 e 8 della medesima, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui», CGUE, *Volker und Markus Schecke* (C-92/09) e *Hartmut Eifert* (C-93/09), par. 64-65.

(19) «However, Articles 11(1) and 42 of the Charter, on freedom of expression including the right to information and the right to access to Eu documents, respectively, were not even mentioned by the Court of Justice in *Schecke*. Thus, we remain uncertain as to whether transparency should rightly be regarded as a fundamental right of Eu citizens under the Charter», A.S. LIND, M. STRAND, *A New Proportionality Test for Fundamental Rights?: The Joined Cases C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) and Hartmut Eifert (C-93/09) v. Land Hessen*, SIEPS, 2011, p. 6 (<https://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:441211/FULLTEXT01.pdf>).

cipio) fondamentale, capace di confrontarsi sullo stesso piano con i diritti di cui agli artt. 7 e 8 della Carta. Muovendo da queste premesse, la Corte applica quindi un sindacato *stringente* sulle misure di trasparenza che prevedono la pubblicazione di dati personali: un test di *stretta necessità*, in esito al quale le misure sono giudicate *incompatibili* con (il diritto fondamentale al)la tutela dei dati personali. Da una parte, infatti, la Corte ritiene che il Consiglio e la Commissione «non abbiano preso in considerazione modalità di pubblicazione relative ai beneficiari interessati che fossero conformi all'obiettivo di una simile pubblicazione, pur essendo meno lesive del diritto di detti beneficiari al rispetto della loro vita privata»²⁰, e che – per altro – tali modalità di pubblicazione (quali «la limitazione della pubblicazione di dati nominativi relativi ai suddetti beneficiari in base ai periodi durante i quali essi hanno percepito aiuti, alla frequenza o ancora al tipo e all'entità di questi ultimi»²¹) sono effettivamente possibili. Pertanto, l'incompatibilità deriva dalla circostanza che le misure di trasparenza predisposte non rispondono ad un principio di stretta proporzionalità, in relazione al trattamento dei dati personali. Ora, un simile *reasoning* si discosta da quello che sarebbe da attendersi nel caso in cui a confrontarsi siano due diritti o libertà, *entrambi tutelati dalla Carta*. In tal caso – infatti – il meccanismo di bilanciamento di cui all'art. 52, par. 1 della CDFUE non potrebbe operare solo “a senso unico” (come invece ha operato in *Schecke*²²), ma dovrebbe preludere ad un differente margine di contemperamento. Ecco, quindi, che la mancata collocazione dei due diritti su di un piano di parità apre la strada ad un'applicazione integrale dei meccanismi di tute-

(20) CGUE *Markus Schecke*, cit., par. 81.

(21) *Ibidem*.

(22) Cfr. A.S. LIND, M. STRAND, *A New Proportionality Test for Fundamental Rights?*, cit., p. 4 ss., in part. p. 8, dove si sottolinea «*limited impact for the general interest of transparency, and right to access to information; at least when balanced against the rights enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter*»; ed invece «proprio in materia di trasparenza, lo spazio di apprezzamento discrezionale del legislatore nazionale sembra più ampio, e quindi meno sindacabile in termini di necessità e proporzionalità: non si tratta qui, infatti, di limitare una libertà o diritto fondamentale (la riservatezza), ma di porre in equilibrio due libertà o diritti fondamentali potenzialmente confliggenti», cfr. E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, cit., p. 740.

la del diritto “privilegiato”, ciò che consente un sindacato *pieno*, e *stringente* della disciplina legislativa, senza che permangano in capo al legislatore *spazi di manovra* effettivi nel contemperare i diritti in gioco, legati alla considerazione del diritto alla trasparenza. Come noto, diverso è l’approccio che si può ricavare dalla lettura della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. In questo foro, infatti, la considerazione (come fondamentale) del diritto contrapposto – in particolare, la libertà di informazione – ha condotto ad una graduazione della tutela, in relazione alla circostanza che l’intrusione nella vita privata (o il trattamento dei dati personali) sia idonea a contribuire al dibattito pubblico, ovvero riguardi un personaggio di elevata notorietà, o – ancora – in relazione alle modalità con cui le informazioni sono raccolte e divulgate²³. Inoltre, il meccanismo di bilanciamento può operare in direzione opposta, consentendo limitazioni alla tutela dei dati personali che siano funzionali al godimento di forme privilegiate di esercizio della libertà di informazione (quali ad esempio l’attività giornalistica)²⁴. La considerazione su di un piano di parità della tutela della riservatezza (dei dati personali, in particolare) e della tutela della trasparenza apre al legislatore *spazi di manovra* nel declinare la combinazione tra i due interessi: in particolare, la presenza di *molteplici* e *alternative* soluzioni nella combinazione tra i due diritti non comporta per il legislatore l’opzione *obbligata* (in quanto *strictly necessary*) per quella più fedelmente aderente ai principi che informano la tutela di uno dei due diritti (come avviene nel caso *Schecke*), ma consente scelte più articolate, ed entro certa misura rimette all’apprezzamento del legislatore²⁵.

(23) Cfr. Corte EDU, *Lingens v. Austria*, ricorso n. 9815/82 sentenza dell’8 luglio 1986; Corte EDU [GC], *Von Hannover (n. 2) c. Germania*, ricorsi n. 40660/08 e 60641/08, sentenza del 7 febbraio 2012, par. 108 ss.; [GC] *Axel Springer c. Germania*, ricorso n. 39954/08, sentenza del 7 febbraio 2012, par. 89 ss.; *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finlandia*, ricorso n. 931/13, sentenza del 21 luglio 2015, par. 62.

(24) «In the *Handyside* case, and reiterated it in *The Sunday Times*, [the Court] stated that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and that, accordingly, every limitation imposed on it must be proportionate to the legitimate aim pursued», I. DE LA RASILLA DEL MORAL, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, Vol. 6, No. 7, 2006, pp. 615-624 (<https://ssrn.com/abstract=1658789>).

(25) Si noti che la dottrina del *margin* di apprezzamento elaborata dalla Corte di Strasburgo

5. Il “posizionamento” dei diritti in gioco nella lettura della Corte costituzionale

Se guardiamo al *framework* ricostruito dalla Corte costituzionale ai fini della decisione assunta con la sentenza n. 20/2019, ci accorgiamo di come esso si discosti (per struttura) da quello che pare caratterizzare i rapporti tra i diritti in gioco nella lettura della CGUE. Va detto che le affermazioni contenute nella sentenza in commento, costituiscono – sul punto – la *prima parola* del giudice costituzionale. Infatti, sebbene il principio di trasparenza (e quello della trasparenza amministrativa, in particolare) sia pacificamente considerato un principio di livello costituzionale²⁶, il suo fondamento deriva dalla valorizzazione di referenti diversi (il principio democratico; i principi di buon andamento ed imparzialità; il principio di legalità e giustiziabilità; ecc.), e comunque pare collocarsi sul versante del diritto alla trasparenza in quanto funzionale alla *accountability* dei pubblici poteri, piuttosto che su quello di un autonomo *right to know*, anche in considerazione dei limiti di carattere *testuale* che caratterizzano l'art. 21 della Costituzione²⁷. In ogni caso, la Corte non aveva avuto ancora occasione di manifestare con chiarezza il suo avviso sul punto, in particolare con riferimento ai rapporti tra diritto alla trasparenza e tutela della riservatezza/dei dati personali, soprattutto in ragione del fatto che la disciplina legislativa nazionale in materia è decisamente recente. Ciò che non impedisce alla Corte costituzionale di esprimersi – sul punto che qui interessa, ovvero la reciproca relazione tra i due diritti “in gioco” – con estrema nettezza. Chiara è l'emergenza di punti di frizione, se non di aperto conflitto, tra i diritti sottesi: «la disciplina legislativa censurata, che estende a tutti i dirigenti delle pubbliche amministrazioni

trova principale e più ampia applicazione, proprio con riferimento all'applicazione dei diritti e delle libertà di cui agli artt. da 8 a 11: cfr. ad esempio D. SPIELMANN, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, pp. 381-418.

(26) Per tutti, cfr. D. DONATI, *La trasparenza nella Costituzione*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 83-158.

(27) Su cui, da ultimo, vedi G. GARDINI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, cit., p. 17 ss.

ni obblighi di pubblicazione di dati già in vigore per altri soggetti, opera, come si diceva, su un terreno nel quale risultano in connessione – e talvolta anche in *visibile tensione* – diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo, primario e derivato²⁸. Già da questa affermazione, è chiaro che la Corte ritiene che il diritto alla trasparenza abbia fondamento costituzionale, al pari del diritto alla tutela della riservatezza e dati personali. Ma, proseguendo il discorso, la Corte prende esplicita posizione anche riguardo al reciproco “posizionamento” dei due diritti, che ad avviso del Giudice delle leggi si collocano su di un piano di pari rilevanza²⁹. Infatti, v'è, «da una parte, il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata (...), che attiene alla tutela della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti (...). Dall'altra parte, *con eguale rilievo* [vi sono] i principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione e, per la parte che qui specificamente interessa, ai dati che essa possiede e controlla. Principi che, nella legislazione interna, tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, *nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione*»³⁰. Come si dirà tra poco, la ricostruzione del quadro di riferimento secondo questa “architettura” ha effetti conseguenti sulla decisione assunta dal giudice nel merito, per rispondere alla prospettata questione di incostituzionalità delle misure di trasparenza reddituale e patrimoniale imposta ai dirigenti della pubblica amministrazione.

(28) Corte cost. n. 20/2019, par. 2.2., Considerato in diritto.

(29) La lettura offerta dalla Corte sul posizionamento reciproco dei due diritti pare quindi smentire quelle ricostruzioni che, diversamente, assegnano ai due diritti un ineguale rilievo giuridico: cfr., ad esempio, G. BERNABEI, *Privacy e trasparenza amministrativa: un equilibrio possibile?*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, cit., p. 331: «nel tentativo di conciliare esigenze che appaiono connotate da un deciso squilibrio qualitativo, il ricorso a meccanismi di giusto bilanciamento tra tutela dei dati personali e trasparenza deve poggiare su due principi essenziali: la proporzionalità e la necessità».

(30) Corte cost. n. 20/2019, *loc. cit.*, corsivi miei.

6. *Il margine di manovra disponibile al legislatore nazionale (italiano) per effetto della sentenza 20/2019*

L'analisi sin qui svolta ha consentito di verificare come il “posizionamento” dei diritti sottostanti qui analizzati (diritto alla tutela dei dati personali e diritto alla trasparenza) sia molto diverso, a seconda che si consideri il livello dell'ordinamento UE (nella lettura della CGUE), ovvero il livello costituzionale interno (nella lettura della Corte costituzionale italiana). Nel primo caso, la preminenza assegnata al diritto alla riservatezza/alla tutela dei dati personali comporta una posizione di supremazia di tale diritto rispetto al diritto (o, al principio) di trasparenza. Nel secondo, invece, i due diritti si collocano su di un piano di (reciproca) equivalenza. Le conseguenze sono notevoli, e le si possono apprezzare proprio nelle decisioni dei due giudici, in due casi che presentano rilevanti tratti di similarità (e, pertanto, di confrontabilità). Nella sentenza *Schecke*, la CGUE applica alle misure di trasparenza in materia di sussidi pubblici agli agricoltori un test stringente in termini di compatibilità con il principio di proporzionalità (*rectius*, di stretta necessità). Poiché il contrapposto diritto alla trasparenza è collocato su di un piano subordinato, esso non è ritenuto in grado di controbilanciare l'applicazione di questi principi. Pertanto, tale interesse cede: la piena applicazione dei principi di proporzionalità/stretta necessità comporta l'invalidazione delle misure di trasparenza previste dal legislatore comunitario, in presenza di (potenziali) soluzioni alternative più rispettose delle esigenze di tutela dei dati personali. Come è agevole verificare, anche la Corte costituzionale italiana, nell'applicare i medesimi principi di proporzionalità e necessità (che sono costitutivi, in particolare, delle modalità di tutela dei dati personali) alle misure di trasparenza imposte dal legislatore in materia di pubblicità patrimoniale e reddituale dei dirigenti pubblici, ravvisa la presenza di misure non proporzionate (se riguardate alla luce tali principi³¹), ed è consapevole della praticabilità di

(31) «Occorre tuttavia valutare se e in che misura – al netto di queste operazioni di preventiva scrematura, pure imposte dalla legge – la conoscenza indiscriminata del residuo, pur sempre ampio, ventaglio di informazioni e dati personali di natura reddituale e patrimoniale contenuti nella documentazione oggetto di pubblicazione appaia necessaria e proporzionata rispetto alle finalità perseguite dalla legislazione sulla trasparenza. Ebbene, la disposizione censurata non risponde alle due condizioni richieste dal test di proporzionalità: l'imposizione di oneri non

soluzioni diverse, meno invasive della riservatezza dei soggetti coinvolti³². Tuttavia, anche a fronte di questa constatazione, l'esito dello scrutinio risulta di segno diverso. Infatti, l'invalidazione *sic et simpliciter* delle misure di pubblicità (pur se non proporzionate) lascerebbe sguarnita la pretesa alla trasparenza, la quale gode di un rilievo equivalente a quello della tutela dei dati personali. Sul punto, il passaggio argomentativo è del tutto esplicito: «questa Corte non può esimersi, tuttavia, dal considerare che una declaratoria d'illegittimità costituzionale che si limiti all'ablazione, nella disposizione censurata, del riferimento ai dati indicati nell'art. 14, comma 1, lettera f), lascerebbe del tutto privi di considerazione principi costituzionali meritevoli di tutela»³³. Ecco, quindi, che il giudice si trova nella condizione di percorrere un sentiero differente (da quello battuto dalla CGUE nel caso *Schecke*), caratterizzato – in primo luogo – da un atteggiamento di *deference* rispetto al margine di manovra disponibile al legislatore. Anche qui, le parole della Corte sono significative: «non spetta a questa Corte indicare la soluzione più idonea a bilanciare i diritti antagonisti, rientrando la scelta dello strumento ritenuto più adeguato nella ampia discrezionalità del legislatore»³⁴. Pertanto, il giudice rinuncia ad intervenire (mediante una sentenza manipolativa) sulle misure di trasparenza, al fine di attenuarne i tratti (pure ritenuti) sproporzionati, riconoscendo che spetta al legislatore un margine di definizione di tali misure che può spingersi anche al di là dei confini tracciati dal principio di proporzionalità/stretta necessità, in ragione della presenza di un “diritto antagonista” di pari rilievo. Ciò che inve-

sproporzionati rispetto ai fini perseguiti, e la scelta della misura meno restrittiva dei diritti che si fronteggiano», Corte cost. n. 20/2019, par. 5.3 del Considerato in diritto.

(32) «Esistono senz'altro soluzioni alternative a quella ora in esame, tante quanti sono i modelli e le tecniche immaginabili per bilanciare adeguatamente le contrapposte esigenze di riservatezza e trasparenza, entrambe degne di adeguata valorizzazione, ma nessuna delle due passibile di eccessiva compressione. Alcune di tali soluzioni – privilegiate, peraltro, in altri ordinamenti europei – sono state ricordate anche dal giudice rimettente: ad esempio, la predefinizione di soglie reddituali il cui superamento sia condizione necessaria per far scattare l'obbligo di pubblicazione; la diffusione di dati coperti dall'anonimato; la pubblicazione in forma nominativa di informazioni secondo scaglioni; il semplice deposito delle dichiarazioni personali presso l'autorità di controllo competente», *ivi*, par. 5.3.2 del Considerato in diritto.

(33) Corte cost. n. 20/2019, par. 6 del Considerato in diritto.

(34) *Ivi*, par. 5.3.2. del Considerato in diritto.

ce fa la Corte è intervenire sul piano soggettivo (con una sentenza additiva, ma “per sottrazione”), restringendo il raggio di applicazione delle misure di pubblicità ad un sottoinsieme dei dirigenti pubblici. Qui è evidente che la Corte ha optato (piuttosto) per l'applicazione del principio di *ragionevolezza*, andando ad identificare (forse, in modo non del tutto persuasivo³⁵) le tipologie di incarichi dirigenziali che – in virtù del principio di distinzione tra politica e amministrazione che conforma l'assetto organizzativo delle pubbliche amministrazioni – partecipano in modo diretto dell'esercizio della funzione pubblica, e pertanto sono ritenute *non irragionevolmente* destinatarie di misure di trasparenza³⁶. Si noti che questa opzione è significativa proprio nella misura in cui, con riferimento alla parte di dirigenza per la quale le misure di trasparenza sono ritenute *non irragionevoli*, lascia *del tutto immutati* gli obblighi di pubblicità per come disegnati dal legislatore, nonostante la loro concreta configurazione sia ritenuta dalla stessa Corte non in linea con i criteri di proporzionalità e necessità caratteristici del regime di tutela dei dati personali, a riprova del fatto che la presenza di un diritto (antagonista) di pari grado porta con sé la possibilità di una applicazione *non integrale* di tali criteri. Le ricadute sono notevoli, anche al di là degli ef-

(35) Il criterio adottato dal Giudice costituzionale per selezionare le tipologie di incarichi dirigenziali cui applicare gli obblighi di pubblicità pare essere quello di individuare gli incarichi di maggior “rilievo”, ovvero tutti gli incarichi di responsabilità di uffici dirigenziali a loro volta articolati al loro interno in ulteriori ripartizioni affidate alla responsabilità di figure dirigenziali generali (comma 3) o semplici (comma 4). Tuttavia, così facendo sono stati ricompresi entro un comune regime di pubblicità incarichi che, dal punto di vista organizzativo e funzionale, appaiono molto diversi tra loro, dal momento che quelli di cui al comma 3 sono (ormai) pacificamente soggetti allo *spoils system*, mentre quelli di cui al comma 4 vi sono sottratti, di tal che i primi si configurano come incarichi (di carattere sostanzialmente fiduciario) che – nelle dinamiche della distinzione – si collocano *sul fronte* della formulazione dell'indirizzo politico-amministrativo, o comunque in funzione di raccordo e di coordinamento dell'attività di gestione, laddove i secondi (comma 4) si collocano fuori dall'area della fiduciarietà, e rappresentano invece il primo livello in cui si concretizza l'attività di attuazione dell'indirizzo e di gestione amministrativa. Se ne potrebbe concludere che la Corte abbia inteso includere le due categorie sulla base di una *ratio* differenziata: gli incarichi di cui al comma 3 per *simiglianza* rispetto agli incarichi politici e di indirizzo veri e propri, mentre gli incarichi di cui al comma 4 in ossequio alle esigenze di trasparenza imposte dalla articolazione della responsabilità per l'esercizio funzione pubblica nei distinti momenti dell'indirizzo e della attuazione/gestione.

(36) «Sussistono esigenze di trasparenza e pubblicità che possono non irragionevolmente rivolgersi nei confronti di soggetti cui siano attribuiti ruoli dirigenziali di particolare importanza», *ivi*, par. 6 del Considerato in diritto.

fetti immediati, relativi alla disciplina della pubblicità dei dati reddituali dei soggetti che esercitano funzioni pubbliche: infatti, in una dimensione *prospettica*, e *de iure condendo*, la pronuncia della Corte sembra consolidare in capo al legislatore un margine di apprezzamento (certo non illimitato, e comunque presidiato dal criterio della ragionevolezza, ma comunque più) ampio, quando si tratti di coniugare il diritto alla tutela dei dati personali – da una parte – ed il diritto alla trasparenza – dall'altra; un margine di apprezzamento che si compone (anche) dei principi di proporzionalità e di necessità (nel trattamento dei dati), ma che non si riduce nella mera e (stringente) applicazione di questi soli principi, proprio in ragione dell'*eguale rilievo* riconosciuto al diritto alla trasparenza.

7. L'equilibrio costituzionalmente legittimo e la tutela plurilivello dei diritti in gioco

Una prima constatazione che emerge dall'analisi delle tecniche (*rectius*, le architetture) che presiedono al bilanciamento operato rispettivamente da CGUE e Corte costituzionale, quando siano in gioco il diritto alla tutela dei dati personali, da una parte, e il diritto alla trasparenza, dall'altra, è che la CGUE sembra propensa a lasciare al legislatore un margine di manovra molto ridotto, nel combinare i due diritti, mentre la Corte costituzionale appare invece più propensa a riconoscere più ampi spazi di manovra. Un atteggiamento che pare essere la conseguenza – in larga misura – del diverso giudizio circa il *posizionamento reciproco* dei due diritti in gioco. Nella giurisprudenza della CGUE la tutela dei dati personali pare aver acquisito una posizione di preminenza, in particolare rispetto al diritto alla trasparenza. Diversamente, nella sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana, i due diritti sono collocati dal giudice su un piano di parità. Pertanto le due architetture, quella costituzionale e quella delineata dal diritto eurolunitario, non appaiono omogenee, né tra loro sovrapponibili. In particolare, nell'ordinamento dell'Unione europea – per come interpretato dalla CGUE – il rapporto tra diritto alla tutela dei dati personali ed il diritto alla trasparenza pare caratterizzarsi per una struttura asimmetrica che – invece – sembra non trovare riscontro nella ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale. Alla luce di tale constatazione, si può constatare come la “scelta” del fo-

ro in cui effettuare il (giudizio sul) bilanciamento tra i due diritti ha effetti che vanno ben *al di là* della articolazione dei meccanismi di verifica della compatibilità con le norme superiori, ma finisce per plasmare struttura, contenuti ed esiti del bilanciamento stesso³⁷, ciò che a sua volta delinea una *ratio* ed una giustificazione dell'opzione per il foro *interno*, giustificazione che (per i suoi caratteri specifici, in quanto connessi alla specificità diritti in gioco) si sovrappone a quella delineata nella sentenza 269/2017, arricchendola di significati. Ciò consente di ritenere (quantomeno, in via prospettica) che l'opzione da parte del giudice remittente per la questione di legittimità costituzionale, in luogo del rinvio pregiudiziale alla CGUE (opzione per altro confermata dalla Corte costituzionale), abbia avuto – in definitiva – gran peso nel decidere le sorti della controversia, anche con riferimento ai profili *di merito*³⁸. Non è infatti difficile immaginare – a fronte dei precedenti richiamati – quale sarebbe potuto essere il giudizio formulato dalla CGUE, qualora investita della causa, e quanto si sarebbe potuto discostare da quello poi formulato dalla Corte costituzionale. Tale considerazione induce ad ulteriori riflessioni, che si connettono alla specifica modalità (già richiamata) con la quale la Corte ha inteso rimodulare i rapporti tra il giudizio di costituzionalità in via incidentale ed il rinvio pregiudiziale, nel senso di una riapertura alla disponibilità di tale strumento, anche con riferimento (eventualmente) ai medesimi profili decisi con sentenza (opzione ciò che, invece, la precedente sentenza 269/2017 pareva escludere). Infatti, sulla base di questo indirizzo, nulla (salvo valutazioni di *mera opportunità*) pare impedire ai giudici comuni (magari non persuasi dagli effetti e dalla ricadute della sentenza in commento) di investire la CGUE³⁹, e

(37) Come è stato opportunamente sottolineato, «*the [Italian Constitutional Court] is keen to strike the balance between transparency and data protection at domestic level at the level of national constitutional law and not EU law*», O. POLICINO, G. REPETTO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *VerfBlog*, cit.

(38) Non è quindi casuale che le parti private, in particolare sia con una memoria presentata a ridosso dell'udienza del 20 novembre 2018, sia nel corso dell'udienza stessa, abbiano reiterato con decisione la richiesta al giudice delle leggi di investire della questione la CGUE mediante un rinvio pregiudiziale, forse perché concepisce che (anche) il foro prescelto sarebbe stato decisivo ai fini dell'esito del merito della causa.

(39) Tanto più che, secondo alcune letture, con la successiva sentenza n. 63/2019 – sempre in

di ottenere da questa indicazioni anche contrastanti con quelle formulate o ricavabili dalla sentenza n. 20/2019. Uno scenario che, se per un verso apre a nuove opportunità di tutela per i diritti usciti in qualche modo “ridimensionati” dall’aula della Corte, potrebbe preludere (qualora la CGUE mantenesse il suo indirizzo in materia di bilanciamento degli interessi in gioco) ad una rinnovata, oggettiva conflittualità tra i due *fora*, alimentata tra l’altro dall’insofferenza già manifestata da alcuni giudici rispetto ai nuovi equilibri disegnati dalla sentenza 269/2017. Con il rischio – concreto – che l’“arricchimento” degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali (che la Corte intende promuovere) possa essere fuoriero (anche) di maggiore incertezza.

tema di “doppia pregiudizialità” – la Corte costituzionale avrebbe addirittura riaperto la via al ricorso in via pregiudiziale davanti alla CGUE, “anche prima” del (se non, anche a prescindere dal) ricorso in via incidentale: cfr. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 aprile 2019, in part. par. 3.

Le elezioni regionali del 2019 in Sardegna

*Stefano Rombi, Fulvio Venturino**

Sommario: 1. Introduzione – 2. La consiliatura 2014-2019 – 3. La campagna elettorale – 4. La partecipazione e il voto – 5. Le nuove istituzioni della Regione Sardegna – 6. Conclusioni

1. Introduzione

Il voto sardo deve essere inserito all'interno di una più ampia fase elettorale che ha avuto il suo esito nelle elezioni amministrative ed europee del 26 maggio 2019. Soprattutto per questo ha potuto godere di una attenzione mediatica, anche nazionale, più elevata rispetto alla consultazione precedente. E, probabilmente, analoga a quella del 2009, quando la sconfitta di Renato Soru condusse alle dimissioni di Walter Veltroni dalla segreteria nazionale del Partito Democratico.

Il rilievo sovra-regionale delle elezioni sarde non ha riguardato soltanto l'attesa circa i rapporti di forza tra gli schieramenti e dentro la compagine del Governo nazionale, ma anche la clamorosa protesta dei pastori sardi, legata al ciclico abbassamento del prezzo del latte, che ha tenuto banco per alcune settimane sui *media* nazionali.

Dal punto di vista dei risultati, va segnalato che a partire dal 2004 – anno in cui per la prima volta il Presidente fu eletto direttamente – l'alternanza tra centrosinistra e centrodestra ha caratterizzato costantemente il sistema politico isolano. Sotto questo profilo, le elezioni del 2019, che hanno visto la vittoria della coalizione di centrodestra guidata da Christian Solinas, non hanno rappresentato un'eccezione. Nei prossimi paragrafi approfondiremo le ragioni che hanno condotto all'alternanza e, quindi, alla vittoria del centrodestra.

* Stefano Rombi ha redatto i paragrafi 2 e 3, Fulvio Venturino i paragrafi 4 e 5. Introduzione e conclusioni sono frutto di una riflessione comune.

Nel secondo e nel terzo paragrafo esamineremo le vicende che hanno preceduto le elezioni, guardando brevemente alla consiliatura 2014-2019 e alle caratteristiche della campagna elettorale, con particolare riferimento alla nascita delle diverse candidature alla presidenza. Il quarto paragrafo, invece, si concentrerà sulla partecipazione e sui risultati delle elezioni, analizzando sia il voto per il Presidente, sia il voto alle liste, sia infine il voto di preferenza. Da ultimo, il quinto paragrafo si focalizzerà sugli effetti delle elezioni in ordine alla composizione della Giunta e del Consiglio. Seguiranno alcune note conclusive.

2. La consiliatura 2014-2019

In seguito alle elezioni del 16 febbraio 2014, la guida della regione Sardegna passò dal centrodestra, capeggiato da Ugo Cappellacci, al centrosinistra guidato da Francesco Pigliaru. La Giunta Pigliaru, costituita in parte da tecnici gravitanti intorno al centrosinistra, assunse il comando della regione in un contesto economico flagellato dalla Grande Recessione. La crisi, infatti, dopo i picchi del 2009, continuò a produrre i suoi nefasti effetti per tutto il quinquennio governato dal centrodestra. Alcuni indicatori economici restituiscono un'immagine nitida delle sfide che avrebbe dovuto affrontare la nuova Giunta isolana di centrosinistra. Tanto per cominciare, tra il 2004 e il 2014 la percentuale di residenti in Sardegna collocata al di sotto della soglia di povertà relativa era quasi raddoppiata, passando dall'8,2% al 15,1%. Questo dato non sorprende in una Regione che aveva attraversato un quinquennio di recessione. Secondo i dati ISTAT, infatti, il Prodotto interno lordo della Sardegna ebbe tassi di crescita negativa per tutta la fase 2009-2014, con una variabilità compresa tra i -4,5 punti percentuali del 2009 e il -0,7 del 2014. Peraltro si trattava di una condizione di difficoltà condivisa con buona parte delle Regioni italiane e, in particolare, con quelle del Mezzogiorno.

La nuova consiliatura, dunque, era chiamata ad affrontare uno scenario socio-economico assai difficile, per di più caratterizzato da vertenze aperte da lungo tempo e mai compiutamente affrontate dai Governi regionali. Sotto questo profilo, l'attività dell'esecutivo sardo è apparsa concentrarsi soprattutto su tre aree d'azione: la sanità, i trasporti, l'urbanistica.

Questi temi impegnarono gli assessorati competenti per ragioni molto diverse. Sulla sanità, che assorbe circa metà del bilancio regionale, si era ormai reso necessario un intervento di riforma circa la ricomposizione della rete ospedaliera in virtù delle pressioni derivanti dalla nuova normativa nazionale, oltre che dalla esistenza di un debito storico nel comparto pari a diverse centinaia di milioni di euro. Per ciò che riguarda gli altri due settori di *policy*, invece, si riteneva che potessero contribuire congiuntamente al miglioramento delle *performance* turistiche dell'isola e al rilancio del settore maggiormente penalizzato dalla recessione: l'edilizia. La riforma del sistema sanitario, che come vedremo inciderà non poco sulla campagna elettorale del 2019, venne avviata nel 2014 dall'assessore della Giunta di centrosinistra Luigi Arru – ematologo dell'ospedale San Francesco di Nuoro – con il varo tra l'altro dell'AREUS (Azienda regionale dell'emergenza-urgenza), la quale qualche anno dopo avrebbe anche gestito il nuovo servizio di elisoccorso, predisposto rifacendosi al modello lombardo. In ogni caso, fu il d.m. n. 70 del 2 aprile 2015 a imprimere una forte accelerata all'intervento di riforma.

Trattandosi di una norma nazionale finalizzata alla definizione di nuovi *standard* qualitativi e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera, il d.m. ha indotto le Regioni a rivedere significativamente la propria rete ospedaliera, generando in molti casi processi di accorpamento. Gli *standard* nazionali, assai restrittivi e indifferenti alle particolarità territoriali, se correttamente applicati avrebbero condotto alla cessazione di almeno tredici ospedali, molti dei quali collocati nelle zone più periferiche dell'isola. Proprio allo scopo di scongiurarne la chiusura, la Giunta regionale propose una ridefinizione delle funzioni dei presidi ospedalieri a rischio. In parallelo alla ridefinizione della rete ospedaliera, nel luglio del 2016 furono istituite l'Azienda sanitaria unica regionale – in sostituzione delle otto Asl che coincidevano con le Province – e le sue propaggini sul territorio (Aree socio-sanitarie locali).

L'intervento promosso da Arru ha certamente contribuito a raggiungere lo scopo di limitare il debito sanitario pregresso. Tuttavia non ha mancato di suscitare profondo malcontento nella maggior parte degli elettori, tra i quali evidentemente non vi era la chiara percezione di quale fosse stato il ruolo del Governo nazionale e, di conseguenza, entro quali vincoli dovesse muoversi il legislatore regionale.

Il secondo fronte caldo dell'azione della Giunta ha riguardato i trasporti. Benché l'assessore nominato da Pigliaru avesse una conoscenza profonda del settore, derivatagli dalla propria posizione professionale, l'azione politica di Massimo Deiana non ha avuto il successo previsto¹. Sebbene su alcune tematiche ci furono sforzi notevoli, non sempre la risposta del mercato fu positiva: si pensi, per esempio, all'innovativo bando elaborato in materia di continuità territoriale aerea il quale, per ciò che riguarda le tratte Cagliari-Roma e Cagliari-Milano, non ricevette alcuna offerta. Sul fronte del trasporto marittimo suscitò non poche polemiche la vicenda della Saremar. La società pubblica di trasporto marittimo aveva subito un fortissimo danno economico dalla nascita della Flotta Sarda voluta dalla Giunta di centrodestra guidata da Ugo Cappellacci (2009-2014). Danno che, in ultima analisi, ne decretò il fallimento negli anni della Giunta di centrosinistra. Anche in questo caso, i Comuni insulari che godevano dei servizi del trasporto marittimo Saremar manifestarono tutto il loro disappunto rispetto all'atteggiamento dell'assessorato guidato da Deiana, giudicato eccessivamente arrendevole².

Il giudizio di larga parte dell'elettorato sardo sull'operato dell'assessorato ai trasporti non era positivo tanto che, nel luglio del 2017, Carlo Careddu sostituì Massimo Deiana. Quest'ultimo, peraltro, assunse poco dopo l'importante incarico di Presidente dell'Autorità di sistema portuale del Mare di Sardegna.

Sanità e trasporti hanno dunque costituito due settori di *policy* non particolarmente vantaggiosi per il consenso della Giunta guidata da Pigliaru. Vale a dire che, da una parte, a fronte dell'innegabile sforzo riformista profuso dall'esecutivo, non sempre gli esiti sono stati all'altezza delle aspettative; dall'altra parte, e soprattutto, in larga misura l'opinione pubblica ha mostrato un atteggiamento ostile nei riguardi dei provvedimenti adottati.

La vicenda dell'urbanistica, e della legge che avrebbe dovuto riordinare

(1) Deiana è professore ordinario di Diritto della Navigazione presso la Facoltà di Scienza Economica, Giuridiche e Politiche dell'Università di Cagliari.

(2) In particolare, si levarono forti proteste da parte degli abitanti dell'Isola de La Maddalena (situata a Nord Est) e dell'Isola di San Pietro (situata a Sud Ovest), oltreché da parte dei circa 200 lavoratori della compagnia di navigazione pubblica.

il settore, non ha avuto un destino molto diverso. Ritenuta essenziale al fine di garantire un corretto governo del territorio e, dunque, un ulteriore rafforzamento del comparto turistico, la legge urbanistica conclude il suo iter biennale a pochi metri dal traguardo. Dopo anni di discussioni tutte interne al centrosinistra, dopo lunghe ed estenuanti trattative, nell'agosto del 2018 finalmente il testo della legge venne approvato dalla IV Commissione, in vista del voto in aula previsto il mese successivo. Tuttavia, proprio il giorno in cui si sarebbe dovuto tenere il voto dell'assemblea, Cristiano Erriu – l'assessore competente – decise di scrivere una lettera al Presidente Pigliaru. Nella missiva si invitava il Capo dell'esecutivo a prendere atto dell'assenza di una maggioranza consigliare disposta ad approvare la legge e dell'assenza della volontà politica necessaria a proseguire nella discussione. A pochi mesi dalle elezioni, si pose così una pietra tombale su uno dei provvedimenti più attesi, più discussi e più conflittuali dell'intera consiliatura. Provvedimento sul quale, dieci anni prima, si era già incagliata la Giunta Soru, portando alle dimissioni del Presidente.

Naturalmente, l'esecutivo, insieme ai consiglieri di maggioranza, ha saputo produrre anche provvedimenti che hanno incontrato il favore dell'opinione pubblica – dal programma Iscola sull'edilizia scolastica alla previsione del Reddito di inclusione sociale. Ma, come accennato, sulle materie più calde e di più ampio respiro non è accaduto lo stesso. Sotto il profilo delle riforme istituzionali, l'azione di Governo ha prodotto un discusso riordino degli Enti locali che, alla luce dell'esito del referendum sull'abolizione delle Province risalente al 2012, ha riportato a quattro il numero delle Province e introdotto la Città metropolitana di Cagliari. Peraltro, nonostante si sia proceduto alla rivisitazione del potere politico a livello sub-regionale, nulla è cambiato rispetto al numero e alle dimensioni delle circoscrizioni elettorali, le quali hanno continuato ad essere regolate dalla legge statutaria n. 1/2013, il cui riferimento era l'articolazione basata sulle otto Province in essere fino al 2016. Infine, nonostante da più parti si fossero levate critiche sulle sue caratteristiche³, nessun cambiamento strutturale è stato apportato alla legge elet-

(3) La legge è stata ed è criticata per varie ragioni. Alcuni, per esempio, ritengono che la soglia di sbarramento del 10% per le coalizioni sia eccessivamente distorsiva. Non poche perplessità,

torale, approvata sul finire della consiliatura precedente. L'unica modifica ha riguardato l'introduzione della doppia preferenza di genere, finalizzata ad aumentare la rappresentanza femminile in seno alla massima assemblea sarda. Scopriremo nei prossimi paragrafi se e in che misura l'obiettivo sia stato raggiunto.

3. La campagna elettorale

Le elezioni regionali sarde del 24 febbraio 2019 sono state caratterizzate da una campagna elettorale giocata sulla necessità di marcare le distanze nei confronti della Giunta uscente, giudicata largamente impopolare dagli stessi partiti del centrosinistra che l'avevano sostenuta per cinque anni.

Il diffuso malcontento suscitato dal Governo uscente influenzò anche la selezione del candidato di centrosinistra. Sia per scelta personale, sia in seguito alla pressione del suo partito – il PD – Francesco Pigliaru non ripresentò la propria candidatura e il centrosinistra puntò fin dall'inizio sul miglior nome possibile in un contesto di forte difficoltà: il popolare Sindaco di Cagliari, Massimo Zedda. Fin dall'estate del 2018 il suo nome appariva ai massimi dirigenti del centrosinistra – e soprattutto a molti del PD – come l'unico in grado di insidiare un centrodestra ritenuto il vincitore annunciato della competizione. L'età relativamente giovane, il timore di bruciare la propria carriera politica in elezioni date per perse e la tentazione di completare il mandato da Sindaco di Cagliari furono le tre variabili che rallentarono la decisione di Zedda. Finché, il 24 novembre 2018, fu convocata un'assemblea nella quale il Sindaco del capoluogo sardo incontrò i 150 Sindaci che qualche settimana prima avevano sottoscritto un documento per invitarlo a scendere in campo. Proprio in quella occasione, non a caso in un piccolo Comune in Provincia di Oristano (Milis), Zedda annunciava la propria candidatura alla presidenza della Regione. Nella narrazione di Zedda, si trattava della candidatura di un Sindaco in nome e per conto di tutti i Sindaci della Sardegna, soprattutto di quelli dei Comuni periferici.

inoltre, ha suscitato la lotteria della attribuzione dei seggi nelle diverse circoscrizioni, la quale talvolta produce notevoli sotto-rappresentazioni a svantaggio, soprattutto, dei territori più periferici, quali Ogliastra e Sulcis-Iglesiente.

Mentre il centrosinistra si limitava ad attendere le scelte di Zedda, il centrodestra individuava il proprio candidato attraverso un processo caratterizzato da un maggiore tasso di conflittualità. Almeno fino all'inizio di settembre del 2018 i *media* regionali rilanciavano con insistenza i nomi di diversi potenziali candidati, messi in circolo dai principali partiti della coalizione. Nomi che, qualche volta, venivano annunciati esclusivamente per ragioni tattiche, legate alla possibilità di godere di un maggiore potere contrattuale nelle negoziazioni successive. Essenzialmente, la contesa riguardava i due principali partiti della coalizione: Forza Italia e Lega, la quale, in Sardegna, agisce in sostanziale simbiosi con il Partito Sardo d'Azione. Al dualismo tra queste due aree della compagine di centrodestra – con i nomi di Alessandra Zedda e Salvatore Cicu per FI, e di Christian Solinas per il PSD'Az – si accompagnò anche la proposta di Fratelli d'Italia. Il partito di Giorgia Meloni provò a lanciare il nome di Paolo Truzzu il quale, qualche mese dopo, sarebbe stato candidato alla carica di Sindaco di Cagliari. L'*impasse* che stava travolgendo i dirigenti del centrodestra sardo trovò una via d'uscita sul finire di settembre, in seguito ad un vertice – rigorosamente tenuto ad Arcore – tra Berlusconi, Meloni e Salvini. I tre *leader* riuscirono a trovare un'intesa intorno al nome di Christian Solinas, segretario e senatore del PSD'Az, eletto nelle liste della Lega.

Il Movimento 5 Stelle (M5s) aveva inizialmente individuato il proprio candidato attraverso le consuete primarie *online*, riservate ai soli iscritti al partito. Il primo agosto 2018 si sfidarono: Mario Puddu, all'epoca Sindaco di Assemini, Marina Monagheddu, Luca Piras e Anna Sulis. In modo del tutto prevedibile, gli attivisti premiarono Puddu con 981 voti su 1.804. Tuttavia, la candidatura era subordinata all'esito di una sentenza relativa ad un'accusa per abuso d'ufficio ai danni dello stesso Puddu. Il 18 ottobre 2018, il giudice, accogliendo le richieste del Pubblico Ministero, decise per la condanna del primo cittadino. Alla luce delle disposizioni dello statuto del M5s, Puddu dovette rinunciare alla candidatura e il M5s si predispose all'affannosa ricerca di un nuovo candidato. Si svolsero dunque nuove primarie *online* articolate su due turni. Il primo turno, tenutosi il 26 novembre 2018, vide la partecipazione di 21 aspiranti alla candidatura e servì per ridurre a cinque il numero dei *competitor* che si sarebbero sfidati al secondo turno. Il 4 dicembre,

dunque, gli attivisti poterono scegliere tra: Francesco Desogus, Donato Forcillo, Gianluca Mandas, Anna Sulis e Marcello Cherchi. Con 450 voti su 1.350 prevalse Desogus, funzionario della Città metropolitana di Cagliari. Si completava così il quadro dei candidati presidenti delle tre compagini principali.

L'intricata vicenda appena descritta non favorì certo lo svolgimento della campagna elettorale da parte del M5s. Peraltro, l'aria intorno ai pentastellati sardi si era fatta irrespirabile ben prima delle elezioni regionali. Nell'agosto del 2018, infatti, il velista cagliaritano Andrea Mura, eletto in Parlamento nella lista del M5s, aveva comunicato alla Camera dei deputati le proprie dimissioni (accettate il 27 settembre). Mura era già stato espulso dal partito fondato da Grillo a luglio, in seguito alle polemiche suscitate dalle numerose assenze in Aula dovute, per sua stessa ammissione, agli impegni nautici, da lui ritenuti del tutto prioritari.

Il panorama delle candidature era arricchito da quattro candidati minori, tre dei quali affini al mondo independentista e autonomista, uno legato alla sinistra tradizionale. Le candidature di Paolo Maninchedda, sostenuto dal Partito dei Sardi, e di Andrea Murgia, a capo della lista Autodeterminazione, di matrice independentista la prima e di stampo autonomista la seconda, erano entrambe riconducibili all'area del centro-sinistra sardo. Maninchedda, infatti, era stato Assessore ai lavori pubblici della Giunta di centrosinistra fino al maggio 2017. Murgia, invece, si era candidato alla segreteria del Pd regionale nel 2014 e aveva fatto parte dello *staff* di Renato Soru durante il suo mandato da Segretario dei democratici sardi.

La candidatura di Mauro Pili (Sardi Liberi), ex Presidente della Regione ed ex *enfant prodige* di Forza Italia, pur puntando anch'essa a valorizzare istanze autonomiste/independentiste, era certamente più vicina al centrodestra. Infine, gli elettori sardi ebbero anche l'opportunità di scegliere il giornalista Vindice Lecis, sostenuto dalla Sinistra Sarda, una lista costituita da Rifondazione Comunista (Rc) e dal Partito Comunista Italiano (Pci).

Le due coalizioni principali hanno condotto una campagna elettorale molto diversa. Da una parte, il centrosinistra ha messo sotto i riflettori esclusivamente Massimo Zedda il quale, di fatto, ha giocato a nasconde-

re la Giunta Pigliaru. Zedda è addirittura entrato in aperto conflitto con uno dei principali esponenti dell'esecutivo uscente: l'ex assessore alla Sanità Luigi Arru, appartenente alla corrente di Renato Soru e ricandidato dal Pd alle regionali nella circoscrizione nuorese. Il conflitto con Arru è stato costante e molto acceso, segnando simbolicamente il distacco tra la nuova proposta di Zedda, eminentemente politica, e l'esecutivo uscente, dal profilo prevalentemente tecnocratico. Il centrodestra, invece, ha puntato su una strategia opposta. La figura di Solinas, dal 2009 al 2014 deludente assessore ai trasporti nella Giunta Cappellacci e privo della popolarità di Zedda, ha imposto una campagna corale, largamente incentrata sui temi nazionali promossi perlopiù dalla Lega: sicurezza e immigrazione su tutti. A questo scenario *standard*, replicato in tutte le elezioni regionali disputate in questo periodo, nel caso sardo il centrodestra – e Salvini in particolare – ha avuto buon gioco nel cavalcare l'imponente protesta dei pastori sardi. Una protesta esplosa qualche mese prima delle elezioni e legata ad un problema che si ripropone periodicamente: il crollo del prezzo del latte.

4. *La partecipazione e il voto*

La tabella 1 presenta i livelli di partecipazione alle elezioni regionali misurati in valore assoluto e in percentuale, impiegando come base territoriale per il calcolo le circoscrizioni elettorali. L'ultima riga evidenzia il tasso di partecipazione a livello regionale, pari al 53,7%. Evidentemente in occasione delle elezioni sarde l'astensionismo ha raggiunto livelli considerevoli. E tuttavia, una valutazione completa dell'attenzione riservata dagli elettori isolani alla consultazione deve tenere opportunamente conto di alcuni importanti precedenti. In occasione delle elezioni parlamentari del 4 marzo 2018 la partecipazione in Sardegna si era attestata al 65,6%, a fronte di un tasso che a livello nazionale era arrivato al 72,9%. Ma, soprattutto, poche settimane prima del voto regionale aveva destato un certo clamore l'elezione suppletiva per il seggio della Camera dei Deputati del collegio di Cagliari reso vacante dalle dimissioni del deputato Andrea Mura, a cui si è accennato sopra. In quella occasione, il candidato proposto dal centrosinistra – Andrea Frailis, giornalista dell'emittente regionale Videolina – si era imposto nel corso di una competizione in cui la partecipazione degli elettori si era fermata ad un

eclatante 15,5%⁴. Insomma, le principali fasi dell'avvicinamento alle elezioni regionali lasciavano presagire un possibile crollo della presenza ai seggi. E tuttavia il tasso di partecipazione ha segnato in ultima analisi un aumento rispetto al 52,3% registrato in occasione delle elezioni regionali del 2014. Per quanto modesto, questo aumento ha fatto registrare una decisa inversione di tendenza, visto che nel 2014 la partecipazione alle elezioni regionali aveva subito un crollo di circa 15 punti percentuali rispetto al tasso del 67% occorso nel 2009.

TAB. 1 – *Partecipazione elettorale per circoscrizione*

Circoscrizione	Elettori	Votanti	% Votanti
Cagliari	492.393	273.081	55,5
Sassari	294.821	161.138	54,7
Ogliastra	52.808	28.659	54,3
Nuoro	140.953	74.968	53,2
Olbia-Tempio	132.696	69.999	52,8
Oristano	149.346	76.549	51,3
Carbonia-Iglesias	117.634	60.295	51,3
Medio Campidano	89.750	45.643	50,9
<i>Sardegna</i>	<i>1.470.401</i>	<i>790.332</i>	<i>53,7</i>

Fonte: sito *web* della RAS (Regione Autonoma della Sardegna).

La tabella 1 permette di svolgere anche alcune considerazioni sulla partecipazione elettorale a livello circoscrizionale. Le circoscrizioni sono ordinate in modo decrescente a seconda del tasso di partecipazione riportato nell'ultima colonna, e la disposizione non risulta molto dissimile da quella registrata in occasione delle elezioni precedenti⁵. In entrambe le elezioni, per esempio, le circoscrizioni di Oristano, Carbonia-Iglesias e Medio Campidano hanno presentato i tassi di partecipazione più bassi. Le circoscrizioni di Cagliari e Nuoro costituiscono da questo punto

(4) Fonte: archivio storico delle elezioni del Ministero dell'interno, https://dait.interno.gov.it/documenti/elesup2019_0.pdf.

(5) Sulla partecipazione alle elezioni regionali sarde del 2014 cfr. S. ROMBI, F. VENTURINO, *Le elezioni regionali del 2014 in Sardegna*, in *questa Rivista*, 2, 2014, p. 452, tabella 1.

di vista due eccezioni di segno opposto. Nuoro infatti era stata nel 2014 la circoscrizione con la partecipazione più elevata, con un tasso pari al 57,1%; a Cagliari invece la partecipazione si era fermata al 51,6%. Il calo registrato a Nuoro e la contestuale crescita di Cagliari – in entrambi i casi pari a circa 4 punti percentuali – ha fatto della circoscrizione del capoluogo l'ambito territoriale con la maggiore affluenza. È agevole in quest'ultimo caso spiegare l'effetto di crescita della partecipazione con la candidatura da parte del centrosinistra del Sindaco di Cagliari, la cui popolarità come vedremo si è manifestata anche per altre vie.

L'andamento appena discusso dei tassi di partecipazione nelle circoscrizioni di Nuoro e Cagliari in realtà fa parte di un cambiamento più sistematico. In occasione delle elezioni regionali del 2014, come detto, le due circoscrizioni con il tasso di partecipazione più alto e più basso furono Nuoro e Medio Campidano, rispettivamente con il 57,1 e il 46,9%, e una distanza quindi di circa 10 punti percentuali. Come evidenziato nell'ultima colonna della tabella 1, nel 2019 la distanza dei tassi di partecipazione delle due circoscrizioni estreme è invece inferiore a 5 punti percentuali. Questa maggiore concentrazione è conseguenza della crescita della partecipazione nelle circoscrizioni dove nel 2014 l'astensionismo era stato maggiore, e della contestuale diminuzione nelle circoscrizioni precedentemente più partecipate. In conseguenza di ciò, rispetto al 2014 nelle ultime elezioni l'astensionismo si è distribuito fra le varie circoscrizioni in modo notevolmente più omogeneo.

La tabella 2 riporta i risultati della competizione personale fra i candidati alla presidenza della Giunta regionale. Prima di tutto, va notato che questa competizione è stata in passato, ed è sostanzialmente rimasta, di tipo bipolare. Nel 2014 i candidati del centrodestra e del centrosinistra avevano assommato l'82,2% dei voti⁶; nel 2019 questa somma scende all'80,7%, una piccola diminuzione che segnala il mantenimento del predominio delle due coalizioni maggiori. Questo risultato conseguito dai due principali contendenti va ovviamente inteso alla luce dei risultati, sostanzialmente deludenti, ottenuti dalle terze forze. A questo proposito, Mauro Pili è stato l'unico aspirante Governatore in lizza sia nel

(6) Sui risultati della competizione per la presidenza della Regione nel 2014 cfr. S. ROMBI, F. VENTURINO, *Le elezioni regionali del 2014 in Sardegna*, cit., p. 453, tabella 2.

2014 che nel 2019. Emblematicamente, in termini percentuali Pili ha visto più che dimezzarsi i suoi voti, passando dal 5,7 al 2,3% conseguito nell'ultima occasione. Risultati analogamente negativi sono stati ottenuti dagli altri candidati proposti da forze regionaliste e di sinistra, i quali hanno conseguito il loro miglior risultato con Paolo Maninchedda, che si è comunque fermato al 3,4%.

Dunque, tutti i tentativi di scardinare il bipolarismo fra centrodestra e centrosinistra sono andati incontro al fallimento. Tuttavia, la prestazione del candidato del Movimento 5 Stelle merita una menzione a parte per almeno tre ragioni. Primo, perché il M5s è l'attore più interessato al superamento della politica proposta dai partiti tradizionali; secondo, perché è l'attore che a livello nazionale si è dimostrato effettivamente capace di mandare in crisi quei partiti; terzo, perché le elezioni del 2019 costituivano per il M5s il primo banco di prova nella politica regionale sarda. Quanto all'ultimo punto, va ricordato che le precedenti elezioni regionali del 2014 si tennero dopo che il M5s si era costituito in un partito capace di cogliere importanti successi a livello locale e nazionale. Ciò nonostante, per questioni interne al partito, l'allora *leader* nazionale Beppe Grillo non ritenne di concedere ai militanti isolani l'utilizzo del simbolo, provocando infine la mancata candidatura da parte dei pentastellati⁷. Sta di fatto che il M5s arrivava alle regionali sarde un anno esatto dopo l'eccezionale *exploit* ottenuto alle elezioni parlamentari del 4 marzo 2018. In quell'occasione, in riferimento alle votazioni per la Camera nella parte proporzionale, esso aveva ottenuto a livello regionale ben 369.196 voti, pari al 42,5%, andando ben oltre il 32,7% conseguito a livello nazionale. Inoltre, il M5s aveva vinto in tutti i sei collegi uninominali previsti, sempre per l'elezione della Camera, nella parte maggioritaria.

Alla luce di questi presupposti, il risultato conseguito da Francesco Desogus suscita meraviglia anche in un contesto, come quello italiano attuale, caratterizzato da una estrema mobilità elettorale. Desogus infatti è stato votato da poco più di 85.000 elettori, il che equivale a dire che, su quattro elettori che avevano premiato il M5s nel 2018, tre gli hanno

(7) Cfr. S. ROMBI, F. VENTURINO, *Le elezioni regionali del 2014 in Sardegna*, cit., p. 449.

voltato le spalle. Questa *défaillance* ha prodotto a livello percentuale una prestazione, alquanto mortificante, pari all'11,2%. Insomma, il candidato sostenuto dal primo partito italiano ha ottenuto nel 2019 all'incirca gli stessi voti guadagnati nel 2014 da Michela Murgia, vale a dire una politica non professionista protagonista all'epoca di una candidatura del tutto estemporanea. La prestazione evidentemente negativa di Desogus, e la manifesta incapacità del Movimento 5 Stelle isolano di replicare i successi conseguiti a livello nazionale, costituiscono la migliore spiegazione del persistente bipolarismo sardo. Né vale la spiegazione alternativa, talora avanzata, secondo cui il deludente risultato del M5s sarebbe dovuto alle circostanze avverse in cui è emersa la candidatura di Desogus dopo il ritiro di Mario Puddu. Nel 2014 il centrosinistra visse una vicenda analoga, quando Francesca Barracciu, fresca vincitrice delle primarie, fu indotta al ritiro dopo essere stata raggiunta da un provvedimento giudiziario⁸. Per quanto spiacevole, la vicenda non impedì al centrosinistra di selezionare in corsa un altro candidato e di vincere le successive elezioni. Le difficoltà del M5s ad affermarsi nel contesto locale sardo quindi sembrano avere motivazioni profonde, non riconducibili a singoli episodi o a specifici candidati.

Tab. 2 – Risultato della competizione regionale per la Presidenza della Giunta

Candidato	Voti	Voti %
Christian Solinas (centrodestra)	364.059	47,8
Massimo Zedda (centrosinistra)	250.797	32,9
Francesco Desogus (Movimento 5 Stelle)	85.342	11,2
Paolo Giovanni Maninchedda (autonomisti, area centrosinistra)	25.559	3,4
Mauro Pili (autonomisti, area centrodestra)	17.593	2,3
Andrea Murgia (autonomisti, area centrosinistra)	13.955	1,8
Vindice Mario Lecis (sinistra estrema)	4.528	0,6
<i>Totale voti validi</i>	<i>761.833</i>	<i>100</i>

Fonte: sito *web* della RAS (Regione autonoma della Sardegna).

Note: sezioni scrutinate 1.833 su 1.840.

(8) Cfr. C. PALA, S. ROMBI, *Fallire per vincere? Il centrosinistra sardo dalle primarie alle elezioni regionali 2014*, Novi Ligure, Epoké, 2014.

La tabella 2 permette anche di stabilire che rispetto al 2014, allorché il candidato del centrosinistra si impose con un vantaggio di soli 3 punti percentuali, il divario fra i due principali contendenti è stato ragguardevole. Solinas infatti ha inflitto al suo principale contendente un distacco pari a ben 15 punti percentuali. Questo divario dipende innanzitutto dalla accresciuta competitività del centrodestra isolano, che per la prima volta ha visto in campo in occasione delle elezioni regionali la Lega – non più Lega Nord – guidata da Matteo Salvini. Ma ancora di più ha pesato il diminuito *appeal* del centrosinistra, il quale, pur avendo probabilmente schierato il miglior candidato possibile, ha ottenuto nel 2019 ben 10 punti percentuali in meno rispetto a cinque anni prima. Come detto, nessun altro candidato alla presidenza ha potuto contrastare i due candidati più importanti.

La assoluta preminenza del centrodestra è confermata anche da una sommaria analisi di livello circoscrizionale. Solinas ha superato Zedda in tutte le circoscrizioni, talora surclassandolo, in altri casi vincendo di misura. Il distacco più ampio fra i due candidati principali, pari a 30,3 punti percentuali, è occorso nella circoscrizione Olbia-Tempio, dove Zedda con il suo 26,9% è stato più che doppiato. Il distacco più ridotto è stato registrato in Medio Campidano, con un vantaggio di Solinas su Zedda di soli 7,1 punti percentuali. In due circoscrizioni – Olbia-Tempio e Ogliastra – Solinas ha ottenuto la maggioranza assoluta dei voti, mentre la sua peggiore prestazione si è avuta a Nuoro, dove si è fermato al 41,1%.

La tabella 3 riporta i risultati della competizione di lista per accedere al Consiglio regionale. Nel complesso, le liste presentate sono state 24, in leggera diminuzione rispetto alle 27 in lizza nel 2014⁹. Sempre nel 2014, alcuni candidati alla presidenza esterni ai due poli principali avevano optato per una strategia che prevedeva il dispiegamento di più liste. Questa volta la distinzione è stata netta. Mentre i candidati del centrodestra e del centrosinistra hanno predisposto una coalizione, tutti gli altri candidati hanno deciso di farsi appoggiare da una sola lista. Invertendo ancora una volta una caratteristica delle elezioni del 2014, la co-

(9) Sui risultati del voto alle liste nelle elezioni del 2014 cfr. S. ROMBI, F. VENTURINO, *Le elezioni regionali del 2014 in Sardegna*, cit., p. 455, tabella 3.

alizzazione di centrodestra, formata da 11 liste, ha assunto una conformazione più complessa del centrosinistra, la cui coalizione ha compreso soltanto otto partiti. A proposito del centrosinistra, va sottolineato che ben cinque delle otto liste – includendo in questo particolare conteggio anche Campo Progressista – sono da considerare come liste personali ispirate alla figura del candidato Presidente. Evidentemente il centrosinistra ha ritenuto che Massimo Zedda fosse la migliore risorsa per questa elezione, e ha di conseguenza personalizzato la competizione anche nella parte proporzionale.

Tab. 3 – *Risultato della competizione di lista per il Consiglio Regionale*

Lista	Voti	Voti %
Lega Salvini-Sardegna	81.421	11,4
Partito Sardo d'Azione	70.434	9,9
Forza Italia	57.430	8,1
Riformatori Sardi	36.299	5,1
Fratelli d'Italia-Alleanza Nazionale	33.716	4,7
Sardegna20venti-Tunis	29.473	4,1
Pro Sardinia-Unione di Centro	26.948	3,8
Sardegna Civica	11.689	1,6
Fortza Paris	11.611	1,6
Partito Uds-Unione dei Sardi	7.828	1,1
Energie per l'Italia-Sardegna	3.505	0,5
<i>Totale liste a sostegno Christian Solinas</i>	<i>370.354</i>	<i>51,9</i>
Partito Democratico della Sardegna	96.235	13,5
Liberi e Uguali Sardinia-Zedda presidente	27.077	3,8
Campo Progressista Sardegna	22.671	3,2
Noi, la Sardegna con Massimo Zedda	20.011	2,8
Futuro Comune con Massimo Zedda	18.750	2,6
Sardegna in Comune con Massimo Zedda	17.566	2,5
Cristiano Popolari Socialisti	9.275	1,3
Progetto Comunista per la Sardegna	3.075	0,4
<i>Totale liste a sostegno Massimo Zedda</i>	<i>214.660</i>	<i>30,1</i>

(segue)

Lista	Voti	Voti %
Movimento 5 Stelle (Francesco Desogus)	69.573	9,7
Partito dei Sardi (Paolo Maninchedda)	26.216	3,7
Sardi Liberi (Mauro Pili)	15.234	2,1
Autodeterminazione (Andrea Murgia)	13.657	1,9
Rifondazione-Comunisti Italiani-Sinistra Sarda (Vindice Lecis)	4.308	0,6
<i>Totale voti validi</i>	<i>714.002</i>	<i>100</i>

Fonte: sito *web* della Ras (Regione autonoma della Sardegna).

Note: sezioni scrutinate 1.825 su 1.840.

Nel 2014 i due partiti più votati all'interno delle coalizioni maggiori furono Forza Italia e Partito Democratico. Rispetto ad allora, è cambiato come a livello nazionale il partito *leader* del centrodestra. Inoltre, sia nel centrodestra che nel centrosinistra è nettamente aumentata la dispersione dei voti. Il PD è passato dal 52 al 44,8% dei voti ottenuti complessivamente dalle liste di centrosinistra; e la Lega si è fermata al 21,9% dei voti del centrodestra, la metà rispetto al peso precedente di Forza Italia. Le due coalizioni maggiori insomma vanno assumendo un carattere sempre più policentrico.

L'indice di personalizzazione è calcolato come rapporto fra i voti ottenuti da un candidato e la somma dei voti delle liste che lo sostengono, e misura l'apporto individuale ai risultati elettorali prodotto dalla popolarità dei candidati alla presidenza¹⁰. In questa particolare classifica eccellono nell'ordine Desogus, Pili e Zedda, i quali hanno conseguito prestazioni personali superiori a quelle delle liste a loro collegate. Al contrario Lecis, Murgia, Solinas e Maninchedda hanno ottenuto meno voti rispetto alle liste collegate. Nel caso dei candidati minori si può pensare ad un esercizio del voto disgiunto da parte di un certo numero di elettori, in modo da evitare di sostenere un candidato non competitivo. Questo voto di tipo strategico verosimilmente è andato a vantaggio di Zedda. Nel caso di Solinas invece deve riconoscersi una certa difficolt-

(10) Cfr. G. BALDINI, G. LEGNANTE, *Città al voto. I sindaci e le elezioni comunali*, Bologna, Il Mulino, 2000.

tà del candidato nel mantenere unito il bacino di voti proveniente dalla parte proporzionale. Il quale era in ogni caso talmente ampio da non compromettere la vittoria del centrodestra.

Tab. 4 – *Tasso di preferenze per partito*

Lista	Preferenze	Preferenze/voti
Campo Progressista Sardegna	25.950	0,572
Cristiano Popolari Socialisti	10.585	0,571
Partito dei Sardi	29.377	0,560
Sardegna20venti-Tunis	32.628	0,554
Sardegna Civica	12.795	0,547
Riformatori Sardi	39.666	0,546
Partito Uds-Unione dei Sardi	8.229	0,526
Pro Sardinia-Unione di Centro	28.238	0,524
Energie per l'Italia-Sardegna	3.660	0,522
Liberi e Uguali Sardigna-Zedda presidente	28.127	0,519
Partito Sardo d'Azione	72.781	0,517
Autodeterminazione	13.757	0,504
Fortza Paris	11.628	0,501
Futuro Comune con Massimo Zedda	18.766	0,500
Forza Italia	56.872	0,495
Sardegna in Comune con Massimo Zedda	17.086	0,486
Partito Democratico della Sardegna	92.743	0,482
Fratelli d'Italia-Alleanza Nazionale	31.291	0,464
Sardi Liberi	12.664	0,416
Rifondazione-Comunisti Italiani-Sinistra Sarda	3.084	0,358
Progetto Comunista per la Sardegna	2.093	0,340
Movimento 5 Stelle	38.001	0,273
Noi, la Sardegna con Massimo Zedda	9.078	0,227
Lega Salvini-Sardegna	34.509	0,212
<i>Totale preferenze</i>	<i>633.608</i>	<i>0,444</i>

Fonte: sito *web* della Ras (Regione autonoma della Sardegna).

Nota: i voti di lista usati per il calcolo sono moltiplicati per due per tenere conto del doppio voto di preferenza.

La tabella 4 presenta ancora le liste in lizza per l'elezione del Consiglio regionale, ordinate questa volta a seconda del valore assunto dal tasso di preferenze, vale a dire il rapporto fra la somma dei voti di preferenza espressi a favore dei candidati di una lista e numero di voti ottenuti da quella stessa lista¹¹. I partiti che presentano i valori più alti sono abitualmente considerati dotati di legami più saldi con il territorio. E in effetti, anche se è difficile rivenire qualche principio generale alla base della distribuzione presentata nella tabella, i partiti che si ispirano all'autonomismo regionale sono perlopiù piazzati nella parte alta della classifica, mentre sono perlopiù collocate nella parte bassa le liste costituite per sostenere le ambizioni dei candidati alla presidenza. E mentre i partiti nazionali si collocano su valori medi nella maggior parte dei casi, il Movimento 5 Stelle e la nuova Lega di Salvini costituiscono altrettante eccezioni, a testimonianza, rispettivamente, di una persistente difficoltà ad affrontare le elezioni locali e di una espansione tuttora problematica al di fuori delle Regioni dell'Italia settentrionale.

5. Le nuove istituzioni della Regione Sardegna

Le elezioni del 2019 hanno comportato l'ennesima alternanza alla guida della Regione fra centrosinistra e centrodestra. Da quando, negli anni '90, è stata introdotta l'elezione diretta del Presidente, nessun Governo regionale uscente è riuscito a confermarsi per un secondo mandato consecutivo.

La tabella 5 presenta in dettaglio la composizione del nuovo Consiglio regionale a maggioranza di centrodestra. Al pari del Consiglio precedente, esso è costituito da dieci gruppi di ispirazione partitica, a cui si affianca il gruppo misto. Allo scopo di rispettare l'indicazione regolamentare che prescrive – in deroga – un numero minimo di tre consiglieri, come di consueto alcuni eletti delle liste più votate hanno optato per un'adesione tecnica a liste minori della stessa coalizione al fine di garantire loro la formazione di un gruppo autonomo. Per ciò che riguarda l'ampiezza della maggioranza, va notato che i cinque consiglieri del gruppo misto fanno tutti capo al centrodestra. In questo mo-

(11) Per tenere conto del doppio voto di preferenza introdotto nel corso della consiliatura abbiamo calcolato il rapporto moltiplicando per due il numero dei voti di lista.

do, la Giunta si avvale nel complesso del sostegno di 36 consiglieri, pari al 60% del totale, potendo usufruire del premio di maggioranza spettante al presidente eletto, come nel caso di Solinas, con più del 40% dei voti.

Tab. 5 – *Composizione del XVI Consiglio Regionale*

Gruppo consiliare	Seggi	Donne
Lega Salvini Sardegna	8	2
Partito Sardo d'Azione	8	0
Forza Italia Sardegna	5	1
Riformatori Sardi	4	0
Fratelli d'Italia	3	0
Udc Sardegna	3	0
<i>Totale centrodestra</i>	<i>31</i>	<i>3</i>
Progressisti	8	2
Partito Democratico	7	0
Liberi e Uguali Sardegna	3	0
<i>Totale centrosinistra</i>	<i>18</i>	<i>2</i>
Movimento 5 Stelle	6	3
Gruppo misto	5	0
<i>Totale</i>	<i>60</i>	<i>8</i>

Fonte: sito web della Ras (Regione autonoma della Sardegna).

L'ultima colonna a destra della tabella 5 permette di valutare la portata della presenza femminile in Consiglio in occasione della prima applicazione della norma relativa alla doppia preferenza di genere. Si deve riconoscere che la riforma della legge elettorale relativamente al voto di preferenza ha prodotto qualche conseguenza, visto che rispetto al precedente Consiglio eletto nel 2014 si è registrato il raddoppio delle elette. Tuttavia, con circa il 13% di rappresentanza femminile, nell'Assemblea sarda permane un notevole divario di genere, almeno in raffronto con le tendenze in atto nel Parlamento nazionale, dove le elette costituiscono attualmente circa un terzo del totale.

TAB. 6 – *Composizione della Giunta regionale*

Assessore	Carica	Partito
Christian Solinas	Presidente	PSd'Az
Giuseppe Fasolino	Programmazione, Bilancio, Credito	Forza Italia
Valeria Satta	Affari Generali, Personale e Riforma	Lega
Gianni Lampis	Difesa dell'Ambiente	Fratelli d'Italia
Roberto Frongia	Lavori Pubblici	Riformatori
Andrea Biancareddu	Pubblica Istruzione, Beni Culturali	Udc
Gabriella Murgia	Agricoltura e Riforma Agro-Pastorale	PSd'Az
Anita Pili	Industria	Sardegna 2020
Mario Nieddu	Igiene, Sanità e Assistenza Sociale	Lega
Quirico Sanna	Enti Locali, Finanze e Urbanistica	PSd'Az
Giovanni Chessa	Turismo, Artigianato e Commercio	PSd'Az
Alessandra Zedda	Lavoro, Formazione e Sicurezza Sociale	Forza Italia
Giorgio Todde	Trasporti	Lega

Fonte: sito *web* della RAS (Regione autonoma della Sardegna).

La legge elettorale garantisce al Presidente una maggioranza consiliare. Tuttavia, la formazione della Giunta è risultata particolarmente complessa a causa dei contrasti fra i *partner* della coalizione in merito alla attribuzione degli assessorati¹². Cosicché, dopo un periodo di oltre due mesi nel corso dei quali il Presidente si è attribuito molteplici incarichi *ad interim*, la Giunta Solinas è stata completata soltanto alla metà del mese di maggio¹³. La composizione della Giunta, presentata nella tabella 6, prevede una sovra-rappresentanza del PSd'Az, che detiene tre assessorati oltre alla presidenza. Tre incarichi spettano anche alla Lega in quanto partito più votato della coalizione, due a Forza Italia, uno ciascuno ai quattro *partner* minori. Gli assessori di genere femminile sono quattro, una in meno rispetto alla composizione della Giunta Pigliaru al momento della sua costituzione dopo le elezioni del 2014.

(12) "Giunta, nel centrodestra liti senza fine. Solinas ostaggio delle risse nei partiti", *Sardinia-post*, 28 aprile 2019.

(13) "Solinas completa la Giunta. Anita Pili assessore all'Industria", *l'Unione Sarda*, 14 maggio 2019.

6. Conclusioni

Le elezioni parlamentari del 2013 hanno posto fine al bipolarismo fra centrodestra e centrosinistra che aveva caratterizzato fin dagli esordi la politica della Seconda Repubblica. Da allora, è iniziato un periodo che, soprattutto a livello nazionale ma talora anche a livello locale, è stato contrassegnato da una eccezionale instabilità elettorale, conseguenza delle persistenti difficoltà del centrosinistra, del progressivo rafforzamento del centrodestra e dell'alternanza di successi e fallimenti del Movimento 5 Stelle. In questo panorama, le elezioni regionali sarde del 2019 si segnalano invece per una notevole continuità. Una continuità che è innanzitutto il prodotto delle scelte e dei risultati del M5s. Nel 2014 il Movimento scelse di non competere; nel 2019 ha ottenuto un risultato particolarmente sconcertante, soprattutto se paragonato alla eccezionale quantità di voti che lo avevano premiato soltanto un anno prima in occasione delle elezioni parlamentari del 2018. Il ruolo per cause diverse marginale del M5s nelle ultime due elezioni regionali ha favorito insomma il mantenimento dello schema bipolare nella politica isolana. E così l'unico cambiamento – comunque significativo – si è potuto osservare all'interno del centrodestra, dove la Lega ha assunto il ruolo centrale che aveva già conquistato a livello nazionale.

Un secondo aspetto di continuità concerne la sostanziale irrilevanza della prossimità fra elezioni regionali ed europee. Agli occhi degli elettori sardi, le prime rivestono grande importanza, mentre le seconde mantengono il classico *status* di elezioni di "secondo ordine"¹⁴. Questo dipende largamente dal fatto che la circoscrizione insulare per le elezioni europee pone la Sardegna insieme alla ben più popolosa Sicilia, con la conseguenza che gli elettori sardi sono spesso esclusi dalla rappresentanza nel Parlamento di Strasburgo. A testimoniare la perdurante differenza fra le due elezioni stanno i livelli di partecipazione del ciclo 2019. Abbiamo visto come l'affluenza alle regionali di febbraio sia arrivata al 53,7%, in lieve crescita rispetto al 2014. A maggio i votanti sardi

(14) Cfr. K. REIF, H. SCHMITT, *Nine Second-Order National Elections. A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results*, in *European Journal of Political Research*, 1, pp. 3-44.

alle europee sono invece stati soltanto il 36% degli aventi diritto, in notevole calo rispetto a cinque anni prima.

Un terzo aspetto di continuità rispetto alle precedenti elezioni regionali risiede nel mantenimento della legge elettorale. Per quanto contestata da più lati all'indomani della sua prima prova nel 2014, essa è stata mantenuta sostanzialmente inalterata, ove si eccettui l'introduzione del doppio voto di preferenza basato sul genere. Fra l'altro, le scelte degli elettori sardi hanno fatto sì che l'opportunità di aumentare il numero di rappresentanti di genere femminile sia andata parzialmente elusa. Se aumento c'è stato – e visto il punto di partenza non poteva essere diversamente – la predominanza dei consiglieri regionali di genere maschile rimane del tutto evidente.

Per usare termini tipici della tradizione italiana degli studi elettorali, le consultazioni sarde del 2019 appartengono dunque alla categoria delle elezioni di stallo¹⁵, contrassegnate da continuità piuttosto che cambiamento. Occorre aggiungere che i primi passi delle neo-elette istituzioni regionali non sono stati particolarmente incoraggianti. Dopo la formazione *en ralenti* della Giunta, le prime decisioni poste all'attenzione del Consiglio regionale, dedicate al ripristino dei vitalizi per gli eletti, sembrano appositamente congegnate per incrementare il distacco dei cittadini dalla politica¹⁶.

(15) Cfr. P. CORBETTA, A. PARISI, H. SCHADEE, *Elezioni in Italia. Struttura e tipologia delle consultazioni politiche*, Bologna, Il Mulino, 1988.

(16) "Costi della politica, la prima legge della Sardegna? Ripristina i vitalizi", *Corriere della Sera*, 13 giugno 2019.

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

2018: an important anniversary to celebrate but also to rethink the local autonomy. A comparison between Italy and Spain (p. 285)

Gianluca Gardini

Essays and Articles

The Spanish autonomous State: a critical assessment (p. 299)

Brunetta Baldi

This paper outlines a record of the local dimension of Spanish State in the event of the fortieth anniversary of its foundation, and it will be underlined not only its main achievements but also, and above all, the critical issues which surround it. Notably, the paper scrutinises the still unsolved territorial question, symbolised by the Catalan crisis. Such a failure stems from the development of regional autonomy, which has betrayed expectations and contents of the 1978 constitutional agreement. Although the Constituent Assembly recognised the distinctiveness of the historic regions, the dualistic and asymmetrical original idea has been replaced by a uniform arrangement which denies a special status to nationalist regions despite their historical identities, thus making more difficult their integration within the State. The deep institutional crisis produced by the unilateral declaration of independence of Catalunya highlights the need for constitutional reform of the Spanish State for which federalism could be the primary way forward.

Anniversary of the Spanish Constitution and the European Charter of Local Self-Government: the local government in Spain (p. 329)

Alfredo Galán Galán

The commemoration of the fortieth anniversary of the Spanish Constitution and the thirtieth anniversary of Spain's ratification of the European Charter of Local Self-Government provides an opportunity to evaluate the situation of local government in Spain. In the context of the Spanish Constitution, some of the main challenges currently facing the local authorities are being examined and proposals for reform are being put forward: the distribution of powers with regard to local governance, the need to bring local authorities back into a local government system, the

unsolved problems of local authorities administrative borders, including the phenomenon of the rural exodus, and the questions which continue to raise the issue of local self-government, starting with the inadequacy of the guarantee mechanisms. In addition, in the context of the European Charter of Local Self-Government, the degree of conformity of the Spanish legal system with the Charter is analysed: in particular, it will be highlighted the binding effect of the CEAL on Spanish law, the recognition and definition of local self-government in national statutory law and the link between this defined self-government and local democracy.

Considerations for a reform of local administration in Spain (p. 367)

Luis Cosculluela Montaner

On the assumption that reform of local government requires the intervention of the state legislator - the solely competent subject in the matter according to the Constitution - this paper covers all the main issues currently under discussion in Spain. Starting from the guarantee of local autonomy, intended both as protection of the territory and powers, firstly the paper addresses the issue of the municipal administrative borders and the attempt to shift powers in favour of the provincial level. Then it will be examined the proposals for reform of the municipalities' governance arrangement, relations between politics and professional administration, mechanisms of popular participation, forms of decentralization. A changing landscape emerges, in which the need for a new comprehensive intervention of the State legislator is evident, after the controversial effects of the Ley de racionalización y sostenibilidad of 2013.

Constitutional reform and the territorial model. Citizens' preferences and parties' proposals between the 40th Constitutional anniversary and the 2019 elections (p. 399)

Fabio Garcia Lupato

On the 40th anniversary of the approval of the Spanish Constitution, much of the issues that were negotiated at the time - State form, territorial model, identity, political culture - have been put back into question, especially with the Catalan independence conflict. At the public opinion level as well as among the main parties of the system, we can observe deeply rooted dif-

ferences regarding the evaluation of Spanish democracy, its constitutional performance or the preferred territorial model. This has a profound effect on political competition and the party system. If initially the new parties that disrupted the system did so with ideas and proposals for democratic regeneration, constitutional reform and “new politics” against traditional parties, in the last elections held on April 2019 the identity and territorial dimension has gained salience, presenting two novelties in the Spanish party system. On the one hand, the Spanish exceptionality has ended, with Vox, an extreme right party, obtaining a relevant parliamentary representation. On the other hand, the widespread support of all parties to the decentralization process has disappeared with the profound questioning of the current decentralization system. If this new scheme is institutionalized, it will have profound effects on the functioning and stability of the Government and the whole system.

Federalism and decentralization in Latin America. A comparative analysis of education and health care policies in Argentina and Brazil (p. 439)

Cristian Altavilla

Argentina and Brazil constitute two clear examples of high decentralized federations in delivering public policies, in which several social policies are managed and implemented by the constituent subnational levels of government (states/provinces and municipalities). This paper analyses the decentralization of the main social policies in Argentina and Brazil from a comparative perspective, from a constitutional approach (considering the distribution and allocation of competences between levels of governments) from a fiscal perspective (policy financing) as well as from a public policy perspective (the decision, implementation and management of those competencies). In particular, the paper takes into account two classic welfare state policies (according to the particular model of welfare state developed in Latin America countries): education and health care. Both cases are of particular interest from a comparative perspective, although the processes of decentralization have followed different paths in the two countries, the outcomes show several similarities.

The “Smart Cities” in the light of the principle of subsidiarity (p. 463)

Graziana Urbano

This paper examines the theme of “Smart Cities”, placing the definition within the legal system. In particular, the author, through the description of a defining framework of the terms “City” and “Intelligent City”, suggests a legally oriented reading of the adjective “intelligent”, which is associated with the City, from the perspective of the principle of horizontal subsidiarity. The interpretation of the proposed “Intelligent City” highlights the increasing importance of institutions for the active participation of citizens in the decision-making processes of the public administration, as a corollary of the principle of subsidiarity. Closely connected is the concept of “intelligent community”: the author traces the relevance of the connotation of “intelligence” both to the urban spaces in which the community operates and to a new legal category represented by the commons.

Corruption and public contracts: terminological and evaluative clarifications, between the need for national uniformity and opportunities of local interpretation (p. 485)

Vinicio Brigante

This paper aims to analyse the pronounced polysemy that characterises the notion of corruption, with specific reference to the various stages for the award of public contracts. The need to operate a differentiation between the different models of manifestation of corruption is necessary in order to carry out an in-depth assessment of the real impact of the different phenomena of misappropriation of public authorities tasks, through certain data flows. Moreover, there is a need to analyse the potential opportunities for corruption linked to the forms of execution of public works alternative to the ordinary procurement contracts, such as public-private partnerships. Finally, the paper focuses on the territorial dimension of corruption, an issue that has developed in recent years, in connection with the promulgation of the Sicilian Regional Law No. 3 of 2018, which amended the tasks of the existing Regional Parliamentary Committee for investigation and supervision about mafia and corruption by raising issues of coordination with the tasks of the National Anti-corruption Authority not solved by any appropriate provision.

Notes and Comments

The Right Place to Balance. The Mutual Positioning of the Right to Protection of Personal Data and of the Right to Transparency in the Decision no. 20/2019 of the Italian Constitutional Court (p. 525)

Benedetto Ponti

The decision No. 20/2019 of the Italian Constitutional Court has made headlines above all for the general profiles connected with the judicial treatment of issues covered by both fundamental national rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the s.c. “dual preliminary”). Instead, this contribution intends to emphasize the importance (in this same perspective) of the merit of the issue addressed. In particular, the analysis shows why the forum chosen by the referring judge to evaluate the balancing defined by Legislative Decree No. 33/2013, between the right to transparency and the right to protection of personal data, has influenced the outcome of such judgment. To this end, two elements are relevant. On the one hand, the asymmetric framework that characterizes the clash between the two rights at stake: the second, attracted in the sphere of Eu law; the first, strictly relevant to the Member States’ legal system. Furthermore, it should be noted the different consideration reserved for them. While the jurisprudence of the CJEU clearly shows the systematic pre-eminence of the right to the protection of personal data on the right to transparency, according to the Italian Constitutional Court they deserve “equal respect”. Precisely this “parity of arms”, assigns the legislator a more extensive manoeuvring space for the balancing, to be played not in terms of strict proportionality and necessity, but rather according to the canon of reasonableness.

Regional Observatory

2019 Sardinia regional election (p. 549)

Stefano Rombi, Fulvio Venturino

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Cristian Altavilla

Profesor de Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político, Uncy Universidad Siglo 21 (Argentina)

Brunetta Baldi

Professoressa associata di Scienza politica, Università di Bologna

Vinicio Brigante

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Alfredo Galán Galán

Catedrático de Derecho Administrativo, Universitat de Barcelona (España)

Fabio García Lupato

Profesor Ayudante Doctor de Ciencia Política, Universidad Complutense de Madrid (España)

Gianluca Gardini

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Ferrara

Luis Cosculluela Montaner

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid (España)

Benedetto Ponti

Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia

Stefano Rombi

Ricercatore in Scienza politica, Università degli Studi di Cagliari

Graziana Urbano

Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Foggia

Fulvio Venturino

Professore associato di Scienza politica, Università degli Studi di Cagliari

Criteria editoriali

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

