

Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española

Volumen III

Instituciones políticas y Democracia

DIRECTORES:

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

COORDINADOR:

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN



Derecho Público

eucons



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

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

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

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

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

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS
DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Eugeni Gay Montalvo, Abogado.

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

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

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

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado.

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

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

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

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

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

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

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

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

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

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

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN
(Coordinador)

VOLUMEN III

Instituciones políticas y Democracia



eucons



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



FUNDACIÓN CAJAMURCIA

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

Primera edición: febrero de 2020



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

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

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

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO AEBOE: 090-20-030-0 (edición en papel).
090-20-031-6 (edición en línea, pdf).
090-20-032-1 (edición en línea, epub).

NIPO CEPC: 091-20-012-5 (edición en papel).
091-20-013-0 (edición en línea, pdf).
091-20-014-6 (edición en línea, epub).

ISBN: 978-84-340-2602-5

Depósito legal: M-37543-2019

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

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	11
NOTA DE LOS DIRECTORES	15
NOTA DEI CURATORI	19

VOLUMEN III: INSTITUCIONES POLÍTICAS Y DEMOCRACIA

PARTE 1. DEMOCRACIA PARLAMENTARIA

3.1.1	Los poderes neutrales en el constitucionalismo europeo del siglo XXI. <i>Javier Tajadura Tejada</i>	25
3.1.2	Sistemi parlamentari a confronto: Italia, Germania, Spagna. Tra crisi politiche e nodi costituzionali. <i>Ginevra Cerrina Feroni</i>	47
3.1.3	Los parlamentos nacionales en Europa. <i>Caterina Drigo</i>	59
3.1.4	Al hilo del Parlamento y la Constitución: breves acotaciones sobre cuatro décadas de parlamentarismo en España. <i>María Rosa Ripollés Serrano</i>	79
3.1.5	La democracia electrónica como significado de la expresión constitucional «sociedad democrática avanzada». <i>Francisco Manuel García Costa</i>	101
3.1.6	De la publicidad a la permeabilidad: transparencia, publicidad y derecho a la información en el nuevo parlamento. Un esbozo de crítica del parlamento abierto. <i>José Tuleda Aranda</i>	121
3.1.7	La formazione degli Esecutivi nelle democrazie parlamentari contemporanee. <i>Nicolò Fuccaro</i>	149
3.1.8	Riflessioni attorno a Gruppi parlamentari, transfughismo e libero mandato. <i>Omar Caramaschi</i>	167
3.1.9	La ¿prerrogativa? del fuero jurisdiccional. <i>Patricia García Majado</i>	185

	Páginas
3.1.10	Recenti evoluzioni delle funzioni non legislative del Parlamento italiano: il <i>case study</i> della procedimentalizzazione dei poteri parlamentari di elezione e di nomina. <i>Piero Gambale</i> 201
3.1.11	La función consultiva en España en la actualidad y su proyección en el constitucionalismo moderno. <i>Óscar Ignacio Mateos y de Cabo</i> 217
 PARTE 2. PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN POLÍTICAS	
3.2.1	La relevancia constitucional del principio de mayoría con especial referencia a Alemania y España. <i>Germán Gómez Orfanel</i> 235
3.2.2	La participación política ante la democracia procedimental. <i>Leyre Burguera Ameave</i> 257
3.2.3	Una democrazia costituzionale senza Parlamento? <i>Filiberto E. Brozzetti</i> 267
3.2.4	Voto elettronico e nuove dimensioni della partecipazione. <i>Maria Francesca De Tullio</i> 281
3.2.5	El perfeccionamiento de la democracia representativa mediante instrumentos de la democracia participativa y sus problemas competenciales. <i>Amir Al Hasani Maturano</i> 295
3.2.6	Il principio di accessibilità dei poteri, ovvero la sostanza della democrazia ed i suoi nemici. <i>Agatino Giuseppe Lanzafame</i> 311
3.2.7	Partecipazione politica e ordinamento penale: il caso spagnolo e quello italiano a confronto. <i>Claudia Marchese</i> 331
 PARTE 3. SISTEMA Y DERECHOS ELECTORALES	
3.3.1	La legislazione elettorale nelle costituenti spagnola e italiana. <i>Marco Cecili</i> 351
3.3.2	Leggi elettorali e controllo di costituzionalità: una saga infinita? <i>Erik Furno</i> 367
3.3.3	El principio de igualdad y la posibilidad de restricción del derecho de sufragio en los procesos de modificación de capacidad o internamiento. <i>Luis A. Gálvez Muñoz</i> 395
3.3.4	La reforma electoral para la supresión de los límites al derecho de voto de las personas con la capacidad de obrar judicialmente modificada. <i>Marta F. León Alonso</i> 413
3.3.5	Nuevos instrumentos de diseño de campañas electorales virtuales electrónicas. <i>Luis Miguel González de la Garza</i> 431
3.3.6	Por un régimen jurídico más libre e igualitario en materia de encuestas preelectorales. <i>Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo</i> 447

3.3.7	La evolución de los sistemas electorales y de la forma de gobierno de las Regiones italianas. <i>Carlos Fernández Esquer, Andrés Iván Dueñas Castrillo</i>	463
3.3.8	Il superamento della «zona franca» in materia elettorale: fu vera gloria? <i>Giacomo Canale</i>	477
PARTE 4. PARTIDOS POLÍTICOS Y GRUPOS DE INTERÉS		
3.4.1	Il partito politico, un mito in declino? La rappresentanza politica tra evoluzione ed involuzione nell'era della digital democracy. <i>Carlo Alberto Ciaralli</i>	495
3.4.2	Divieto di mandato imperativo e (possibile?) istituzionalizzazione delle «primarie» in Italia. <i>Luca Pedullà</i>	515
3.4.3	El decisivo papel de los partidos nacionalistas y regionalistas en el escenario político nacional. <i>David Parra Gómez</i>	539
3.4.4	La protección penal de las funciones que constitucionalmente tienen atribuidas los partidos políticos en España. <i>Miguel Ángel Morales Hernández</i>	553
3.4.5	Un lobbismo regolamentato quale fattore di trasparenza dei processi decisionali al tempo della crisi dei partiti politici. <i>Anna Camilla Visconti</i>	569

PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

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

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

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

NOTA DE LOS DIRECTORES

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

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

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

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

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

Este volumen III recoge treinta y una muestras inmejorables de diálogo intergeneracional en relación con «Las Instituciones Políticas y la Democracia». El volumen se estructura en cuatro partes. La primera es vivo ejemplo de la complejidad orgánica que caracteriza a la «Democracia parlamentaria» contemporánea, incorporando once estudios que abarcan desde la Jefatura de Estado como «poder neutral» hasta los órganos encargados de la función consultiva. En la segunda parte, «Participación y representación política», siete trabajos abordan cuestiones que demandan un debate de interés para nuestras democracias constitucionales, como el principio de mayoría, los riesgos que supone una democracia meramente procedimental y las expectativas que genera la democracia participativa. En un volumen como este no podían faltar contribuciones dedicadas a los aspectos más acuciantes de nuestros «Sistemas y derechos electorales» (tercera parte), en un proceso de perfeccionamiento constante. De igual manera que son de indudable relevancia los estudios que cierran el volumen sobre las asociaciones que fundamentan esta estructura institucional y jurídica, los «Partidos políticos y grupos de interés» (parte cuarta). Con estos temas, y los abordados en los restantes volúmenes, analizamos la situación en la que se encuentran los Estados constitucionales en Europa, hacemos balance de la evolución que se ha vivido desde el final de la II Guerra Mundial y de las respuestas que se han sucedido a los cambios en estas déca-

das, al tiempo que nos preparamos doctrinalmente para los retos que están por venir en el nuevo contexto global. El constitucionalismo sigue en expansión pero necesita de nuevos planteamientos para afrontar los actuales desafíos, especialmente acuciantes pasada una década en crisis, que no sólo ha impactado en la economía sino que también ha tenido profundos efectos sobre nuestros sistemas políticos. Observamos de esta forma la panorámica, espacial y temporal, del *ius commune* constitucional.

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

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO

EDOARDO C. RAFFIOTTA, MARIA PIA IADICICCO
Directores

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN
Coordinador

NOTA DEI CURATORI

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

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

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

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

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

Il presente volume (III) raccoglie trentuno eccellenti lavori che testimoniano un proficuo dialogo intergenerazionale su «Istituzioni politiche e democrazia». Il libro è strutturato in quattro parti. La prima testimonia la profonda complessità istituzionale della «democrazia parlamentare» contemporanea, raccogliendo undici studi che spaziano dalla figura del Capo dello Stato agli organi responsabili delle funzioni consultive. Nella seconda parte, «Partecipazione e rappresentanza politica», sette saggi affrontano questioni che richiedono un vasto e approfondito dibattito nelle nostre democrazie costituzionali, come il principio di maggioranza, i rischi connessi alla configurazione di una democrazia meramente procedurale e le aspettative generate dalla democrazia partecipativa. In un volume come questo, non potevano mancare contributi dedicati agli aspetti più urgenti dei nostri «sistemi e diritti elettorali» (terza parte), nell'ottica di una loro implementazione e miglioramento. Allo stesso modo, sono di indiscutibile interesse gli studi, che chiudono il volume, dedicati alle associazioni basilari della nostra organizzazione istituzionale e giuridica, i «partiti politici ed i gruppi di interesse» (quarta parte).

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

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

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

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO

EDOARDO C. RAFFIOTTA, MARIA PIA IADICICCO
Curatori

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN
Coordinatore

PARTE 1

DEMOCRACIA PARLAMENTARIA

LOS PODERES NEUTRALES EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO DEL SIGLO XXI

JAVIER TAJADURA TEJADA*
Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La mutación del principio de división de poderes. 3. La Jefatura del Estado como poder neutral. 4. Los casos de España e Italia. 5. Consideraciones finales: poderes neutrales y estabilidad política. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de división de poderes se configura, junto a la garantía de los derechos y libertades, como uno de los elementos esenciales del Estado Constitucional. Desde que los revolucionarios franceses redactaron en 1789 la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y consagraron –en su art. 16– el concepto material contemporáneo de Constitución, el diseño de una adecuada división de los poderes constituidos –como garantía de la libertad– se considera uno de los principales cometidos de toda obra constituyente. Ahora bien, el sig-

* Catedrático (A) de Derecho Constitucional. Este trabajo se inscribe en las tareas del proyecto de investigación HAR2017-84032-P y del grupo IT615-13, respectivamente financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España-Agencia Estatal de Investigación/FEDER, Unión Europea, y por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco y en el Grupo de investigación consolidado GIU18/215 financiado por la UPV-EHU.

nificado y alcance de este principio ha experimentado en los últimos dos siglos notables transformaciones. La consolidación del Estado Constitucional representativo como un Estado de Partidos y el surgimiento de poderes privados capaces de imponer su voluntad a la de determinados Estados, obliga a afrontar el tema desde nuevas perspectivas.

En este IV Congreso del seminario ítalo-español dedicado al estudio de las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo, considero oportuno realizar una contribución al debate sobre la mutación del principio de división de poderes y subrayar la importancia creciente de los denominados «poderes neutrales», en general, y de la Jefatura del Estado (en los regímenes parlamentarios) en particular. Por otro lado, y puesto que este IV Congreso –de la misma manera que los que le han precedido– tiene por finalidad consolidar y profundizar en las relaciones entre los constitucionalistas de Italia y España, y por objetivo celebrar un doble aniversario (el 70.º de la Constitución italiana y el 40.º de la española), ilustraré el tema tomando como ejemplo el importante papel que desempeñan la Presidencia de la República en Italia y la Corona en España.

2. LA MUTACIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Los Estados constitucionales europeos tal y como se han ido consolidando tras la segunda postguerra mundial son Estados de Partidos (García Pelayo, 1986). En ellos –y dejando a un lado la imprescindible independencia del Poder Judicial–, Parlamento y Gobierno actúan como instrumentos del partido mayoritario. La mayoría parlamentaria respalda la política del Gobierno. Si a ello añadimos el hecho de que, en la mayor parte de los Estados europeos, la inmensa mayoría de las leyes aprobadas tiene su origen en iniciativas legislativas del Gobierno, y que los gobiernos pueden aprobar en determinadas circunstancias normas con rango de ley, resulta evidente que la división del poder entre Parlamento y Gobierno reviste hoy un significado muy diferente al que tuvo en los orígenes del Estado Constitucional en Europa. Aunque la situación difiere de unos Estados a otros, en todos los casos, la verdadera división del poder es la que se verifica entre mayoría y oposición: entre partidos de gobierno, y partidos que ejercen la oposición parlamentaria y aspiran a ocuparlo cuando el electorado se pronuncie por la alternancia. Este es el contenido real y efectivo del principio de división de poderes en los regímenes parlamentarios de la Europa del siglo XXI.

En este contexto, los partidos políticos han sido constitucionalizados¹ y ocupan una posición hegemónica en las democracias constitucionales. El problema surge cuando esa posición hegemónica se transforma en actitud imperialista, y los partidos penetran en ámbitos e instituciones que deben permanecer ajenos a la lógica del Estado de Partidos (como puede ser el Poder Judicial)². O cuando la mayoría parlamentaria se utiliza para desvirtuar y sortear los mecanismos y procedimientos de control del poder inherentes al Estado de Derecho (Aragón Reyes, 1995; Valadés, 2005). O, finalmente, y en el extremo contrario, cuando la fragmentación política impide la formación de una mayoría parlamentaria, y el pluripartidismo extremo conduce a la inestabilidad permanente. Aunque se trata de problemas muy diferentes, todos ellos ponen de manifiesto una necesidad común, –advertida por vez primera por Benjamin Constant hace dos siglos– la de configurar en el seno del Estado, un poder que –desde una posición de independencia– pueda ejercer una función arbitral que vele por el normal funcionamiento de los poderes constituidos y, en definitiva, opere como garante de la libertad de los ciudadanos³.

Por otro lado, y como consecuencia del surgimiento de poderes privados cuya capacidad para condicionar e incluso determinar el destino de Estados enteros es cada vez mayor, la articulación de un sistema en el que «el poder frene al poder» no puede ya establecerse tampoco sobre la distinción entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en la medida en que todos ellos conforman un único poder, sino que habrá de materializarse –como lúcidamente advirtió el profesor Jorge Carpizo (1999)– en la confrontación entre poder político, poder económico y poder mediático. Confrontación que, en última instancia, acaba reducida a la dialéctica entre poder público y poder privado.

Desde esta segunda perspectiva, resulta difícilmente discutible que, enfrentados a la dialéctica poderes públicos-poderes privados, en muchos casos, estamos asistiendo a una pavorosa concentración del poder en la medida en que los poderes económicos determinan la actuación del poder político. Este grave y peligroso fenómeno fue advertido hace ya medio siglo por el insigne

¹ Sobre la constitucionalización de los partidos en Europa, TAJADURA (2004).

² La literatura sobre la colonización partidista de las instituciones en España es extensa. Una temprana denuncia de la que tomo la expresión «actitud imperialista» en RAMÍREZ (1994, 17). Recientemente, a modo de síntesis muy ilustrativa sobre el estado de la cuestión, GARRIDO y SÁENZ (2016), especialmente los trabajos de J. A. PORTERO, M. GONZÁLEZ, F. SOSA y J. DE MIGUEL.

³ A Benjamin Constant, escribe Pedro DE VEGA (2002, 15) en un sugerente trabajo del que estas páginas son deudoras, «se le puede atribuir el indiscutible mérito de haber sido el primero, en el horizonte histórico del Estado Constitucional, en plantear con rigor y con sentido el gran problema de la democracia moderna, (...) cómo limitar y controlar el poder. Pero lo que significa, además, que, situándose por encima de la polémica concreta de su tiempo, otorga a sus planteamientos una proyección universal».

jurista italiano, Giorgio Lombardi (1970), en un trabajo clásico y pionero en este tipo de reflexiones. El dominio de los poderes privados se lleva a cabo porque los titulares del poder económico ocupan directamente, o mediante persona interpuesta, los poderes públicos, y de esta suerte, monopolizan el proceso decisorio estatal. La desregulación de los mercados financieros –que es la causa última de la grave crisis económica que sufre Europa desde 2007, y muy singularmente, los países del Sur– es la más clara expresión de este predominio de los intereses y los poderes privados. Poderes que han logrado ejercer un formidable y efectivo poder de veto frente a cualquier intento regulatorio tendente a someter a control la actividad financiera. La tendencia a la formación de monopolios u oligopolios en sectores estratégicos de la economía es otra manifestación de este problema⁴.

El riesgo de colonización de los poderes públicos por poderosos grupos de intereses económicos y privados, obliga a plantearnos de nuevo la necesidad de crear poderes neutrales para defender la libre competencia (Autoridades de defensa de la competencia); para controlar al sector financiero (Bancos Centrales configurados como supervisores independientes), o a los sectores estratégicos de la economía (Comisiones reguladoras de la energía, las telecomunicaciones, etc.). El desafío que plantean estas instituciones es doble: por una parte, la garantía de su real independencia del poder político, y por otro, la garantía no menos necesaria de independencia respecto a los propios intereses y poderes privados llamados a regular. Los supuestos en que los supervisores bancarios proceden del propio sector financiero o son captados por él tras finalizar sus mandatos manifiestan con toda crudeza las insuficiencias y limitaciones de una neutralidad tan laxamente entendida.

Las referidas mutaciones del principio de división de poderes convergen, por tanto, en la necesidad de establecer y articular una serie de poderes neutrales que puedan hacer frente a los desafíos mencionados. Y de la misma forma que estos revisten diversa naturaleza, podemos construir también una tipología de los poderes neutrales. Por un lado, frente al riesgo de colapso, parálisis, o abuso de los poderes estatales, las Constituciones de los países europeos que establecen sistemas parlamentarios de gobierno, configuran la suprema magistratura constitucional, la Jefatura del Estado, como un poder neutral titular de una función arbitral y moderadora. Y ello con independencia de la forma monárquica o republicana de la Jefatura del Estado. El Rey de los Belgas cumple, desde esta óptica,

⁴ «En el futuro inmediato, la cuestión del fomento de la competencia y de la prevención del poder monopolístico no es ya solo una necesidad para mejorar la eficiencia de la economía (...). Es también un imperativo para mejorar la calidad de la propia democracia» (BEL, 2000, 29).

idéntica función constitucional que el presidente de la República italiana⁵. Por otro, y frente al riesgo de que los grandes poderes privados, financieros o dueños de sectores económicos estratégicos, colonicen el poder político y hagan prevalecer sus particulares intereses sobre el interés general, en la mayor parte de los Estados europeos se han creado Agencias reguladoras independientes: en el sector energético, de las telecomunicaciones, del mercado de valores o para la defensa de la competencia. Finalmente, es preciso hacer una mención especial, debido a su relevancia política, económica, y en definitiva constitucional, a los Bancos Centrales y a las Autoridades Fiscales Independientes. Instituciones a las que se les ha atribuido competencias que pertenecen al núcleo duro de la soberanía estatal (y parlamentaria) tal y como ésta viene siendo entendida desde la creación del concepto por Bodino en el siglo XVI.

En este trabajo vamos a analizar la Jefatura del Estado, –paradigma del poder neutro conforme a la categoría forjada por Constant hace dos siglos– el único que se configura como un auténtico poder inserto en la estructura clásica de los órganos estatales. En todo caso, la relevancia de las funciones del resto de poderes neutrales actualmente existentes, aconsejaría incluir también en los Textos constitucionales (algunos ya lo hacen) a los Bancos Centrales (en su caso al Banco Central Europeo), a las Administraciones Independientes y a las Autoridades de Responsabilidad Fiscal.

3. LA JEFATURA DEL ESTADO COMO PODER NEUTRAL

Corresponde a Benjamin Constant el mérito de haber formulado por vez primera la teoría del poder neutral del Jefe del Estado⁶. Teoría que, en última instancia, sigue inspirando, dos siglos después, el diseño constitucional de la Jefatura del Estado en las Monarquías y Repúblicas de la Europa del siglo XXI.

⁵ Sobre la monarquía belga resulta fundamental, STENGERS (2008). Sobre la presidencia de la república italiana, PALADIN (1986), RESCIGNO (1978), TEBALDI (2005). Sobre las funciones del Presidente de la República Federal de Alemania: ARNOLD (1995). Sobre la posición constitucional de la Corona británica, el clásico BAGEHOT (2010).

⁶ El capítulo segundo de sus Principios de política lleva por rúbrica «de la naturaleza del poder real en una monarquía constitucional» CONSTANT (1989, 20 ss.). Pero la necesidad de este poder neutral existe también en los regímenes republicanos (véase en este sentido, el libro octavo de CONSTANT (2013, 189 ss.) que lleva por rúbrica: «Del poder neutro o preservador, necesario en todas las Constituciones». «El poder neutro es especialmente necesario en las constituciones libres, pues como estas constituciones instituyen varios poderes con cierto grado de independencia, es inevitable que surja la lucha entre ellos (...) Pero las luchas de la libertad no se calman por sí solas, y la libertad sucumbe si nadie separa a los combatientes» (ÍDEM, 200). Vid. HOLMES (1984); SÁNCHEZ-MEJÍA (1992); GARCÍA LÓPEZ (2013).

Para garantizar la libertad de los modernos construida sobre los presupuestos individualistas de la concepción burguesa, Constant (1989, 257-284) partió del axioma de que ningún poder de la tierra es ilimitado. Ferviente admirador de Montesquieu, asumió el principio de que, solo dividiendo el poder en un Poder Legislativo, un Poder Ejecutivo y un Poder Judicial, e impidiendo que la acción de cada uno de ellos interfiriera en la de los demás, es como puede garantizarse la libertad. Ahora bien, como ha subrayado Pedro de Vega (2002, 15), el acierto de Constant fue advertir de los riesgos y peligros que amenazan este equilibrio y ofrecer la necesaria garantía frente a ellos: el poder neutral del Jefe del Estado. La vocación expansiva del poder somete al principio de división del poder a un permanente doble riesgo que no se puede ignorar. Por un lado, nada impide que, movidos por la ambición, los distintos poderes se confundan y vengan a entremezclarse configurando así una gran amenaza para la libertad. Por otro lado, nada impide, tampoco que, por esa misma ambición, un poder logre imponerse sobre los demás, amenazando así igualmente la libertad. Para evitar las desastrosas consecuencias de esa doble amenaza, Constant consideró imprescindible el establecimiento de una fuerza neutral, capaz de colocar en su lugar a cada uno de los poderes, cuando espuriamente se mezclan y confunden entre sí, y con la suficiente autoridad para dirimir sus querellas cuando estén próximas a causarse daño. De esta forma, completó y perfeccionó la arquitectura constitucional construida por Montesquieu. Para que el principio de la división de poderes pueda funcionar y para que la libertad de los ciudadanos quede plenamente garantizada el Estado Constitucional no puede en modo alguno prescindir de un poder –no incluido en el sistema de Montesquieu– atribuido al Jefe del Estado –con independencia de su título–, calificado como poder neutral. La caracterización de este poder no deja de plantear dificultades. Constant, al amparo de la distinción también de Montesquieu entre facultades de estatuir y facultades de impedir, definió el poder regio como un poder de impedir y lo calificó de juez supremo de los otros poderes del Estado.

El hecho de que los Jefes de Estado de la Europa del siglo XXI no puedan ser concebidos como jueces supremos no significa que la doctrina de Constant no sea ya válida para explicar su posición constitucional. La condición de juez supremo –garante de la separación de los poderes y de los derechos fundamentales de los ciudadanos– la asumen hoy los Tribunales Constitucionales, pero estos no tienen el monopolio de la *auctoritas*. Conviene recordar que la necesidad de estos Tribunales fue advertida –sin éxito– por el maestro de Constant, el abate Sieyès, al formular su teoría sobre el poder conservador de la que es tributaria la teoría del poder neutro, aunque esto no haya sido suficientemente

destacado (cfr. Tajadura, 2014). Los Tribunales Constitucionales comparten con la Jefatura del Estado la condición de poderes neutrales –en el sentido de no partidistas– asentados sobre la *auctoritas*. Ahora bien, mientras que los Tribunales Constitucionales aúnan *potestas* y *auctoritas*, la Jefatura del Estado se asienta de modo exclusivo sobre esta última. La Jefatura del Estado es el gran referente simbólico de la unidad del Estado, y desempeña una función estabilizadora del sistema político. Esa función basada en su neutralidad es la que legitima la institución.

Las tesis de Constant siguen, por tanto, inspirando el diseño constitucional de buena parte de las Jefaturas del Estado de las naciones europeas. Esto es posible porque a la hora de afrontar los problemas políticos del turbulento mundo que le tocó vivir, Constant operó siempre con principios y categorías universales. Su teoría sólo pudo ser cabalmente comprendida en el contexto de la gran controversia que durante todo el siglo XIX enfrentó a los defensores del principio monárquico y a los partidarios de la democracia. Los planteamientos de Constant parten de una doble premisa. En primer lugar, de la convicción de que la Revolución supuso un fenómeno irreversible que hacía inviable cualquier intento de reconstruir el orden político conforme a los viejos esquemas del Antiguo Régimen. Y, en segundo lugar, que la defensa de la libertad, esto es, la garantía de la conservación de la sociedad surgida de la Revolución, era una tarea mucho más compleja de lo que la lectura de la mayoría de panfletos de la época podía hacer creer. Con esas premisas, Constant se percató de que el verdadero problema de su época no consistía en resolver un conflicto de legitimidades políticas. Y ello porque la legitimidad monárquica, como legitimidad histórica o tradicional, había resultado completamente aniquilada. De lo que se trataba era de afrontar el problema de la estructura del Estado, de la organización y articulación de sus poderes. Y, más concretamente, de determinar el lugar que el monarca (como Jefe del Estado) debía ocupar en la arquitectura del Estado Constitucional.

Había que encontrar una solución a la aparentemente irresoluble contradicción que planteaba a la teoría constitucional, la configuración jurídica del poder regio. Y ello porque al mismo tiempo que se le consideraba un poder constituido, y como tal, regulado por la Constitución, se le atribuía (junto al pueblo) el título de soberano. Dicho en otras palabras, el monarca aparecía al mismo tiempo como titular del Poder Constituyente y como un poder constituido, y de esta forma hacía inviable el Estado Constitucional que, tal y como había expuesto magistralmente quien puede ser considerado su padre fundador, el abate Sieyès, se basa en la distinción entre ambas categorías (Poder Constituyente y poderes constituidos). Los liberales doctrinarios pretendieron

resolver el dilema mediante el simple expediente de rechazar la noción de Poder Constituyente. Para Thiers o para Guizot sólo existen los poderes constituidos. Lamentablemente, la destrucción de la noción de Poder Constituyente no determinó la comprensión de todos los poderes estatales (incluido el regio) como poderes constituidos y por lo tanto limitados. Para lo que realmente sirvió fue para establecer un tipo de Estado en el que los gobernantes (tanto el Parlamento como el Rey) pudieron ejercer el poder sin ningún tipo de control, como auténticos soberanos.

En este confuso y contradictorio contexto, Constant –que también se opuso a la noción de Poder Constituyente, aunque por otras causas, entre las que ocupa un lugar central su concepto de Constitución como garantía de la sociedad y resultado, que no causa, de su evolución, y del espíritu de la época– reaccionó subrayando, por un lado, que en el Estado Constitucional no cabe ya atribuir al monarca ningún título de soberanía; y, por otro, que el monarca no puede ser reducido tampoco a la condición de un poder constituido como el resto de poderes estatales. Constant sostuvo así, por un lado, que el poder del monarca no puede, en consecuencia, ser configurado y considerado ni como Poder Constituyente ni como poder constituido, sino como un poder neutral y moderador. Y por otro, que el establecimiento de este Poder neutral es imprescindible para garantizar la viabilidad del Estado Constitucional y, en definitiva, la libertad.

«El poder real (y por tal entiendo el del jefe del Estado, sea cual sea el título que lleve) es un poder neutral (...) La monarquía constitucional crea este poder neutral en la persona del jefe del Estado. El verdadero interés del jefe del Estado no está en que uno de los poderes derroque al otro, sino en que todos se apoyen mutuamente, se escuchen y actúen en armonía» (Constant, 1989, 21-22).

Constant alumbró así un nuevo concepto de legitimidad. Y no deja de ser paradójico que el supuesto defensor del constitucionalismo monárquico, haya sido quien decretó definitivamente la defunción del principio de legitimidad monárquica tal y como venía siendo entendido desde tiempo inmemorial. El monarca ya no puede ser legitimado por la tradición o por la historia. A partir de ahora, es el ejercicio de esa función arbitral y moderadora (necesaria para garantizar la libertad) la que legitima la existencia del poder regio. Lo que quiere decir que Constant, ciertamente, salva la vigencia de la institución monárquica, pero lo hace desde la órbita y los planteamientos del constitucionalismo democrático⁷.

⁷ Como ha advertido DE VEGA (2002, 10-11), Constant fue plenamente consciente de que «no era, paradójicamente, desde la órbita y la lógica en la que operaban los paladines del principio monárquico, desde donde la Monarquía podía ser salvada, sino que tendría que ser en el ámbito de las fundamentaciones y legitimidades democráticas, donde habría que buscar su última y definitiva justificación.

Frente a los falsos debates en torno a las formas de gobierno según la clasificación aristotélica, Constant se percató de que la verdadera disyuntiva es la que enfrenta al despotismo y a la libertad. Y que el Estado Constitucional, en cuanto forma de organización política que limita el poder y garantiza la libertad, no tiene necesariamente que prescindir del Rey; lo que exige es un nuevo planteamiento de sus funciones. Por eso mismo, la meritoria y sugerente teoría de Constant es válida también para una Jefatura del Estado republicana. Esta puede y debe concebirse también como un poder neutral. La diferencia entre un presidente y un monarca no reside en su función –que es la misma– sino en el carácter hereditario o electivo. En este sentido, y partiendo siempre de la legitimidad funcional, Constant entiende que el carácter hereditario de la Monarquía supone una ventaja frente al principio electivo. La herencia garantiza mejor la independencia y neutralidad que la elección. De esta manera, el razonamiento legitimador de la Monarquía se invierte. La Monarquía no se justifica en la tradición y en el principio hereditario. La Monarquía se legitima en el ejercicio de un poder neutral, y esa neutralidad se ve favorecida por el principio hereditario. Es la función y no la herencia, la que a partir de ahora legitima la existencia de la Monarquía⁸. La herencia se justifica a su vez en las ventajas que ofrece para el desempeño de la función. A pesar de ello, Constant nunca rechazó la opción republicana y, en este sentido, su teoría sirve hoy también para explicar y comprender el papel de los presidentes de las Repúblicas parlamentarias existentes en Europa.

En última instancia, la vigencia de la doctrina de Constant reside en el hecho, sagazmente advertido por Carl Schmitt, de que la formulación del poder neutro, permitió recuperar –e introducir en el diseño del Estado Constitucional– la vieja noción romana de *auctoritas*⁹ que es la que confiere su signi-

⁸ «Origen y función de la monarquía –escribe Eloy GARCÍA (2013, 362)– son desdoblados y presentados aquí como dos supuestos separados y abocados a operar desde dos vertientes o fuentes de legitimidad nítidamente diferenciadas. Frente a la legitimidad histórica de la realeza tradicional, invocada por los monárquicos del Antiguo Régimen, se alza ahora otra nueva legitimidad constitucional de cuño estrictamente funcional que también caracteriza a los monarcas (solo a los monarcas constitucionales). Es el origen no electivo de la institución lo que permite su funcionamiento neutral, pero a la vez, e invirtiendo los términos de la relación institución-actividad material, sólo ese funcionamiento neutral –inherente al origen no electivo del Rey– es capaz de deparar a la vieja institución de la Corona la legitimidad que requiere para sobrevivir».

⁹ «Para la historia de los conceptos políticos de naturaleza teórica –advierte Carl SCHMITT (1983, 217)– considero de especial interés el hecho de que la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, que a mi juicio es una de las divisiones cardinales del pensamiento político europeo, se reconozca también en esta teoría de Constant». Schmitt utilizó las tesis de Constant para justificar su doctrina del Jefe del Estado como defensor de la Constitución [«Como ya sabía Constant esa función neutral es en dicho Estado un *pouvoir préserveur*» (ÍDEM, 220)], coherente con una concepción plebiscitaria de la democracia entendida como democracia de la identidad, que la práctica confirmó sólo puede conducir a la dictadura. Y ello

ficado y sentido a la Jefatura del Estado como institución. «Frente al poder basado en la fuerza, apartado de los ciudadanos y convertido en peligro continuo para la libertad, el pensador francés apelaba a un poder asentado en la *auctoritas* que, institucionalizado por primera vez en Roma, nunca dejó de ser el motor utópico de toda la historia del pensamiento político» (De Vega, 2002, 21). Fue efectivamente en Roma –nos recuerda Pedro de Vega– donde en la época republicana, y ante los peligros y amenazas que implicaba un poder basado sólo en la fuerza, se procedió a la distinción entre las magistraturas investidas de *imperium* y *potestas*, y el Senado como institución simbólica de la *auctoritas*. Mientras las primeras, herederas de las viejas concepciones castrenses del mando y del dominio, aparecían como portadoras de potestades capaces de ejercitar la violencia y la coacción, se presentaba el Senado, como una especie de poder vicario que, incapaz de dar órdenes y establecer mandatos, sólo podía emitir consejos. Pero asentada su *auctoritas* en el acercamiento entre el pueblo y el poder se produjo el portento, advertido y subrayado por Mommsen (1999, 552 ss.), de que su poder simbólico y vicario, lejos de contemplarse como el resto de los poderes, desde la distancia y el temor, fuera visto como expresión de un prestigio y dignidad tales que nadie podía decentemente incumplir sus consejos. En este sentido el Senado pasó a cumplir la función de «instancia salvadora de la unidad y continuidad de Roma como totalidad histórica» (De Vega, 2002, 21), que ninguno de los otros poderes podía satisfacer¹⁰.

En los Estados constitucionales contemporáneos, los símbolos revisten un valor indiscutible y la *auctoritas* sigue cumpliendo una función indispensable como factor de legitimidad (cfr. García Pelayo, 1964 y 1983). García Pelayo al analizar la organización constitucional de los Estados Unidos –paradigma de la racionalización democrática– puso de manifiesto cómo los diferentes poderes constituidos no han dejado nunca de disputarse entre sí los atributos de la *auctoritas*, siendo el Poder Judicial el vencedor en esa pugna¹¹.

En todo caso, lo cierto es que la lectura de los títulos correspondientes a la Jefatura del Estado, en las Constituciones europeas hoy vigentes, nos confirma la vigencia de las enseñanzas de Constant. Su comprensión de la Jefatura del Estado como una institución asentada sobre la *auctoritas* y como refe-

porque el supuesto poder neutro del Jefe del Estado se convierte, en la teoría de Schmitt, en un poder soberano o absoluto, que es justamente lo que Constant (y antes que él, Sieyès) siempre combatió.

¹⁰ La teología política medieval construyó después sobre estas bases la teoría de los dos cuerpos del Rey: junto al cuerpo físico existía un cuerpo político que, por contener el Estado y la dignidad real, no podía morir nunca (cfr. KANTOROWICZ, 2012).

¹¹ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos es el órgano que cumple esa función salvadora de la unidad y continuidad de la República que en Roma desempeñó el Senado.

rente simbólico de la unidad y la continuidad del Estado está presente en la mayor parte de los textos constitucionales europeos¹².

Y lo está también en la praxis o realidad constitucional de dichos Estados. La actuación del Rey de los Belgas en 2011, la del presidente de la República italiana, en 2011 y 2018, y la del Rey de España en 1981 y 2017, se configuran como significativos ejemplos extraídos de la praxis política y de la realidad constitucional europea que confirman plenamente la actualidad de las tesis de Constant.

En 2011, Bélgica se enfrentaba a una doble crisis. Por un lado, a un cuestionamiento de su identidad nacional como consecuencia de las graves tensiones surgidas entre las comunidades flamenca y valona. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la fragmentación de las fuerzas políticas con criterios no sólo ideológicos sino también identitarios hizo imposible la formación de una mayoría estable en el Parlamento resultante de las elecciones de 2010. Como resultado de ello, Bélgica estuvo 589 días sin gobierno. La hábil gestión de la crisis por parte del Rey Alberto II, quien ejerció de forma paradigmática la función arbitral propia del poder neutro y moderador, permitió formar un gobierno de unidad y preservar la unidad del Estado¹³.

Finalmente, cuando se cumple un siglo del final de la primera guerra mundial, (primer episodio de la guerra civil europea que entre 1914 y 1945 condujo al suicidio europeo) no está de más recordar que las últimas investigaciones sobre el trágico y decisivo julio de 1914 han puesto de manifiesto el papel moderador desempeñado (sin éxito) por los monarcas europeos. Si la decisión hubiera sido suya, la guerra tal vez no se habría producido. Es sabido que un anciano Francisco José, deprimido y mal informado, firmó lo que Berchtold le puso delante. El káiser Guillermo II, por su parte, anuló en dos oca-

¹² Baste recordar cómo ha sido subrayada su influencia tanto sobre el constituyente español de 1978 como sobre el portugués de 1976, lo que pone de manifiesto la tesis que defendemos: su idoneidad para una cabal comprensión de la Jefatura del Estado sea esta republicana o monárquica. Sobre la proyección del pensamiento de Constant y sobre su utilidad para una correcta comprensión de la posición de la Corona en la Constitución española de 1978, valgan las palabras de Pedro DE VEGA (2002, 8-9): «la doctrina del poder moderador, surgida como resultado de la polémica de fondo que recorrió buena parte del siglo XIX, y sin cuyo referente temporal resultaría, como es obvio, ininteligible, si sigue teniendo relevancia en la actualidad es precisamente porque nos enfrentamos ahora a la definición de la Jefatura del Estado desde idénticos presupuestos a los adoptados por Constant, y cuyo recordatorio se hace inicialmente obligado, no sólo para entender al pensador francés, sino para ofrecer una visión correcta de la primera institución de nuestro ordenamiento constitucional». Y sobre la influencia en el constitucionalismo luso brasileño, CALDEIRA (2016), que considera la doctrina de Constant «fundamental para a compreensão do estatuto jurídico-político do Chefe de Estado nos nossos dias (...) representando uma ideia-chave na configuração do papel *arbitral* do Presidente da República e, conseqüentemente, na arquitetura do sistema de governo estabelecido pela actual Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976».

¹³ Las tensiones territoriales que sufre Bélgica potencian la relevancia de la función integradora de la Monarquía belga. Lo mismo ocurre en el caso de España (cfr. ARAGÓN REYES, 2013, 777 y ss.).

siones la orden de movilización dictada por su Jefe del Estado Mayor, Moltke. Ante la insistencia de éste, a la tercera, el káiser cedió (cfr. Clark, 2014 y Macmillan, 2014). Finalmente, en su obra sobre Julio de 1914, McMeekin (2013) reproduce una escena desgarradora en la que Sazonov se enfrenta al zar Nicolás II que, con toda razón, se resistía a firmar el ukase de movilización general: «no seré el responsable de una masacre» respondió a su ministro. En los últimos días de aquel aciago mes de julio de hace un siglo, el zar y el káiser –monarcas teóricamente titulares de un poder casi absoluto– se intercambiaron misivas (telegramas Nicky-Willy) con la esperanza de alcanzar un arreglo y evitar la conflagración¹⁴.

Como sagazmente ha subrayado el profesor Eloy García (2013, 365), uno de los constitucionalistas que mejor ha comprendido el pensamiento de Constant, la tesis de que la función arbitral –moderadora y preservadora– «puede llegar a ser desarrollada, incluso de mejor manera, por un rey que desempeña una magistratura hereditaria que cuando el cargo ha sido provisto a través del sistema de elección republicana, comporta, también, otra implicación que refuerza aún más la lucidez de pensamiento que en todo momento acompañó a Constant. Y es que, a través de esta construcción, Constant se demostraba capaz de atisbar por donde irían a discurrir las tensiones que en lo sucesivo amenazarían la estabilidad institucional de un Estado Constitucional basado en la alternancia y en un fuerte conflicto ideológico. La idea de un Estado políticamente neutral frente a los partidos y las ideologías se encuentra inteligentemente intuida en la obra de Constant (...) y esto sirve tanto para los poderes neutrales como para las autoridades independientes del derecho administrativo». Efectivamente, un siglo después, Carl Schmit retomó los planteamientos de Constant en sus trabajos sobre el significado de la idea de neutralidad en la política. Los estudios realizados durante los últimos treinta años sobre la neutralidad del poder responden de una u otra forma al desarrollo genealógico de la categoría construida por Constant. Esto vale para las Administraciones Independientes surgidas en el Derecho Público Europeo (y norteamericano) en las últimas décadas, y muy singularmente para los Bancos Centrales y las Autoridades Fiscales Independientes.

¹⁴ Estos hechos y otros que se podrían traer también a colación, ponen de manifiesto la dimensión internacional de la función arbitral y moderadora del Jefe del Estado. La praxis del Derecho Internacional contemporáneo ofrece abundantes ejemplos que confirman las importantes tareas de mediación llevadas a cabo por Jefes de Estado y también ex Jefes de Estado (que una vez expirado su mandato conservan íntegra su *auctoritas*). Sobre las funciones diplomáticas de los Jefes de Estado: VILARIÑO (2001, 293-326). Sobre los ex Jefes de Estado: COOPER: (2015).

Nuestros dos países, España e Italia, ofrecen ejemplos muy ilustrativos de la relevancia de la función arbitral y moderadora de la Jefatura del Estado en cuanto titular de un poder neutral.

4. LOS CASOS DE ESPAÑA E ITALIA

En el caso concreto de España, el insigne jurista italiano, Giorgio Lombardi (1979), fue el primero en advertir y subrayar la posición del Rey como «poder neutral» vinculada a la función de defensa de la Constitución. Dos años después, lo ocurrido el 23 de febrero de 1981, confirmó esa pionera interpretación. Como es sabido, el 23 de febrero de 1981, mientras en el Congreso de los Diputados se estaba celebrando la votación para la investidura de Leopoldo Calvo-Sotelo como presidente del Gobierno –tras la dimisión de Adolfo Suárez–, un grupo de guardias civiles al mando del Teniente Coronel Tejero –en connivencia con los generales Armada y Milans del Bosch– asaltó la Cámara y retuvo a todos sus integrantes, incluidos la totalidad de los miembros del Gobierno entonces en funciones. Se produjo una situación insólita en la que los dos principales poderes políticos del Estado, el Congreso de los Diputados y el Gobierno, fueron secuestrados por un grupo de militares rebeldes. Difícilmente se puede imaginar una perturbación mayor del funcionamiento de las instituciones. Ante esa situación de anormalidad, de vacío de poder, y de crisis existencial del régimen, en la madrugada, el Rey Juan Carlos I se dirigió por televisión a la nación para confirmar su compromiso con la democracia constitucional y para conminar a los militares rebeldes a que depusieran su actitud. Al margen de las múltiples interpretaciones que se han hecho de aquellos dramáticos acontecimientos, la actuación del Jefe del Estado salvó la Constitución y facilitó el restablecimiento del orden constitucional.

Reproduzco, por su interés, la cita de Lombardi (2009, XLVIII-XLIX) en la que comenta este episodio: «otro ejemplo distinto, sería lo acaecido en España el 23 de febrero de 1981, durante el intento de golpe de Estado protagonizado por el teniente coronel Tejero, cuando el rey actuó, con éxito absoluto, como defensor de la Constitución, algo que debo decir, ya apunté con anticipación en mi comentario a la Constitución española de 1978 (...) el Rey de España es la figura institucional que cuenta con menos poderes efectivos (...) Ello no obstante, al rey se le atribuye, en la Constitución española, un papel de integración político-constitucional, y es sobre este papel sobre el que se ha apoyado la actividad del monarca como defensor y garante. Pero si profundizamos un poco más en el marco en que el rey desarrolla dicha actividad y en

los resultados obtenidos, es necesario decir que, en aquel momento en España, la Constitución fue salvada en su integridad por la intervención del monarca»¹⁵.

Treinta y seis años después, Felipe VI –hijo y sucesor del Rey Juan Carlos I– protagonizó otra actuación decisiva para la salvaguarda de la Constitución en su condición de «poder neutral». Actuación que se produjo en el contexto del golpe de Estado¹⁶ (civil) perpetrado por los poderes públicos catalanes los días 6 y 7 de septiembre de 2017. Esos días, en flagrante violación de la Constitución, del propio Estatuto de Autonomía, del Reglamento del Parlamento de Cataluña, y de los principios democráticos más elementales, las fuerzas políticas separatistas del Parlamento catalán decidieron derogar de forma unilateral la Constitución española en Cataluña y reemplazarla por una Constitución provisional (texto de corte autoritario) condicionada a la celebración de un referéndum de autodeterminación a celebrar el 1 de octubre. A pesar de su prohibición, los secesionistas intentaron celebrar el referéndum provocando enfrentamientos graves con las fuerzas de seguridad y proclamaron su victoria. Los días 2 y 3 de octubre convergieron en Cataluña dos legalidades, la constitucional –legítima– y la impuesta por los separatistas –ilegítima–. El riesgo de que la segunda se impusiera por la vía de los hechos (principio de efectividad) alcanzó niveles dramáticos dado que el Gobierno no reaccionó. La parálisis del Estado fue tal que Felipe VI tuvo que dirigirse a la nación por televisión para tranquilizar a la opinión pública confirmando –como había hecho su padre 36 años atrás– su compromiso con la Constitución, denunciar la «deslealtad» de los políticos independentistas catalanes, e instar y apelar a «los poderes legítimos del Estado» a que actuaran para restablecer el orden constitucional violentado. A pesar de los intentos del Gobierno para evitar el discurso, el Rey lo pronunció¹⁷. Su intervención fue decisiva en tanto en cuan-

¹⁵ La decisiva intervención del General Sabino Fernández Campo no resta valor a la fuerza del argumento. Para una exposición completa, detallada y rigurosa de las entrañas de los diversos golpes que convergieron el 23 de febrero de 1981 y de las causas de su fracaso, CERCAS (2009). Ahora bien, el caso español es muy distinto del francés (V República). Y es en esa comparación donde se percibe el error fundamental cometido por Schmitt. Para que el Jefe del Estado pueda configurarse como un defensor efectivo de la Constitución es preciso que tenga cuantos menos poderes mejor y, sobre todo, resulta siempre preferible que no sea directamente elegido por los ciudadanos ni a través de los partidos políticos. Y ello porque es precisamente esa ausencia de poderes efectivos y ese carácter no electivo los que pueden fundamentar más sólidamente la verdadera neutralidad del Jefe del Estado. Neutralidad sobre la que reposa una *auctoritas* que permite atribuir al Jefe del Estado funciones de defensa de la Constitución en situaciones extraordinarias.

¹⁶ Golpe de estado en sentido jurídico según la caracterización de Kelsen: pretensión de sustituir, prescindiendo del procedimiento establecido, esto es, de modo ilegítimo, un ordenamiento jurídico por otro.

¹⁷ Por imperativo constitucional todos los actos del Rey requieren del refrendo del Gobierno. En la medida en que, tras el discurso regio, el Presidente del Gobierno no presentó su dimisión, cabe entender que tácitamente lo refrendó.

to fue el detonante para que el Gobierno –previa autorización del Senado– depusiera al Gobierno rebelde y asumiera el control de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Felipe VI salvó así la Constitución.

Resulta obligado añadir que esta actuación de Felipe VI no sólo le granjeó la animadversión de los separatistas, sino que fue criticada por algunos con el argumento de que el Rey violó su neutralidad. Frente a este tipo de críticas, conviene precisar el alcance de la obligación de «neutralidad política» y distinguir poder neutral de poder neutralizado. La neutralidad que se predica del Jefe del Estado lo es respecto a los partidos e ideologías representados en las Cortes, pero el Rey (por su propia función y juramento prestado) no puede ser neutral o equidistante entre quienes pretenden destruir la Constitución y quienes aspiran a salvaguardarla. Un Rey neutral no es un rey neutralizado.

También en Italia encontramos actuaciones del Jefe del Estado que han resultado fundamentales para garantizar la supervivencia del Estado Constitucional. Resulta paradigmática, en este sentido, la actuación del presidente italiano, Giorgio Napolitano, cuando evitó el colapso institucional y la quiebra económica del Estado. En 2011 como consecuencia de la nefasta gestión política y económica de Silvio Berlusconi, y ante la polarización y fragmentación del Parlamento, el Jefe del Estado, en ejercicio de su función arbitral y moderadora, impulsó el relevo de Berlusconi y su sustitución por Mario Monti. Napolitano logró que las Cámaras respaldaran a su candidato y con Monti como Primer Ministro, las instituciones republicanas recuperaron su normal funcionamiento. Y los ciudadanos recuperaron una libertad amenazada por un Berlusconi que si bien había sido legitimado por las urnas actuaba en contra de los principios básicos del Estado de Derecho.

Más recientemente, el sucesor de Napolitano, Sergio Mattarella ha desempeñado un papel crucial para evitar un sesgo excesiva y peligrosamente antieuropeo en la formación del gobierno surgido de las elecciones de 2018.

Los ejemplos de España e Italia ponen de manifiesto la necesidad de que la Jefatura del Estado sea configurada constitucionalmente como un poder neutral e independiente de los partidos políticos. Con independencia de la forma monárquica o republicana de la Jefatura del Estado, la neutralidad del titular de esta institución es indispensable para el correcto desempeño de su función arbitral y moderadora¹⁸. Tanto en España como en Italia, el Jefe del

¹⁸ El monarca parlamentario reina, pero no gobierna. ¿En qué consiste reinar sin gobernar? Antonio TORRES DEL MORAL, uno de los más cualificados estudiosos y expertos en la teoría y la praxis de la Monarquía parlamentaria lo explica así (2012, 341): «en ejercer una magistratura de autoridad e influencia, una magistratura equilibradora, simbólica e integradora, una magistratura que goza de la confianza del pueblo. De ahí su óptima situación para animar, advertir, estimular, sugerir, aconsejar, lubricar el funcio-

Estado es titular de un poder neutral. Aunque la forma de acceder al cargo y la enumeración de sus poderes varíe notablemente, en ambos ordenamientos, el Jefe del Estado actúa como defensor de la Constitución. En España, la sucesión hereditaria es la mejor garantía de neutralidad política, y el Rey carente de *potestas*, es decir, de poderes efectivos, sólo cuenta con su *auctoritas* para llevar a cabo la defensa de la Constitución. En Italia, la designación del Jefe del Estado por mayorías parlamentarias amplias refuerza su legitimidad (que es menor cuando es designado por mayorías partidistas ajustadas¹⁹), y sus poderes arbitrales pueden activarse en casos de crisis del sistema parlamentario como las arriba comentadas.

5. CONSIDERACIONES FINALES: PODERES NEUTRALES Y ESTABILIDAD POLÍTICA

a) El objeto de mi contribución a este IV Congreso ítalo-español ha sido poner de manifiesto la vigencia y actualidad de la categoría constitucional de «poder neutro», formulada por Constant hace dos siglos. En el contexto de una lúcida Teoría Constitucional en la que la Constitución es concebida, ante todo, como garantía, (de supervivencia de la sociedad surgida de la Revolución) y para neutralizar el concepto revolucionario de soberanía, Constant construyó una teoría de la Jefatura del Estado como poder neutral que, de una u otra suerte, se proyecta hoy en la mayor parte de las Constituciones europeas (y, por lo que a nosotros interesa, en las de España e Italia).

Los textos constitucionales de la Europa del siglo XXI son tributarios de los esquemas trazados por Constant, y crisis político-constitucionales como las vividas en Italia en 2011 o 2018 y en España en 1981 o 2017 fueron encauzadas y resueltas a través del ejercicio de funciones arbitrales por parte del Jefe del Estado. El hecho de que, en un caso, se tratara de un presidente electo por las Cámaras y, en el otro, de un monarca hereditario no afecta en nada al significado y alcance de su intervención.

b) Por otro lado, hemos advertido también, cómo la categoría ha experimentado una notable expansión en la medida en que en el seno de los orde-

namiento de la máquina del Estado y permeabilizar todas las instituciones, de manera que puede influir en la política sin tomar parte activa en ella y estando siempre sobre las partes en liza, sean partidos u órganos estatales». En definitiva, la Corona se configura como un poder neutral asentado sobre la *auctoritas*.

¹⁹ La neutralidad presidencial se refuerza cuando el elegido no se identifica con un partido político. Desde esta óptica, hay que subrayar que los Presidentes arriba mencionados, Napolitano y Mattarella, no pertenecían en el momento de su elección a ningún partido y se presentaron, por tanto, como candidatos «independientes».

namientos europeos han surgido nuevas instituciones que responden al diseño de un poder neutral –y que por razones de espacio no podemos desarrollar–: desde las Administraciones Independientes hasta las Autoridades Fiscales pasando por los Bancos Centrales. La neutralidad de todas estas instituciones es necesaria para garantizar la efectividad y vigencia de una serie de principios y reglas que son fundamentales para el funcionamiento del sistema económico e inciden notablemente en la vida y en la libertad de los ciudadanos. En el caso de los Bancos Centrales, estos asumen atributos propios de la soberanía como el dar valor a la moneda y, por lo que se refiere a las Autoridades Fiscales, asumen funciones de control de la potestad presupuestaria.

c) La existencia de esta tipología de poderes neutrales en la mayor parte de los Estados europeos obliga a replantearnos el significado del principio de división de poderes en el constitucionalismo europeo del siglo XXI. Este adquiere un nuevo alcance en la medida en que implica la necesidad de configurar poderes al margen de los partidos políticos, e independientes por tanto de los clásicos poderes constituidos. La independencia de estos poderes neutrales se legitima por la función que realizan: el Jefe del Estado desempeña una función integradora y moderadora del sistema político en su conjunto, el Banco Central vela por la estabilidad de los precios y supervisa el funcionamiento del sistema financiero, la Autoridad Fiscal vela por el equilibrio de las finanzas públicas. Estas funciones –imprescindibles para la sostenibilidad del sistema político y económico– requieren ser ejercidas por poderes independientes, y capaces de imponer el respeto a las reglas, tanto a los partidos políticos como a los intereses y grupos privados. Lo que los poderes neutrales persiguen es evitar tanto el colapso de los poderes públicos, como la colonización del Estado por intereses particulares. Su legitimidad reside en la función que desempeñan.

d) Las funciones que desempeñan todos estos poderes neutrales guardan relación con un concepto que está en la base de la formación del Estado moderno (cfr. Skinner, 2012) y que ha adquirido en los últimos tiempos una extraordinaria relevancia: el concepto de estabilidad. Desde esta óptica, la inclusión en algunos Textos constitucionales europeos –como el nuestro– del concepto de estabilidad presupuestaria debe entenderse en el contexto de un marco más amplio en el que lo que se busca es la estabilidad sin adjetivos²⁰. La estabilidad presupuestaria no es un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la estabilidad económica, y la Europa constitucional sabe

²⁰ No se debe confundir estabilidad con inmovilismo. Los sistemas constitucionales son dinámicos y a su evolución contribuye tanto el instituto de la reforma constitucional como la interpretación llevada a cabo por los Tribunales Constitucionales. Las reformas constitucionales como instrumentos de defensa del Texto constitucional contribuyen también a la estabilidad.

bien –por la trágica experiencia de los años 30– que la estabilidad económica es un presupuesto de la estabilidad política. Estabilidad presupuestaria, estabilidad económica y estabilidad política forman así una tríada en la que sus componentes resultan inescindibles. Todos los poderes neutrales –y singularmente la Jefatura del Estado que hemos examinado– están al servicio de la estabilidad. Su neutralidad –respecto a los partidos políticos, al resto de los poderes públicos, y a los formidables poderes privados que operan en el contexto de la globalización– es la mejor garantía para que puedan hacer frente con éxito a los múltiples problemas que se ciernen sobre el Estado constitucional y que amenazan con desestabilizarlo tanto desde el punto de vista económico como político.

e) Desde un punto de vista político, la Jefatura del Estado tanto en las Monarquías como en las Repúblicas parlamentarias se configura como el referente último de la unidad y de la integración del sistema cuando este se ve desgarrado por fuertes tensiones ya sean de cariz partidista o territorial. Las monarquías belga y española cumplen en este sentido una función de integración de extraordinaria relevancia ante los desafíos secesionistas de Flandes o Cataluña. La presidencia de la República evitó el colapso del sistema político italiano en 2011.

f) Desde el punto de vista económico, las funciones de los poderes neutrales dotados de potestades de supervisión y control de distintos sectores estratégicos de la economía se ven potenciadas en el marco del Estado regulador que se impone hoy en Europa. Y revisten una especial trascendencia en el contexto de unas sociedades en las que el riesgo es un elemento definitorio de las mismas (cfr. Beck, 2006). Para hacer efectivo el principio de libre competencia, garantizar el correcto funcionamiento de los mercados, velar por la aplicación de las reglas sustantivas de los distintos sectores estratégicos de la economía (energía, telecomunicaciones, seguros, etc.) y, en definitiva, limitar a los poderes privados, las Administraciones Independientes deben contar con un estatuto que garantice al mismo tiempo su especialización y su neutralidad. Sería conveniente que los textos constitucionales se hiciesen eco de ellas, como ya lo han hecho los de Portugal y Grecia.

g) De entre todas estas Administraciones Independientes reviste una importancia especial el Banco Central en tanto se le atribuye una potestad directamente vinculada a la soberanía como es la de dar valor a la moneda. En el caso de los países de la eurozona dicha potestad la ostenta el Banco Central Europeo. En este ámbito, la configuración de los bancos centrales como instituciones independientes del gobierno ha cumplido el objetivo que se perseguía, y el fantasma de una inflación desbocada ha desaparecido por completo

de Europa. La estabilidad de los precios y, por ende, de la moneda está hoy plenamente garantizada. Por todo ello, sería conveniente incluir en los textos constitucionales que no lo han hecho esta institución.

h) Finalmente, la mayor parte de los Estados europeos se ha dotado de un nuevo poder neutral cuya misión es velar por el respeto a un nuevo principio constitucional: la estabilidad presupuestaria. Este nuevo poder que, tras la exitosa experiencia sueca se ha ido generalizando en Europa, reviste la forma de Consejos de Política Fiscal o Autoridades de Responsabilidad Fiscal. También deberían ser incluidos en los Textos constitucionales.

i) La inclusión en los textos constitucionales de las Administraciones Independientes, los Bancos Centrales y las Autoridades de Responsabilidad Fiscal contribuiría a disipar las dudas sobre su constitucionalidad y, sobre todo, debería servir para establecer un diseño que limitase el margen de configuración del legislador, obligándole en todo caso, a respetar los principios de especialización y autonomía. En definitiva, de lo que se trata es de evitar la colonización de estas instituciones por los partidos políticos.

j) La gran lección que nos transmitió Constant hace dos siglos fue que la legitimidad democrática no basta ni para garantizar la libertad ni para asegurar la unidad y la continuidad del Estado. Y, en definitiva, resulta insuficiente para que la Constitución pueda configurarse como lo que realmente es, una garantía. Para lograr esos fines es necesario incluir en la arquitectura constitucional, modificando el esquema clásico, una serie de poderes neutrales. Poderes cuya legitimidad reside, en última instancia, en la función que cumplen (cfr. Rosanvallon, 2010). Esta legitimidad funcional no sólo no es incompatible con la legitimidad democrática sobre la que se fundamenta el Estado Constitucional representativo, sino que resulta imprescindible para garantizar su conservación. Los Estados constitucionales europeos del siglo XXI requieren del concurso de toda una serie de poderes neutrales para garantizar su estabilidad económica y política. Instituciones que deben permanecer al margen de la lógica de los partidos y gozar de independencia respecto a los poderes públicos y privados. Desde esta óptica, los poderes neutrales se integran en el marco de la democracia representativa y contribuyen a su perfeccionamiento, eliminando del ámbito de la confrontación partidista las grandes cuestiones relativas a la estabilidad del sistema.

k) Cuando, por primera vez en la historia, tras las victorias de Trump y del Brexit, el riesgo de fragmentación política de Occidente es real, conviene recordar las palabras que pronunciara hace sesenta y cinco años Albert Camus en su conmovedor discurso con motivo de la recepción del Premio Nobel de Literatura y en el que advertía, refiriéndose a las personas de su generación,

que la tarea a la que nos enfrentamos no es crear un mundo nuevo sino evitar que el que tenemos se descomponga. Para evitar la descomposición de nuestro mundo constitucional y preservar la estabilidad de los Estados Constitucionales, y de la Unión Europea, y, en definitiva, para salvaguardar la libertad, es imprescindible contar con los poderes neutrales, reforzar su independencia, garantizar su correcto funcionamiento e incluirlos en la arquitectura constitucional. Arquitectura que será europea o no será (cfr. Requejo, 2016).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÓN REYES, M. (2013), *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid: CEPC.
- (1995), *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- ARNOLD, V. R. (1995), «L'election et les compétences du président fédéral allemand», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n. 2, pp. 303 y ss.
- BAGEHOT, W. (2010), *La Constitución inglesa (con Estudio preliminar de J. Varela)*, Madrid: CEPC, trad. del inglés de A. Posada.
- BECK, U. (2006), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós.
- BEL I QUERALT, G. (2000), «Liberalización y competencia», *Claves de Razón Práctica*, n. 105, pp. 23-29.
- CALDEIRA, M. (2016), *O poder neutro de Benjamin Constant e o constitucionalismo português*, Lisboa: Chiado.
- CARPIZO, J. (1999), «El poder: su naturaleza, su tipología y los medios masivos de comunicación», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Tomo XXXII, Nueva Serie, n. 96, UNAM, México, pp. 743-764.
- CERCAS, J. (2009), *Anatomía de un instante*, Madrid: Random House.
- CLARCK, C. (2014), *Sonámbulos. Cómo Europa fue a la Guerra de 1914*, Madrid: Galaxia Gutenberg.
- CONSTANT, B. (2013), *Una Constitución para la República de los Modernos (fragmentos de una obra abandonada sobre la posibilidad de una Constitución Republicana en un gran país)*, Madrid: Tecnos.
- (1989), *Escritos políticos*, Madrid: CEC.
- COOPER, A. F. (2015), *Diplomatic Afterlives*, Londres, Polity Press.
- DE VEGA, P. (2002), «El poder moderador», *Revista de Estudios Políticos*, n. 116, pp. 7-24.
- GARCÍA LÓPEZ, E. (2013), «Estudio de contextualización: Benjamin Constant: la ambición de redactar la primera gramática constitucional de los modernos» en CONSTANT, B., *Una Constitución para la República de los Modernos (fragmentos)*

- tos de una obra abandonada sobre la posibilidad de una Constitución Republicana en un gran país*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA PELAYO, M. (1964), *Mitos y símbolos políticos*, Madrid: Taurus.
- (1983), *Idea de la política y otros escritos*, Madrid: CEC.
- (1986), *El Estado de partidos*, Madrid: Alianza Editorial.
- GARRIDO LÓPEZ, C., y SÁENZ ROYO, E. (coords.) (2016). *La reforma del Estado de partidos*, Madrid: Marcial Pons.
- HOLMES, S. (1984), *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism*, New Haven: Yale University Press.
- KANTOROWICZ, E. (2012), *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid: Akal.
- LOBARDI, G. (1970). *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli.
- (1979), *La Nuova Costituzione di Spagna*, Torino: Giappichelli.
- (2009) «Estudio preliminar», en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, Trad. de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie.
- MACMILLAN, M. (2014), *1914. De la paz a la guerra*, Madrid, Turner.
- McMEEKIN, S. (2013), *July 1914: Countdown to War*, New York: Basic Books.
- MOMMSEN, T. (1999), *Compendio de Derecho Público Romano*, Pamplona: Analecta Editorial.
- PALADIN, L. (1986), «Presidente della Repubblica», en *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè.
- RAMÍREZ JIMENEZ, M. (1994), «Partidos políticos en España: Hegemonía constitucional, práctica política y crisis actual» en AA. VV. *Régimen jurídicos de los partidos políticos y Constitución*, Madrid: CEC.
- REQUEJO, J. L. (2016), *El sueño constitucional*, Oviedo: KRK.
- RESCIGNO, G. U. (1978), «Il Presidente della Repubblica», en G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano.
- ROSANVALLON, P. (2010), *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Barcelona: Paidós.
- SÁNCHEZ-MEJÍA, M. L. (1992), *Benjamin Constant y la construcción del liberalismo postrevolucionario*, Madrid: Alianza Editorial.
- SCHMITT, C. (1983), *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos.
- SKINNER, Q. (2012), *El nacimiento del Estado*, Buenos Aires: Editorial Gorla.
- STENGERS, J. (2008), *L'action du Roi en Belgique depuis 1831: Pouvoir et influence*, 3.^a edición, Bruxelles: Racine.
- TAJADURA TEJADA, J. (2014), «El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès: un precedente de la justicia constitucional en Europa», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, pp. 2807-2837.
- (2004), *Partidos Políticos y Constitución*, Madrid: Civitas.
- TEBALDI, M. (2005), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna: Il Mulino.

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

TORRES DEL MORAL, A. (2012), *Estado de Derecho y democracia de partidos*, 4.^a edición, Madrid: Universitas.

VALADÉS, D. (2005), *El control del poder*, Buenos Aires, Ediar.

VILARIÑO, E. (2001) «La diplomacia directa: su alcance y valor actual», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Vitoria-Gasteiz 2000*, Madrid, Tecnos, pp. 293-326.

SISTEMI PARLAMENTARI A CONFRONTO: ITALIA, GERMANIA, SPAGNA. TRA CRISI POLITICHE E NODI COSTITUZIONALI

GINEVRA CERRINA FERONI*
Università degli studi di Firenze

SOMMARIO: 1. Italia, Germania, Spagna: le reciproche contaminazioni. 2. La forma di governo spagnola: più Bonn che Roma. 3. Il dibattito sulle riforme. 4. L'evoluzione più recente. 5. Verso una conclusione. 6. Riferimenti bibliografici.

1. ITALIA, GERMANIA, SPAGNA: LE RECIPROCHE CONTAMINAZIONI

Rappresenta un'occasione speciale che in uno stesso lasso di tempo si celebrano il 40° anniversario della Costituzione spagnola, il 70° anniversario della Costituzione italiana e di quella tedesca. Costituzioni che sono nate all'esito di transizioni da regimi autoritari a democrazie liberali e pluraliste. Tutte condividono una primaria funzione sociale riconciliativa, nonché l'essere state frutto di compromessi necessari ad accompagnare il Paese fuori dai fantasmi del proprio passato. Esperienze che rappresentano modelli di democrazia in Europa, dove per democrazia intendiamo legittimazione democratica degli organi governanti ed equilibrio tra i poteri, perché senza la prima si va

* Ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato.

all'oligarchia, senza il secondo si va al populismo plebiscitario. Tutte e tre le esperienze hanno associato al concetto di democrazia un significato proattivo ed uno protettivo. Il primo, proattivo, volto a favorire il processo democratico ed il perseguimento degli obiettivi della Costituzione, con il suo sistema di valori; il secondo, protettivo, che si sostanzia nella difesa da minacce esterne e interne (sono infatti democrazie protette, o democrazie che si difendono) e nel potenziamento dei meccanismi di garanzia, *in primis* le Corti Costituzionali¹.

Il rapporto che lega Italia e Germania è da sempre intenso. Un lungo «matrimonio», come è stato definito, che si è sviluppato in «luoghi» molto diversi (Rusconi, 2003): dalla politica alla letteratura, dallo sport all'arte, dalle relazioni economiche al diritto. E, come tutti i matrimoni che durano negli anni, fatto di alti e di bassi, di luci e di ombre. Vero è che il confronto con il mondo tedesco è sempre stato importante per l'Italia. Per restare al diritto, è d'obbligo ricordare che il riferimento all'esperienza tedesca costituisce per i giuristi italiani un richiamo naturale, perlomeno a partire dall'opera di Vittorio Emanuele Orlando. Le indagini storiche sull'opera orlandiana, così come sulle vicende della giuspubblicistica italiana, hanno infatti ben evidenziato l'influenza della dogmatica giuridica tedesca sulla scienza giuridica italiana. Così come ben conosciute sono le suggestioni provocate in Italia dalla Costituzione weimariana del 1919 sia nel periodo tra le due guerre, sia successivamente e, soprattutto, negli anni della Assemblea Costituente (Sbailò, 2007; Lanchester, 2009; Ridola, 2016). Ma anche nel sessantennio e più di vigenza della Legge Fondamentale tedesca il c.d. «modello Germania» è stato a più riprese evocato nelle discussioni sulle riforme costituzionali da introdurre in Italia: si pensi ai temi più noti, quali quello dell'assetto federale dello Stato e della forma di governo (RIDOLA, 2011). Insomma, vi è stato un interesse da parte delle élites politico-culturali italiane per l'organizzazione istituzionale tedesca davvero rilevante (comunque decisamente maggiore rispetto a quello, speculare, che le élites politico-culturali tedesche hanno mostrato nei confronti del nostro Paese). Certo è che nel momento di crisi economica, come quella che ha vissuto (e in parte sta vivendo) l'Italia, il confronto con il modello tedesco diventa oltreché obbligato, anche assai temibile. La dice lunga il fatto che la nostra affidabilità economica sui mercati viene quotidianamente misurata sui parametri della stabilità e della produttività tedesca. Eppure Italia e

¹ Un particolare e sentito ringraziamento ai Direttori del Congresso Germán Teruel Lozano, Antonio Pérez Miras, Edoardo Raffiotta, Maria Pia Iadicicco, nonché al Comitato organizzatore, alla Segreteria scientifica, alla Università di Murcia e alle Università co-organizzatrici.

Sui meccanismi di protezione della democrazia nell'ordinamento spagnolo, anche alla luce delle influenze dell'esperienza tedesca, cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2012); RIZZONI (2012, 113 ss.).

Germania hanno avuto storie in larga parte coincidenti: sono entrambe Nazioni relativamente giovani (nascono, rispettivamente, nel 1861 e nel 1871); in entrambi i Paesi l'unificazione ha avuto luogo grazie, principalmente, al ruolo in esso assunto da Stati-guida che riuscirono ad innescare a proprio favore processi progressivi di annessioni (Regno di Sardegna e Prussia); in entrambe le esperienze decisivo rilievo hanno assunto i Primi Ministri (Cavour, Primo ministro del Regno di Sardegna e von Bismarck, Cancelliere della Prussia e poi della Germania). Analogie sono date anche rinvenire nelle comuni esperienze autoritarie/totalitarie e nel fatto che sia in Italia che in Germania l'avvento dei regimi autoritari-totalitari abbia tratto origine dalla crisi dello Stato liberale e da un parlamentarismo debole. Ed ancora, Italia e Germania uscivano dalla guerra pesantemente sconfitte, limitate nella loro sovranità e nel loro sentimento nazionale, ragione per cui il riferimento alla costruzione di una prospettiva europea rappresentava per entrambe una grande opportunità di identità politica. Entrambi i Paesi, infine, hanno conosciuto nel secondo Dopoguerra un vero e proprio miracolo economico. Eppure oggi le distanze tra i due Paesi sono diventate significative. La Germania, da «grande malato d'Europa», ne è divenuta, specialmente a partire dagli anni duemila, la «locomotiva» (anche se sono oggi dati riscontrare nuovi segnali di crisi di crescita), mentre l'Italia sembra destinata ad un inesorabile declino. Incolumabili ormai le differenze in punto di finanze pubbliche, occupazione, produttività, competitività, innovazione, ricerca, stabilità politica.

Pure tra Spagna e Italia le relazioni sono sempre state fortissime. Non vi è dubbio che tra il 1977 ed il 1978 le *Cortes Constituyentes* guardarono all'esperienza italiana con grandissima attenzione. Non a caso, fra diversi colleghi spagnoli è diffusa la tendenza a considerare la nostra Costituzione come una sorta di «fratello maggiore», soprattutto in relazione ai temi dei diritti fondamentali, del diritto regionale, della giustizia costituzionale, dei meccanismi di autogoverno della magistratura². Lo stesso potrebbe tuttavia dirsi per la II Repubblica spagnola – primo laboratorio della forma di stato regionale – la quale ha esercitato suggestioni profonde sui nostri padri costituenti ed è stata a sua volta influenzata, soprattutto sul terreno della forma di governo, dall'esperienza weimariana³. E' in particolare il modello del regionalismo

² In questo senso, cfr. GARCÍA ROCA, *IBRIDO* (2013, 105 ss.). Sulle citazioni dell'esperienza italiana nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo, cfr. altresì *IBRIDO* (2014, 721 ss.).

³ In particolare, sui legami fra il regionalismo italiano e quello spagnolo, cfr. D'ATENA (2012, spec. 19 ss.). Per una comparazione fra i due sistemi regionali, cfr., fra gli altri, GAMBINO (2008); GRIGLIO (2008).

uniforme, del «café para todos», nel quale si iscrive l'art. 123 Cost., che rappresenta il modello ispiratore dell'esperienza italiana⁴.

Italia, Spagna e Germania rappresentano dunque un esempio paradigmatico di come le dinamiche di interazione mondiale fra Costituzioni – processi di *Rezeption* e di *Produktion* per usare una espressione cara alla dottrina tedesca – possano innescare migrazioni e «scambi» reciproci di istituti, sviluppandoli peraltro al di fuori di qualsiasi logica omologante (Haerberle, 1992, 105 ss.).

In particolare, il profondo legame fra il costituzionalismo spagnolo e quello italiano – mediato dalla comune ammirazione per la cultura tedesca – non si è esaurito con il momento della scrittura delle rispettive Costituzioni (o della «*foundation*» se si preferisce l'immagine ackermaniana)⁵. Come ha ricordato fra gli altri Javier GARCÍA ROCA, a seguito della scissione del *derecho constitucional* dal *derecho político* avvenuta all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione democratica, una fitta schiera di giovani studiosi spagnoli ha avuto l'opportunità di completare la propria formazione nelle università italiane (oltreché tedesche)⁶. Di questa periodo, per così dire, «di tirocinio» in Italia, la prima generazione dei costituzionalisti spagnoli (ossia gli allievi dell'ultima generazione dei grandi maestri del *derecho político* tradizionale) ha lasciato numerose e a volte anche emozionanti testimonianze nei propri scritti. Ne richiamo soltanto una, vale a dire il ricordo con il quale in apertura del proprio contributo nel Filangieri 2012-2013, Ignacio Torres Muro ha voluto rendere omaggio ad Alberto Predieri, ripercorrendone il primo incontro a Firenze nel 1983 (TORRES MURO, 2013, 129 ss.). Alberto Predieri, del resto, è stata una figura che non ha mai mancato di far sentire il proprio incoraggiamento ai giovani studiosi stranieri in occasione dei loro periodi di ricerca fiorentini.

2. LA FORMA DI GOVERNO SPAGNOLA: PIÙ BONN CHE ROMA

Le reciproche contaminazioni fra culture costituzionali non devono tuttavia far perdere di vista le differenze, le quali appaiono anzi particolarmente marcate in relazione al titolo di questo intervento. Vero è che tutti e tre gli ordinamenti considerati possono agevolmente essere classificati fra le c.d. forme

⁴ L'immagine del *café para todos* contrapposto alla *tabla de quesos* è richiamata da D'ATENA (2013, 45) per indicare i due modelli contrapposti di regionalismo – quello uniforme e quello differenziato – le cui competenze sono previste sulla base di opzioni interni agli statuti di autonomia.

⁵ Cfr. ACKERMAN (1991).

⁶ Cfr. GARCÍA ROCA, *IBRIDO* (2013, 105 ss.).

di governo parlamentari monistiche⁷. E tuttavia, molto diverso appare essere non solo il tasso di razionalizzazione di tali ordinamenti ma anche il punto di equilibrio raggiunto, per dirla con Fränkel, fra componenti rappresentative e componenti plebiscitarie della forma di governo (Fränkel, 1958/1994). In questo senso, sia pure limitatamente allo specifico profilo della forma di governo, l'esperienza italiana – a lungo caratterizzata da una situazione di multipartitismo estremo e frammentato – sembrerebbe aver rappresentato per i costituenti spagnoli un vero e proprio «anti-modello». La Costituzione del 1978 ha preferito guardare invece a Bonn e Londra: dall'ordinamento tedesco ha mutuato infatti istituti volti a stabilizzare la posizione dell'esecutivo e del suo organo monocratico di vertice (Ceccanti, 1997, 137 ss.). Basti pensare alla sfiducia costruttiva, alla esclusione di circuiti fiduciari collaterali al rapporto fra Capo del Governo e Camera bassa (diversamente dall'ordinamento italiano che avrebbe invece poi sperimentato l'istituto della sfiducia individuale), all'incorporazione dell'investitura fiduciaria all'interno del più generale procedimento di formazione del Governo (anche in questo caso differenziandosi dall'ordinamento italiano, il quale colloca la presentazione del Governo alle Camere in una fase successiva al giuramento).

Dall'esperienza costituzionale del Regno Unito ha invece ripreso una interpretazione rigorosamente neutrale della figura del Capo dello Stato nonché l'attribuzione al Governo del sostanziale potere di scioglimento anticipato. Una prerogativa che prima del *Fixed Term Parliamentary Act* è stata utilizzata dai Primi Ministri britannici soprattutto allo scopo di scegliere il momento a loro più favorevole per le elezioni⁸.

Infine, anche il potere di revoca dei singoli ministri – previsto sia in Germania sia nel Regno Unito – è stato recepito dall'art. 100 della Costituzione spagnola, mentre come è noto esso non ha avuto modo di affermarsi in Italia.

Differenze molto marcate emergono poi in relazione al tema del referendum. Da questo punto di vista, l'ordinamento spagnolo, consentendo la convocazione di referendum su proposta del Presidente del Governo e previa auto-

⁷ In senso contrario CHessa (2010, 21 ss.) e FUSARO (2013, 47 ss.) i quali tendono a valorizzare l'esistenza di elementi di dualismo nel sistema italiano.

⁸ Per indicazioni sullo scioglimento nell'ordinamento costituzionale spagnolo, cfr. BAR CENDÓN (1989). Va segnalato che nel tempo, nonostante fosse formalmente esclusa, anche l'esperienza tedesca ha conosciuto l'utilizzo di tale prassi. Come riportano TARCHI, GATTI (2018, 20) «In tre episodi su quattro (1972, 1983 e 2005) il ricorso alla questione di fiducia è stato preordinato soltanto a provocare artificiosamente crisi di governo per innescare il voto anticipato, tanto che parte della dottrina ha apertamente parlato, in questi casi, di «questione di fiducia fittizia» (*unechte Vertrauensfrage*). Tale ipotesi, pur legittimata anche dalla giurisprudenza del BVerfG, avrebbe portato (...) ad un'alterazione del testo costituzionale permettendo al Governo di condividere il potere di scioglimento del *Bundestag*, facoltà che fino a quel momento si riteneva nella esclusiva disponibilità del Presidente».

rizzazione del Congresso dei deputati sembrerebbe collocarsi a metà strada fra l'Italia e la Germania (quest'ultimo ordinamento non prevede il referendum a livello nazionale). Tuttavia, vi è una differenza decisiva da segnalare: anche a tacere del suo valore meramente consultivo, il referendum è concepito in Spagna come un «referendum dall'alto», vale a dire una consultazione indetta dagli stessi soggetti appartenenti alla sfera dell'organizzazione costituzionale⁹. Al contrario, l'art. 75 della Costituzione italiana ha optato per un modello di referendum dal «basso», ossia incardinato sulla iniziativa diffusa di Regioni e del corpo elettorale, così radicando il referendum, almeno potenzialmente, all'interno della società civile. È quello che Costantino Mortati chiamava il paradigma del referendum quale «contro-forza»¹⁰.

3. IL DIBATTITO SULLE RIFORME

Sia in Italia, sia in Spagna è peraltro diffusa la consapevolezza circa la necessità di un ammodernamento del quadro istituzionale.

In Italia, a seguito del fallimento della riforma costituzionale approvata dalle Camere nel corso della XVII legislatura, la dottrina ha provato ad immaginare diversi percorsi per far funzionare meglio il bicameralismo a Costituzione invariata¹¹. Un intervento di manutenzione sul Regolamento del Senato è stato in effetti approvato nel dicembre del 2017¹². Peraltro – a prescindere dal merito di questa riforma – è quanto meno dubbio che il percorso di ammodernamento del bicameralismo italiano a Costituzione invariata possa avere effetti risolutivi in assenza di uno stretto coordinamento fra le revisioni dei due Regolamenti parlamentari. Un «gioco di squadra» che tuttavia è costantemente mancato nelle ultime legislature.

Quanto alla Spagna, nell'ultimo decennio, il dibattito sulle riforme istituzionali ha interessato maggiormente il tema dell'architettura dello stato autonomico piuttosto che quello relativo alla forma di governo. Ciò è comprensibile date le tensioni al quale è stato sottoposto l'ordinamento spagnolo a causa del conflitto istituzionale fra la *Generalitat* catalana e le autorità centra-

⁹ Sul referendum nell'ordinamento spagnolo, cfr., fra gli altri, LÓPEZ GONZÁLEZ (2005); PÉREZ SOLA (1994).

¹⁰ Sul paradigma del referendum quale «contro-forza», cfr. MORTATI (1957, 382 ss.)

¹¹ Proprio all'indomani della mancata approvazione del referendum del 4 dicembre 2016, due volumi – il primo a cura di BASSANINI, MANZELLA (2017) ed il Quaderno monografico de Il Filangieri (2017) – hanno proposto una serie di rimedi concreti per snellire e razionalizzare il processo di decisione parlamentare, principalmente ricorrendo a riforme organiche dei Regolamenti parlamentari.

¹² Sulla riforma del Regolamento del Senato, cfr. CARBONI, MAGALOTTI (2018); LUPO (2018).

li di Madrid¹³. Inoltre, per quasi trent'anni il combinato fra gli istituti di razionalizzazione contenuti nella Costituzione e una legge elettorale che disincentivava la presenza di partiti minori (ad eccezione delle formazioni con una forte base territoriale) ha assicurato al sistema politico spagnolo una forte stabilità. Dal 1982 al 2015, la Spagna ha conosciuto infatti una situazione di quasi-bipartitismo, fra l'altro con l'avvicinarsi di due sole formule di governo: esecutivi monocolori sostenuti dalla maggioranza assoluta presso il Congresso dei deputati; e Governi espressione del partito di maggioranza relativa con una sorta di appoggio esterno delle formazioni regionaliste. Anche nella fase più recente, il sistema politico spagnolo ha manifestato la propria naturale avversione alla formula del governo di coalizione. Peraltro, l'ascesa di due nuovi partiti (Podemos e Ciudadanos) e il conseguente emergere a partire dalle elezioni del 2015 di uno scenario di multipartitismo temperato ha portato alla luce una certa insofferenza verso i tradizionali equilibri e dinamiche istituzionali¹⁴. Mentre dunque in Italia il dibattito sulle riforme è stato prevalentemente incentrato sulla necessità di rendere più efficiente e snello il processo di decisione parlamentare, tale discussione ha seguito in Spagna la direzione inversa, vale a dire quella di un temperamento delle dinamiche maggioritarie di tipo «muscolare» che a lungo hanno caratterizzato la democrazia spagnola. Così, anche dopo i risultati elettorali del 2015 e del 2016, pur nella consapevolezza della delicata fase istituzionale e di una crisi di governabilità, le posizioni in campo non sono andate nella direzione di quelle che contestualmente maturavano in Italia, ma al contrario sono parse caratterizzate dalla particolare attenzione alle esigenze della rappresentanza. Da qui, ad esempio, l'ipotesi di intervenire sul sistema elettorale, valorizzandone le componenti proporzionaliste e (forse) superando le liste bloccate, nonché il dibattito relativo all'eventuale innesto di istituti di partecipazione e democrazia diretta sul tronco dei tradizionali meccanismi rappresentativi¹⁵. Ulteriori proposte hanno ri-

¹³ Sulla crisi catalana cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ (2018, 147 ss.); SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO (2018, 1603 ss.); POGGESCHI (2018).

¹⁴ Infatti, come sottolinea FERRAIUOLO (2017, 14), le difficoltà riscontrate in Spagna nella formazione del Governo dopo le elezioni del 2015 non discendevano tanto «dai congegni della forma di governo (solidamente razionalizzata) o da una ridotta selettività della formula elettorale quanto piuttosto dalla crisi della forma di Stato: l'exasperazione del conflitto nazionalistico-territoriale e l'inerzia delle istituzioni centrali nell'affrontarlo».

¹⁵ In argomento, cfr. VIDAL PRADO (2011, 177 ss.). La formula elettorale è anche oggetto di serrata critica da parte di certa dottrina per essere espressione di una Costituzione bipartitica non più aderente alla attuale strutturazione della società spagnola e produttrice di «una desviación calculada en el principio de igualdad con la finalidad de garantizar la restauración monárquica. (...) Estas son las tres grandes decisiones que se adoptan en el momento constituyente: una Constitución monárquica, bipartidista y antifederal. Esa es la Constitución española de 1978».

guardato la necessita di rivitalizzare il ruolo del *Senado*, il quale sembrerebbe ancora una istituzione in cerca di una propria identità¹⁶.

4. L'EVOLUZIONE PIÙ RECENTE

In ogni caso, anche in assenza di formali modifiche costituzionali, con le crisi politiche degli ultimi tre anni, gli ordinamenti di Italia, Germania e Spagna hanno avuto modo di sperimentare alcune significative innovazioni di carattere istituzionale.

In Germania, per esempio, la prassi ha per lungo tempo escluso il ricorso all'istituto delle consultazioni nel procedimento di individuazione del candidato designato alla Cancelleria. Istituto che invece è maturato in via convenzionale nell'ordinamento italiano e che è stato costituzionalizzato dall'art. 99 della Costituzione spagnola. A seguito tuttavia delle elezioni del 27 settembre 2017, il Presidente federale Frank-Walter Steinmeier ha adottato una iniziativa inedita, convocando i *leader* dei partiti rappresentati in Parlamento, i Presidenti delle Camere ed il Presidente del Tribunale costituzionale federale per colloqui che in qualche modo sembrerebbero ricordare le consultazioni del Presidente della Repubblica italiano o quelle del Re spagnolo. Si è trattato, probabilmente, di una vicenda eccezionale, legata alla contingente difficoltà di sbloccare lo stallo politico che ha preceduto la formazione del IV Governo Merkel, ma che in ogni caso potrebbe contribuire, almeno potenzialmente, a porre le premesse per un maggiore attivismo presidenziale¹⁷.

Quanto alla Spagna, il 1° giugno 2018 il Congresso dei deputati – con un solo voto di scarto – ha approvato la prima mozione di sfiducia costruttiva della esperienza democratica spagnola. Quello della sfiducia costruttiva è un istituto che – inizialmente sperimentato dal *Grundgesetz* tedesco – ha trovato poi una certa diffusione nel panorama comparato, essendo ripreso in particolare dagli ordinamenti di Spagna, Belgio e Polonia. Philippe Lauvax, nella sua classificazione dei congegni di razionalizzazione, lo aveva identificato con il terzo ed ultimo livello del parlamentarismo razionalizzato (Lauvax, 1997, 82 ss.), il quale comprendeva appunto l'adozione di istituti che subordinavano la

Cfr. PÉREZ ROYO (2015, 95 ss.). Per questa ragione il rinnovato interesse per lo studio delle dinamiche consensuali della forma di governo si accompagna all'attivazione di nuovi strumenti che facilitino la conciliazione di interessi.

¹⁶ Sul Senato spagnolo, cfr. PAU I VALL (1996); RUIZ RUIZ (2007).

¹⁷ Sul punto, cfr. DE PETRIS (2018); DE MARTINO (2019, 69 ss.).

sostituzione del Governo in carica alla preventiva costruzione di una maggioranza positiva¹⁸.

Sarebbe abbastanza logico accostare la mozione di sfiducia costruttiva che ha determinato la caduta del Governo Rajoy con il precedente che nell'autunno del 1982 portò il cristiano-democratico Kohl a subentrare al socialdemocratico Schmidt alla carica di Cancelliere. Una differenza di non poco conto deve essere tuttavia segnalata: mentre il Governo di minoranza del socialista Sanchez ha manifestato l'intenzione di completare la legislatura anche in un quadro di equilibri parlamentari molto incerti, la maggioranza giallo-nero di Kohl decise di confrontarsi quasi immediatamente con il voto allo scopo di rinsaldare (o meglio: di costruire) la propria legittimazione popolare¹⁹.

5. VERSO UNA CONCLUSIONE

Prima di concludere ci sia consentito di ricordare un episodio richiamato anche da Peter HÄBERLE (2000, 11) nel volume sullo Stato costituzionale. Nel proprio testamento, Pablo Picasso aveva subordinato il trasferimento della Guernica in Spagna alla condizione della reintroduzione della repubblica nel proprio Paese. Ebbene, se oggi possiamo ammirare quest'opera straordinaria presso il museo Reina Sofia di Madrid è perché gli eredi ed esecutori testamentari di Picasso hanno ritenuto di interpretare quel riferimento alla repubblica quale sinonimo di «ordinamento costituzionale democratico», e non già quale forma di stato non monarchica. Una interpretazione, in fondo, non troppo dissimile da quella che la Corte italiana, con la celebre sentenza n. 1146 del 1988, ha offerto dell'art. 139, individuando limiti impliciti alla revisione costituzionale attraverso una lettura estensiva del concetto di «forma repubblicana»²⁰. Un approccio valoriale che accomuna anche l'esperienza tedesca che fin dalla sua nascita ha elevato il concetto di ordine liberaldemocratico (*freiheitliche*

¹⁸ Sulla mozione di sfiducia costruttiva nell'ordinamento spagnolo, cfr. VÍRGALA FORURIA (1988); ELÍAS MÉNDEZ (2005); FRAU (2019).

¹⁹ Il voto di sfiducia costruttiva del Parlamento aveva visto i liberali, il cui voto era determinante per il raggiungimento della maggioranza, consegnare il proprio sostegno ai cristiano-democratici. Pochi mesi dopo, confortato dai sondaggi favorevoli, Kohl pose una questione di fiducia alla propria maggioranza chiedendole nello stesso tempo di respingere la questione per andare anticipatamente alle urne e rafforzare, in tal modo, la nuova coalizione democristiana-liberale. Per quanto riguarda il caso spagnolo, invece, nel febbraio del 2019, è stata la mancata approvazione del bilancio ad aver costretto Pedro Sánchez a ricorrere all'istituto dello scioglimento.

²⁰ Sulla categoria dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, cfr. FARAGUNA (2015). Sull'assenza invece di limiti materiali alla revisione costituzionale nell'ordinamento spagnolo, cfr. invece BALAGUER CALLEJÓN (2017, 85 ss.).

Demokratische Grundordnung), cioè di ordine democratico valorialmente orientato, tra i principi supremi del proprio ordinamento²¹.

Anche questo dato contribuisce a confermare gli importanti legami che uniscono i nostri due ordinamenti a quarant'anni dalla approvazione della Costituzione spagnola e a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione italiana. E tra questi punti di contatto un rilievo speciale assume senza dubbio il comune interesse per l'esperienza costituzionale tedesca, la quale – anche sotto questo aspetto – continua a collocarsi al centro dei processi di comunicazione fra culture.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA. VV. (2017), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale, Il Filangieri (Quaderno 2015-2016)*, Napoli: Jovene.
- AA. VV. (2019), *Nascita e crisi dei governi nelle più recenti dinamiche del parlamentarismo. Il Filangieri (Quaderno 2018)*, Napoli: Jovene.
- ACKERMAN, B. (1991), *We the People. Foundations*, Cambridge-London: Belknap.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2008), *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, Madrid: CEPC.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2018), «La defensa de la Constitución frente al secesionismo. Crónica política y legislativa del año 2017», en *Revista española de derecho constitucional*, 112, 147 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2017), «Poteri costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna», en Lanchester, F. (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Assago: Wolters Kluwer, 85 ss.
- BAR CENDÓN, A. (1989), *La disolución de las Cámaras legislativas en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- BASSANINI F., MANZELLA, A. (2017), *Due Camere, un Parlamento*, Firenze: Passigli.
- CARBONI, A.; MAGALOTTI, M. (2018), «Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato», in *Federalismi.it*, n. 1.
- CECCANTI, S. (1997), *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna: Il Mulino.
- CHESSA, O. (2010), *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, Napoli: Jovene.
- D'ATENA, A. (2001), *L'Italia verso il «federalismo»*. *Taccuini di viaggio*, Milano: Giuffrè.
- (2013), *Diritto regionale*, Torino: Giappichelli.

²¹ Tra la dottrina si v. la fondamentale opera di DENNINGER (1977). Sul riconoscimento giurisprudenziale, fin dai primi anni Cinquanta, cfr. *BVerfG* 2, 1 (13) - sentenza SRP.

- DE PETRIS, A. (2019), «There must be some way out of here... Costituzione, istruzioni e partiti nella prima crisi post-elettorale in Germania», in *Osservatoriocostituzionale.it*, n. 1.
- DENNINGER, E. (1977), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- DI MARTINO, A. (2019), *Accordi di governo e innovazioni istituzionali nella soluzione delle crisi politiche in Germania*.
- ELÍAS MÉNDEZ, C. (2005), *La moción de censura en España y Alemania. (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*, Madrid: Congreso de los Diputados.
- FARAGUNA, P. (2015), *Ai confini della Costituzione: principi supremi e identità costituzionale*, Milano: FrancoAngeli.
- FERRAIUOLO, G. (2017), «Rappresentanza e populismo», in *RivistaAIC.it*, n. 3.
- FIORAVANTI, M. (2001), *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello stato e teoria della Costituzione fra Otto e Novecento*, Milano: Giuffrè, 2001.
- FRÄNKEL, E. (1958/1994), *Die repräsentative und die plebiszitare Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, Mohr, Tübingen, tr. it.: *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, Torino: Giappichelli.
- FRAU, F. (2017), *La sfiducia costruttiva*, Bari: Cacucci.
- FUSARO, C. (2013), «Il Presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale», in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 47 ss.,
- GAMBINO S. (cur.) (2008), *Regionalismi e Statuti. Le riforme in Spagna e Italia*, Milano: Giuffrè.
- GARCÍA ROCA, J.; IBRIDO, R. (2013), «El control parlamentario en Italia: un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas», en F. Pau I Vall (cur.), *El control del gobierno en democracia. XIX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid: Tecnos, 105 ss.
- GRIGLIO, E. (2008), *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova: Cedam.
- HÄBERLE, P. (1992), «Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates.», in Id., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlino: Duncker & Humblot, 105 ss.
- (2000), «Lo Stato costituzionale. I) Principi generali», in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana.
- IBRIDO R. (2014), «L'esperienza costituzionale italiana negli itinerari argomentativi del Tribunale costituzionale spagnolo», in *Rassegna Parlamentare*, n. 3, 721 ss.
- (2019), «Congegni di razionalizzazione sotto pressione: il monismo ortodosso spagnolo al banco di prova dell'instabilità politica», in Aa. Vv., *Nascita e crisi dei governi nelle più recenti dinamiche del parlamentarismo (Il Filangieri – Quaderno 2018)*, Napoli: Jovene, 91 ss.
- LANCHESTER, F. (2009), *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Milano: Giuffrè.
- LAUVAUX, P. (1997), *Le Parlementarisme*, Paris: PUF.

- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L. (2005) *El referéndum en el sistema español de participación política*, Valencia, Universidad Politécnica de Valencia.
- LUPU, N. (2018), «La riforma del (solo) regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura», in *Forum Quaderni costituzionali*.
- MORTATI, C. (1972), «Note introduttive ad uno stadio sui partiti politici nell'ordinamento italiano», in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova: Cedam, 1957, 382 ss., ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano: Giuffrè.
- PAU I VALL, F. (1996), *El Senado, Cámara de representación territorial: III Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid: Tecnos.
- PÉREZ ROYO, J. (2015), *La reforma constitucional inviable*, Madrid: Catarata.
- PÉREZ SOLA, N. (1994), *La regulación constitucional del referéndum*, Jaén: Universidad de Jaén.
- POGGESCHI, G. (2018), *La Catalogna: dalla nazione storica alla Repubblica immaginaria*, Napoli: Esi.
- RIDOLA, P. (2001), «Gli studi di diritto costituzionale», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 1253 ss.
- (2011), «Le suggestioni del Grundgesetz nella dottrina costituzionalistica italiana. Sessant'anni di rapporti tra le «culture» costituzionali tedesca e italiana», in *Rivista AIC.it*, 4.
- (2016), «La Costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»», in Id., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino: Giappichelli, 27 ss.
- RIZZONI, G. (2012), *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna: il Mulino.
- RUIZ RUIZ, J. J. (2007), *El veto del Senado*, Madrid: Marcial Pons.
- RUSCONI, G. E. (2003), *Germania, Italia, Europa*, Torino: Einaudi.
- SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M. (2018), «Artículo 155», in Pérez Tremps, P.; Sáiz Arnáiz, A.; Montesinos Padilla, C. (cur.) *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, II, Valencia: Tirant lo Blanch, 1603 ss.
- SBAILÒ, C. (2007), *Weimar. Un laboratorio per il costituzionalismo europeo*, Troina: Città Aperta.
- TARCHI, R.; GATTI, A. (2018), «Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania», in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 3, 20.
- TORRES MURO, I. (2013), «I Presidenti delle Cortes spagnole: due Presidenti di Assemblea in un regime di Primo Ministro», in Lippolis, V.; Lupo, N. (cur.), *Le trasformazioni del ruolo dei Presidenti delle Camere. Il Filangieri (Quaderno 2012-2013)*, Napoli: Jovene, 129 ss.
- VIDAL PRADO, C. (2011), «Riformare il sistema elettorale spagnolo?», in *Rassegna Parlamentare*, n. 1, 177 ss.
- VÍRGALA FORURIA, E. (2005), *La moción de censura en la Constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español)*, Madrid: CEPC.

LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN EUROPA

CATERINA DRIGO

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

SUMARIO: 1. Premisas. 2. Los parlamentos nacionales en Europa: trayectorias de una participación asimétrica y fluida. 2.1 Las funciones de «control» de los parlamentos nacionales. 3. (*sigue*): nuevas formas de participación de los parlamentos nacionales a nivel europeo. 3.1 El denominado diálogo político. 3.2 La participación en el control sobre la subsidiariedad. 3.3 La cooperación interparlamentaria: elementos esenciales. 4. Reflexiones finales. 5. Referencias bibliográficas.

1. PREMISAS

La Unión Europea es un laboratorio interesante para observar la evolución del papel de los parlamentos nacionales a la luz de los desafíos que les plantea el desarrollo social, político e institucional (Raunio, 2009, 317 ss.). Especialmente desde el Tratado de Lisboa, los parlamentos nacionales y, en su caso, las autoridades territoriales existentes en cada ordenamiento, ya sean Estados federales o regionales, titulares de poderes legislativos autónomos –han visto su rol progresivamente aumentado, aunque según trayectorias muy variables–. El marco regulatorio, de hecho, si bien enfatiza el rol que los parlamentos nacionales (y las asambleas legislativas de los entes descentralizados, donde existen) pueden ejercer en Europa, especialmente con referencia a la fase ascendente de los procesos de producción normativa, debe ser analizado a través del prisma de las praxis

aplicativas. Esta investigación se centra en los sistemas compuestos descentralizados, ya sean regionales o federales, debido a sus formas particulares de participar en los procesos decisorios europeos, en los que están variamente incluidos tanto parlamentos¹, como entes territoriales y gobiernos. A nivel europeo, observamos la presencia de un panorama no homogéneo donde, si en términos generales se puede decir que los Estados y sus entes territoriales parecen haber entendido que la Unión Europea puede ser no solo un sistema capaz de condicionar o restringir sus margen de acción, sino también un sistema capaz de promover oportunidades valiosas de integración y desarrollo, sin embargo, al mismo tiempo, este proceso de integración gradual se ha tenido que enfrentar, y, en la práctica, continúa enfrentándose, a una cuestión de carácter político, antes que normativa. Cuestión por la cual los entes territoriales están subordinados en comparación con la centralidad de los Estados, y los parlamentos nacionales en una posición recesiva con respecto a los gobiernos, que siguen desempeñando una función central en gran parte de los procesos decisorios.

En un contexto político, histórico e institucional en el que las pulsiones antieuropeas son cada vez más fuertes, parecen particularmente actuales temas que se debaten desde hace mucho tiempo, como el déficit democrático de la UE –o, como se definió claramente, el «*democratic disconnect*»²– el rol de los parlamentos nacionales en la denominada gobernanza multinivel de la Unión Europea y, en general, la estabilidad institucional de la propia Unión, sometida, en los últimos 10-15 años, a factores de tensión muy fuertes, como una grave crisis económica que ha llevado al fortalecimiento del método intergubernamental, la explosión del fenómeno migratorio de acuerdo con dinámicas que nos afectan diariamente en todo su drama y la afirmación paralela de instancias populistas, soberanistas y antieuropeas en muchos Estados miembros. También por esto, la doctrina, en algunos casos, subraya cómo, concretamente, los parlamentos nacionales (y los de los entes territoriales, si los hay) se ven obligados a enfrentar desafíos que ponen su rol en crisis³, o, en otros casos, afirma que ellos, de hecho, ejercen una posición recesiva en los procesos de

¹ De hecho, debe investigarse la noción misma de «parlamentos nacionales» relevante para la aplicación de las normas europeas, aunque no hay espacio aquí. Sobre este punto v. LUPO (2015, 1713 ss., spec. 1720).

² Expresión acuñada por LINDESETH (2010) y retomada por LUPO (2016, 13) que subraya cómo en Europa el nivel de democracia sigue siendo muy alto, especialmente si consideramos otros términos de comparación como términos de comparación.

³ Recientemente, sobre estos temas, *ex multis*: LUPO, PICCIRILLI (2017), FASONE, LUPO (2018, 3), BESSELINK, (2018, 23 ss.); GRIMM (2016, 19 ss.); GROEN, CHRISTINASEN, (2015, 43 ss.); OLIVETTI (2012, 485 ss.); MANZELLA (2015, 1 ss.); BIN, CARETTI, PITRUZZELLA, (2015, spec. 151 ss.), donde se enfatiza la incertidumbre y la ambigüedad del creciente rol de los parlamentos nacionales.

gobernanza multinivel de la UE⁴. Y esto, a pesar de la tendencia a reafirmar el papel de estas instituciones expresada tanto por los Tratados europeos, como por una serie de importantes normas relacionadas con ellos, o que los implementan, habiendo sido preparada una serie de procedimientos específicos destinados a una mayor participación de los parlamentos nacionales en los procesos de toma de decisiones a nivel europeo (Lippolis, 2017, 13 ss.; Lupo, Piccirilli, 2017, 1 ss.; Bilancia, 2016a, 1 ss.; Manzella, Lupo, 2014). Por el contrario, hay quien manifiesta mayor confianza en las potencialidades que pueden expresar los parlamentos nacionales, subrayando que su posición «al menos formalmente preeminente... en la mayoría de los Estados miembros de la UE» ha ofrecido «no solo un parámetro de juicio para la democracia europea, sino también un recurso adicional para su sistema de decisión» (Olivetti, 2012, 505, nuestra trad.).

2. LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN EUROPA: TRAYECTORIAS DE UNA PARTICIPACIÓN ASIMÉTRICA Y FLUIDA

Evaluar el rol de los parlamentos nacionales en la Unión Europea exige considerar una pluralidad de aspectos en los que se podrá profundizar solo parcialmente en este estudio. En primer lugar, se puede analizar el conjunto de previsiones que permiten a los parlamentos desarrollar de la mejor manera posible una serie de funciones de control de sus respectivos gobiernos a la hora de determinar la posición nacional sobre los proyectos de normas europeas. También se puede evaluar un conjunto de otras normas que permiten a los parlamentos nacionales participar en varias capacidades, aunque no en términos de «codecisión» real, en algunos procesos decisorios (Olivetti, 2012, 509; Weatherill, 2003, 909 ss.). En particular, en relación con este último perfil, se hace referencia a una pluralidad heterogénea de funciones entre las que podemos incluir: a) formas de participación activa en la gobernanza europea, a

⁴ Este proceso respondería a un doble orden de razones, una «económica» y la otra menos. La pérdida del monopolio de la legislación por parte de los parlamentos nacionales expresaría una consecuencia fisiológica de la implementación del proceso de integración europea. El segundo orden de razones, por otro lado, respondería a una lógica disfuncional, derivada de una pérdida significativa de peso e influencia de los parlamentos a favor del reconocimiento de un papel de liderazgo para los gobiernos. En este sentido: AMATO (2016, 2-3). Tiene la misma opinión, más recientemente, LIPPOLIS (2017, 13 ss.). Este autor, en particular, cree que contribuye a erosionar los poderes de los parlamentos nacionales también la adopción de reglas, a raíz de la crisis financiera y económica, que impuso límites a las políticas económicas nacionales limitando significativamente «el poder de la bolsa de valores de los parlamentos» (p. 13, trad. nuestra).

través de canales de información, del diálogo político; b) los métodos para ejercer control sobre el respecto del principio de subsidiariedad; c) los canales de cooperación interparlamentaria⁵.

2.1. Las funciones de «control» de los parlamentos nacionales

Con referencia a la acción de control que los parlamentos nacionales pueden ejercer sobre sus respectivos gobiernos en la formación de la posición nacional que se expresará en el Consejo, se recuerda que, en el derecho primario europeo, la base legal de referencia es el art. 10.2 TEU, mientras que el fundamento debe buscarse en los diversos derechos nacionales.

Como se sabe, son las delegaciones gubernamentales quienes participan en el trabajo del Consejo a nivel europeo y no los parlamentos. Sin embargo, a lo largo de los años, la legislación europea ha mejorado gradualmente la dimensión parlamentaria gracias, sobre todo, a la implementación del flujo de información del que los parlamentos nacionales son receptores, superando progresivamente la intermediación de los gobiernos nacionales (Cartabia, 2005; Olivetti, 2012, 512; Lippolis, 2017, 13 ss.). De hecho, se han establecido obligaciones de información detallada para varias instituciones europeas⁶, cuyo cumplimiento permite que los parlamentos nacionales, al menos los más estructurados y activos, puedan intervenir a nivel nacional para influir en la posición de los respectivos gobiernos dentro del trabajo del Consejo. En este sentido, también hay que entender las disposiciones del Protocolo sobre el rol de los parlamentos nacionales –anexo al Tratado de Ámsterdam y posteriormente (con modificaciones) al Tratado de Lisboa– que introducen intervalos de tiempo antes de los cuales no se puede votar un proyecto específico, para permitir que los parlamentos nacionales interactúen con sus gobiernos. El respeto por esas fases procesales representa una real condición de validez de los documentos que son aprobados (Passos, 2008, 36)⁷.

Sin embargo, la presencia de un canal de información directo entre los parlamentos nacionales y las instituciones europeas no elimina los canales de

⁵ Sobre la cooperación interparlamentaria, véase recientemente, *ex multis*, LUPO, FASONE (2018), y también FROMAGE (2016, 749 ss.); FROSINA (2016a, 1 ss.) o GRIGLIO (2017, 195 ss.).

⁶ De la Comisión, del Consejo y del Tribunal de Cuentas Europeo. Para profundizar: *ex multis*, OLIVETTI (2012, 512); FRAGA (2005, 490 ss.).

⁷ Sobre este punto, véase también OLIVETTI (2012, 513) según el cual el incumplimiento del *iter* procedimental mencionado «abriría el camino al riesgo de que no solo el Estado miembro, sino todas las personas, pudieran invocar la inaplicabilidad de la acto del sindicato ante el Tribunal de Justicia mediante un procedimiento de resolución preliminar». Para más detalles, ver también FASONE, LUPO, (2018, 345 ss.).

información activados por los gobiernos nacionales, a menudo regulados a nivel nacional en términos de obligaciones y que también se abordan a favor de los órganos territoriales de los diversos Estados (además involucrados en los procesos decisionales europeos también a través del Comité de las Regiones).

La intervención del gobierno es útil tanto porque permite una selección entre la gran cantidad de datos de los que los parlamentos nacionales son destinatarios, como porque es prodrómica para la individualización de la posición que el gobierno tomará en relación con los proyectos normativos europeos. Además, en los Estados compuestos, si un proyecto normativo europeo se solapa a la competencia legislativa de los entes descentralizados, se prevén procedimientos más o menos estrictos para su participación, regidos por los diversos derechos nacionales y dirigidos a alcanzar acuerdos o arreglos que pueden tomar varias formas jurídicas⁸. Por lo general, su participación se incluye en los procedimientos de control parlamentario, según dinámicas que difieren mucho de un Estado a otro⁹.

En concreto, los parlamentos nacionales ejercen funciones de control inherentes a la fase ascendente de los procesos de producción normativa europeos a través de comisiones parlamentarias (que, según el caso, pueden ser unicamerales o bicamerales) designados para realizar estas funciones conforme a las diversas regulaciones nacionales (que pueden encontrarse en los textos constitucionales, en leyes ordinarias o en los reglamentos internos de las cámaras¹⁰).

Por lo tanto, cada ordenamiento jurídico ha institucionalizado los canales de participación de los parlamentos nacionales en los procedimientos que conducen a la definición de la posición nacional expresada por los gobiernos en el Consejo (denominado *general scrutiny*); canales cuyas trayectorias e impacto a nivel de ordenamiento jurídico deben entenderse «a la luz de las relaciones de poder en la forma de gobierno en cada sistema estatal», apareciendo, así, más incisivas «cuando existe una relación de confianza entre la asamblea legislativa y el ejecutivo (y por lo tanto en las formas de gobierno parlamentarias), aunque con diferentes matices, lo que finalmente permite a las cámaras nacio-

⁸ En Italia, el instrumento elegido por la legislación es el del acuerdo, que se alcanzará gracias a la mediación de la Conferencia Estado-Regiones. Para una visión general del contexto comparativo ver ZEI (2016a, 573 ss.); e ID. (2016b, 163 ss.); BILANCIA (2016b, 1 ss.); FROSINA (2016b, 101 ss.) Más generalmente, sobre la criticidad de la marginación de las entidades territoriales, *ex multis*: BALAGUER CALLEJÓN (2016, 11 ss.); MORELLI (2011).

⁹ Emblemático a este respecto es el caso de Bélgica, donde también las asambleas legislativas de las Comunidades y Regiones pueden considerarse parlamentos nacionales a los efectos del derecho europeo.

¹⁰ Para un análisis de distintos casos: OLIVETTI (2012, 520).

nales aumentar su influencia en la toma de decisiones europeas»¹¹. Sin embargo, queriendo adoptar una clasificación, los poderes de los parlamentos se articulan de varias maneras respondiendo a dos macro-modelos que Cosac llamó «*système procédurier*» y «*système documentaire*»¹². En el primer caso, sería posible influir en los gobiernos en la expresión de la posición nacional en el seno del Consejo de acuerdo con trayectorias diferenciadas, que incluso pueden conducir a la expresión de un mandato real. El *système documentaire*, por otro lado, presenta una vocación puramente informativa, donde asume un rol central el estudio de propuestas legislativas y otros documentos de las instituciones de la UE sin afectar el contenido de los debates del Consejo, ni condicionando (*rectius*, delegando) la acción de los gobiernos nacionales. Sin embargo, en general, en la mayoría de los ordenamientos europeos hay modelos híbridos, que combinan aspectos de ambos. Solo en algunos casos limitados de «*système procédurier*», el poder del escrutinio general parlamentario permite el ejercicio de un poder real de mandato hacia el gobierno¹³. En algunos casos, por otra parte, las directivas parlamentarias tienen valor jurídico, pero no son vinculantes¹⁴ o son vinculantes, pero hay condiciones que permiten a los gobiernos apartarse del mandato recibido¹⁵. Además, la doctrina se refiere a un modelo que se ha definido como «*comply or explain*», según el cual los gobiernos se aseguran de que la posición que expresan a nivel europeo sea coherente con las posiciones expresadas por los respectivos parlamentos y, si no las cumplen, deben informar a los órganos parlamentarios competentes explicando los motivos de la posición diferente asumida¹⁶.

También debe recordarse que desde el Tratado de Maastricht, los entes descentralizados sub-estatales (ya sean regiones o Estados federados) han podido formar parte de las delegaciones nacionales ante el Consejo. En este sentido, no es tan relevante distinguir entre los sistemas federales, como Alemania, Bélgica o Austria, y aquellos sistemas en los que hay regiones con poderes legislativos (como Italia o España). En ambos casos, de hecho, a los entes descentralizados se reconocen márgenes articulados de autonomía que se ex-

¹¹ BILANCIA (2016b, 5-6). Véase además LUPO (2014, 1 ss.).

¹² Conferencia de los Órganos Especializados en Asuntos de la Unión: www.cosac.eu.

¹³ Se pueden mencionar los casos de Dinamarca, Estonia, Finlandia, Letonia, Lituania, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia o Suecia, aunque con diversos matices de aplicación. Sobre este punto, recientemente, ver l'«*Annex to the 27th Bi-annual Report of COSAC*» del 2017, y l'«*Huitième rapport bisannuel...*», cit., ambos in www.cosac.eu.

¹⁴ Como en Lituania.

¹⁵ Como en Estonia.

¹⁶ Como en Italia o Portugal. Para obtener una descripción general de las experiencias comparativas, véase HEFTLER ET AL (2015, 153 ss.); y BILANCIA (2016b, 1 ss.).

presan en la posibilidad (si bien según dinámicas diversificadas) de participación tanto en los trabajos del Consejo como en los trabajos del Comité de las Regiones.

La participación de los entes sub-estatales en el trabajo del Consejo ha seguido pautas fuertemente no homogéneas entre los Estados miembros, quedando a su discreción la opción final con respecto a la participación de los representantes de las entidades sub-estatales caracterizadas por un poder legislativo autónomo. Y estos, si estaban involucrados, aún tenían que expresar decisiones vinculantes sobre todo el Estado, y no específicamente el organismo territorial al que pertenecen¹⁷.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa condujo a un mayor (aunque indirecto) papel de las autoridades regionales, fortaleciendo el rol del Comité de las Regiones y permitiendo que los parlamentos nacionales contribuyan a los procesos decisorios europeos; sin embargo, no ha cambiado sustancialmente la situación en relación con la participación de los organismos sub-estatales en los trabajos del Consejo. No se especificaron derechos (y mucho menos deberes) de los Estados a ser representados por representantes de los entes descentralizados con autonomía legislativa. El art. 16 del TUE (que reitera sustancialmente el contenido del artículo 203 del Tratado CE) simplemente establece que el Consejo estará compuesto por «un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho de voto».

Por ello, se entiende la centralidad absoluta de las determinaciones nacionales, que parecen muy diversificadas según el ordenamiento analizado. Hay varios niveles de autonomía reconocidos para las entidades sub-estatales y, en consecuencia, la actitud de estos últimos para desarrollar formas de concertación y cooperación, tanto horizontal como vertical, es extremadamente articulada y desigual; también es diversificada la influencia de los órganos centrales con carácter de representación para las regiones. La contribución de los entes descentralizados sub-estatales con poder legislativo autónomo es más incisiva en aquellos sistemas que, tradicionalmente, han reconocido mayores márgenes de autonomía para los entes territoriales (como Alemania, Austria, Bélgica y, aunque en diferentes grados, el Reino Unido) mientras parece claramente más matizado en los ordenamientos jurídicos llamados regionales, aunque, al menos en algunos de ellos (como España o Italia), los canales de interlocución e

¹⁷ Sobre este aspecto, permítase hacer referencia a DRIGO (2018, 1 ss.) y a la bibliografía indicada allí. Para un análisis de la dimensión regional en el contexto europeo después de la aprobación del Tratado de Maastricht, véase también *ex multis*, PANARA, 2018, ARRIBAS, HÖGENAUER (2015, 133 ss.); OLIVETTI (2013, 319 ss.); EGGERMONT (2011, 3 ss.).

intervención de las autoridades locales se han implementado significativamente, especialmente en los últimos trece años. Sin embargo, sigue siendo marginal en ordenamientos como el portugués o el finlandés (Drigo, 2018, 1 ss.).

3. (SIGUE): NUEVAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES A NIVEL EUROPEO

Con referencia al conjunto de normas que permiten la participación de los parlamentos nacionales, de varias maneras, aunque no en términos de «co-decisión» real, en algunos procesos decisorios europeos, además de las funciones de control que ejercen hacia sus respectivos gobiernos (Olivetti, 2012, 509; Weatherill, 2003, 909 ss.), la base legal de referencia es el art. 12 TUE aunque, como se sabe, esta disposición no agota el catálogo de poderes atribuidos a los parlamentos nacionales¹⁸. Algunos pronósticos significativos se encuentran en el Protocolo n. 1 sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea (v. recientemente Granat, 2018) y en el Protocolo n. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Schütze, 2009, 525 ss.) que, en general, confirman que «la inclusión formal de los parlamentos en el marco institucional de la Unión Europea» facilita «aunque con una eficacia limitada de sus intervenciones», la interlocución directa con las instituciones de la Unión Europea (Lippolis, 2017, 13 ss.; Lupo, Piccirilli, 2017).

En términos concretos, los canales de participación activa en los procesos de producción de las normas europeas se articulan en una multiplicidad de instrumentos, que difieren por su potencial de afectar la decisión final y por el rol efectivamente realizado por los parlamentos nacionales.

3.1 El denominado diálogo político

En primer lugar, es posible que los parlamentos nacionales formen parte del llamado «diálogo político»¹⁹, definido como «la unión, y al mismo tiempo, la síntesis de todos los mecanismos para la participación de los parlamentos

¹⁸ También es posible mencionar los poderes atribuidos a los parlamentos nacionales por otras disposiciones de los Tratados (véanse los artículos 48.7 y 49 TUE; 71 y 81.3 TFUE), así como los indicados en los Protocolos adicionales (v. nota abajo) y especificados en algunas disposiciones de la legislación europea derivada (como los Reglamentos 1175/2012 y 473/2013) o en el Tratado por el que se establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad (espec. art. 30.5) o en el *Fiscal compact* (art. 13). Para una visión general, recientemente, *ex multis*, LUPO (2015, 1713 ss.); PICCIACCHIA (2016a, 1 ss.).

¹⁹ Instrumento que, en Italia, está regulado por el art. 9 de la ley n. 234 del 2012.

nacionales en la fase ascendente y, en general, en las políticas de la Unión Europea, casi la prueba de fuego de la efectividad de estos mecanismos» (Piciacchia, 2016a, 1 ss., nuestra trad.). Instrumento configurado originalmente en vía de praxis por iniciativa de la Comisión ya desde 2006²⁰, con el fin de aumentar la dimensión democrática de la Unión mediante la implementación de la participación de las instituciones nacionales en el *decision making process* europeo, el diálogo político favorece la circulación de información y opiniones inherentes a una pluralidad de aspectos políticos o a la iniciativa de actos normativos y no normativos, involucrando principalmente a los parlamentos nacionales y la Comisión. Además, en este proceso también participan las asambleas legislativas de los entes descentralizados, cuyas observaciones y propuestas deben ser tomadas en consideración por los parlamentos nacionales, aunque con diferentes métodos e impactos según el ordenamiento de referencia. Este instrumento tiene un potencial muy significativo para los entes territoriales, ya que les otorga un instrumento participativo flexible y elástico potencialmente adecuado para mejorar las sinergias de colaboración entre el centro y la periferia²¹.

También se incluye entre los métodos de manifestación del diálogo político un nuevo instrumento que se ha establecido en la práctica, como lo evidenció la Cosac²²: la *Green card*, que consiste en la posibilidad de que un cierto número de parlamentos nacionales, a través de sus respectivos órganos internos, competentes conforme a las regulaciones nacionales, sugieran a la Comisión Europea la posibilidad o la oportunidad de emprender ciertas iniciativas, también en a nivel normativo²³.

3.2 La participación en el control sobre la subsidiariedad

El complejo marco regulatorio delineado tanto por el Tratado de Lisboa, como por las normas nacionales, muestra aspectos de interés también con respecto a la valorización de los parlamentos nacionales en relación con el rol

²⁰ Por iniciativa del Presidente de la Comisión J. M. Barroso. Véase, en particular, la Comunicación COM (2006) 211. Para una reconstrucción v., JANČIĆ (2012, 78 ss.).

²¹ En cuanto a Italia, las regiones pueden presentar comentarios útiles a las Cámaras para definir la contribución nacional a la definición de políticas europeas de conformidad con el art. 9 de la l. n. 234 de 2012.

²² V. el «27th Bi-annual Report of COSAC» del 2017, en www.cosac.eu.

²³ El primer intento de hacerlo, en 2015, se debe a la iniciativa del Reino Unido. v. «Twenty-fifth Bi-annual Report: Developments in European Union Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny» del 2016, en www.cosac.eu.

desarrollado en el sistema articulado de control preventivo del respecto del principio de subsidiariedad en los proyectos de actos normativos europeos (el llamado *early warning system-EWS*). Como se sabe, el EWS es un sistema que, al menos formalmente, ha representado una de las innovaciones más significativas en el panorama europeo²⁴. Se trata de una herramienta destinada a salvaguardar el cumplimiento del principio de subsidiariedad, protegiendo el ejercicio de los poderes legislativos de los parlamentos nacionales en todos los casos en que la Unión Europea no tiene competencia exclusiva. Sin embargo, el potencial real de este instrumento aún no está claro: si es realmente capaz de implementar el nivel democrático de la Unión²⁵ o, el proceso de europeización de los parlamentos nacionales. O más, si es una herramienta que se inserta y completa el conjunto de los mecanismos de orientación y control que los parlamentos nacionales pueden ejercer sobre sus respectivos ejecutivos en la formación de la posición nacional en relación con las políticas europeas; o un sistema que permita la promoción y el desarrollo de la cooperación interparlamentaria o, por el contrario, un freno real a la posibilidad de que los procesos de toma de decisiones europeos se desarrollen en todo su potencial y un obstáculo para el proceso de integración en beneficio de los intereses nacionales²⁶. Además, el mecanismo de control de subsidiariedad y el diálogo político constituyen dos caras de la misma moneda, ya que el primero «forma parte de una relación política más amplia entre la Comisión y los parlamentos nacionales»²⁷. De hecho, la activación de múltiples canales de concertación, también de carácter informal, parece haber favorecido una acepción bastante amplia de la subsidiariedad, tanto que ha llegado a comprender la verificación de la corrección de la base legal y el respeto del principio de proporcionalidad, a veces incluso tocando cuestiones de fondo, inherentes, es decir, a la oportunidad política de la intervención legislativa o de algunos de los contenidos de la propuesta examinada (en este punto: Lupo, 2015, 1736, y también Scuto 2016, 67 ss.) y este marco parece ser una expresión natural del carácter multifuncional

²⁴ En este punto, la bibliografía es extremadamente amplia, GRANAT (2018, spec. cap. 5); LUPO (2017, 159 ss.); El estudio del Comité de las Regiones: *The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty—The Role of Regional Parliaments with Legislative Powers and other Subnational Authorities*, 2013, en www.cor.europa.eu; KIVER (2012); FASONE, (2013); BOCCHIETTI (2016, 13 ss.); FROSINA (2016b, 107 ss.); BILANCIA (2016c, 35 ss.)

²⁵ *Contra*, DE WILDE (2012).

²⁶ LUPO (2015, 1729). Sí v. también los informes anuales «*Subsidiarity and proportionality - Annual reports on Better lawmaking*», en www.ec.europa.eu.

²⁷ Como señaló la Comisión Europea-COM (2010) 291-, Informe anual 2009 sobre las relaciones entre la Comisión Europea y los parlamentos nacionales.

de los parlamentos, órganos con una esencia intrínsecamente dúctil y dotados de un alto grado de discrecionalidad.

Además, aunque el sistema europeo de alerta temprana ve a los parlamentos nacionales y no a los entes territoriales como protagonistas, la participación de estos últimos no es infrecuente, al menos en aquellos sistemas en los que tienen poderes legislativos autónomos²⁸. Y son precisamente las herramientas de procedimiento desarrolladas a este respecto las que representan una de las innovaciones más significativas de la última década, cuyo objetivo es analizar y evaluar la contribución efectiva de las autoridades locales a los procesos decisorios europeos. Sin embargo, en términos concretos, los métodos de su participación son extremadamente variados, dependiendo de las elecciones internas de los Estados miembros de la Unión, así como de las prácticas de colaboración más o menos virtuosas de los parlamentos nacionales. Queriendo hacer un resumen, la mayoría de los sistemas compuestos (con la excepción de Bélgica) han considerado a las entidades territoriales como «sujetos consultivos» de los parlamentos nacionales y, por lo tanto, como «partes integrales del dispositivo parlamentario de su país» (Papa, 2016, 512, trad. nuestra). La experiencia belga no encaja en este modelo porque, en ese ordenamiento jurídico, dependiendo de las competencias respectivas, las asambleas legislativas de las Regiones y Comunidades pueden participar en el control de subsidiariedad en igualdad de condiciones con el Parlamento Federal²⁹. En los otros sistemas compuestos, las modalidades de procedimiento de la actividad consultiva a través de las cuales se puede articular el EWS se remontan esencialmente a la identificación de mecanismos de concertación y lugares donde las diversas instancias de los órganos territoriales convergen para alcanzar una posición común³⁰. Sin embargo, faltan modelos procedurales y canales participativos uniformes incluso dentro de los diversos contextos legales y esto contribuye a delinear un panorama con geometría variable y asimétrica. Por el contrario, proporcionar un modelo de investigación preliminar verdaderamente compartido también podría facilitar el examen, a nivel nacional, de las determinacio-

²⁸ Sobre este punto, para una visión general, señalamos GRANAT (2018, spec. cap. 5); el estudio del Comité de las Regiones: *The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty – the role of regional parliaments with legislative powers and other subnational authorities*, 2013, en www.cor.europa.eu; BOCCHIETTI (2016, 13 ss.); FROSINA (2016b, 107 ss.); BILANCIA (2016c, 35 ss.); PICIACCHIA (2016b, 51 ss.).

²⁹ Véase la Declaración n. 51 anexa al Tratado de Lisboa.

³⁰ Para una evaluación parcial del «virtuosismo» del sistema de control preventivo de la subsidiariedad, según lo esbozado por el legislador nacional e integrado por las regiones y provincias autónomas, permítase remitir a DRIGO, (2018, espec. 25-26 y a la bibliografía allí citada).

nes de las autoridades territoriales, contribuyendo a mejorar la calidad de las intervenciones nacionales en Europa ³¹.

3.3 La cooperación interparlamentaria: elementos esenciales

Como se anticipó anteriormente, el papel de los parlamentos nacionales también puede evaluarse considerando los múltiples canales de cooperación interparlamentaria, que expresan el conjunto de vínculos y relaciones de los parlamentos nacionales en el sistema constitucional compuesto de la Unión ³².

Fenómeno que hasta ahora ha mostrado resultados decepcionantes en términos de mejora potencial del papel de los parlamentos nacionales, «resultado de la combinación, de acuerdo con saldos variables de diferentes posiciones» (Esposito, 2014, 134), la cooperación interparlamentaria, en sus diversas formas, tendría el propósito de implementar sinergias y cooperaciones destinadas a asumir una posición común en el contexto del diálogo político o en relación con aspectos de particular interés para la Unión (como, por ejemplo, la cooperación en materia de gobernanza económica).

La cooperación interparlamentaria se ha caracterizado por una expansión gradual en los diez años posteriores a la aprobación del Tratado de Lisboa articulándose según canales parcialmente institucionalizados. Entre los diversos canales en los que se articula la cooperación interparlamentaria, si bien ahora está consolidada la actividad de la Cosac o la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de la Unión Europea ³³, el Grupo Parlamentario Conjunto de Control sobre Europol ³⁴ representa sin duda una novedad más reciente con potencial aún por explorar.

³¹ Sobre este punto, véase arriba, nota n. 29. Si v. también A. ZEI (2016, 573 ss.) según el cual una comparación entre los diferentes pedidos es particularmente delicada a pesar de la existencia de bases de datos muy ricas (como el establecido en el Comité de las Regiones para supervisar el control de las asambleas regionales de subsidiariedad y permitir un rápido intercambio de información sobre los proyectos que se examinarán). Los datos presentes en ellos, de hecho, «deben considerarse como un indicador bastante burdo del papel desempeñado por las asambleas regionales. El control sobre la subsidiariedad, ... básicamente se convierte en una evaluación del impacto de una medida legislativa en materia de poder regional, y mucho depende de los detalles de los criterios de asignación introducidos en los estados», p. 642 (trad. nuestra).

³² Véase el artículo 9 del Protocolo 1 anexo al Tratado de Lisboa. Hasta la fecha, la cooperación interparlamentaria se desarrolla de acuerdo con varios canales de concertación que por razones de espacio no pueden analizarse aquí. Para más información sobre este punto LUPO, FASONE (2018), GRIGLIO (2017, 195 ss.); FROMAGE (2016, 749 ss.); ESPOSITO (2014, 133 ss.).

³³ Para una visión general reciente ver LUPO, FASONE (2018, spec. 207 ss.)

³⁴ Ver artículos 87-88 TFUE. El Grupo Parlamentario Conjunto de Control sobre Europol se creó tras la entrada en vigor, el 1 de marzo de 2017, del Reglamento Europol. Para mayor información ver Las Relaciones entre el Parlamento Europeo Y los Parlamentos nacionales de la Unión. Informe anual

En un futuro próximo, se solicitará al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales de los Estados miembros que lleven a cabo una evaluación de las actividades de Eurojust mediante el establecimiento de un mecanismo especial de cooperación interparlamentaria de conformidad con el art. 85.1 del TFUE³⁵.

También debe mencionarse que las diversas comisiones del Parlamento Europeo organizan periódicamente reuniones con las comisiones correspondientes de los parlamentos nacionales para debatir cuestiones específicas, creando así una red de relaciones y una plataforma para intercambiar posiciones en relación con los procesos normativos o las políticas de interés común. Aunque es complejo evaluar el impacto real de esta actividad, lo que parece ser significativo es su aumento constante en los últimos años.

4. REFLEXIONES FINALES

En las relaciones con las instituciones europeas, los parlamentos todavía no parecen ser los protagonistas. Gracias a las modificaciones de los Tratados, ciertamente tuvieron la oportunidad de ejercer un rol más activo, sin embargo, no se puede afirmar que actúan como verdaderos «decisores»: su papel parece mejor atribuible a la mera área de «influencia» (Lippolis, 2017, 13 ss.).

En un contexto histórico, político e institucional en el que el patrimonio institucional de la Unión parece cada vez más sometido a ejes de tensión (v. *supra* par. 1) para aprovechar al máximo los canales de participación y concertación que ofrece el Tratado de Lisboa, mejorando también la dinámica de la interrelación entre el nivel europeo, nacional y sub-nacional, potenciando esa democracia de proximidad expresada por las instancias de las autoridades territoriales y sus sinergias con los parlamentos nacionales, podría resultar un contrapeso útil y un factor de reequilibrio funcional en la actual situación de crisis de la Unión³⁶. Sin embargo, parece necesario eliminar una serie de as-

de 2018. Texto en: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/24ed4892-8338-4ed2-b54e-b231c94f1676/L015863-BROC-A4-ES_v4.pdf.

³⁵ A este respecto, véase el reciente Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, que establece la Agencia de la Unión Europea para la cooperación judicial en materia penal (Eurojust) y que reemplaza y deroga la decisión 2002 / 187 / GAI del Consejo. El presente Reglamento, vigente desde diciembre de 2018, será aplicable en diciembre de 2019.

³⁶ La implementación de la integración regional, y la aplicación de canales de concertación con los parlamentos, al menos en aquellos sistemas donde sigue siendo deficiente, por lo que podría contribuir a aumentar el nivel de legitimidad democrática del complejo de mecanismos decisivos y procedimentales europeos, facilitando y promoviendo una participación popular más cercana y ayudando a asegurar que los ciudadanos perciben mejor (*rectius* más cerca de sí mismos) la Unión Europea.

pectos críticos que caracterizan las formas en que se han desarrollado las relaciones entre los parlamentos nacionales, las entidades territoriales con poder legislativo autónomo y la dimensión europea³⁷. En general, de hecho, las asambleas legislativas de los Estados miembros de la Unión se han colocado en el centro de lo que se ha denominado «un laberíntico entramado de procedimientos» (Lippolis, 2017, 28, trad. nuestra), que al menos permitiría potencialmente a los parlamentos nacionales, y, cuando presentes, a sus entes descentralizados, manifestar su influencia y su posición en relación con las políticas de la Unión, yendo más allá del canal de control sobre la acción de los gobiernos nacionales, acción consolidada desde el Tratado de Maastricht, pero también directamente relacionada con las instituciones europeas, *in primis*, la Comisión.

Sin embargo, la verdadera pregunta se refiere a una evaluación de qué tan efectivo e incisivo es el conjunto de mecanismos e instrumentos que pueden ser utilizados por los parlamentos nacionales.

La praxis nos muestra una clara preferencia por emplear el instrumento del diálogo político³⁸ en lugar de recurrir a las herramientas concertadas descritas en el contexto del EWS, en relación con las cuales se espera una implementación³⁹. De hecho, es difícil comprender el impacto real del EWS. La Comisión Europea, si bien responde a las solicitudes o comunicaciones que provienen de los parlamentos nacionales, a menudo lo hace con retraso y el efecto de estos canales de concertación no está claro⁴⁰. Sin embargo, una señal significativa está representada por el establecimiento del «*task force* para la subsidiariedad y proporcionalidad y para hacer menos mas eficientemente»⁴¹.

³⁷ Sin embargo, es necesario implementar prácticas virtuosas e intervenir en los mecanismos de concertación y en los mecanismos de participación previstos a nivel nacional, especialmente cuando, como en Italia, surgen como particularmente engorrosos y a veces poco claros en relación con los efectos de la falta de respuesta o participación.

³⁸ El diálogo político se habría visto afectado por un aumento del 30% en 2018 (en comparación con el año anterior): cifras en Las Relaciones entre el Parlamento Europeo Y los Parlamentos nacionales de la Unión. Informe anual de 2018, 39 ss., cit. Supra en la nota n. 35.

³⁹ Sobre este punto, recientemente, véase: *Risoluzione del Parlamento europeo* del 19 de abril de 2018, *Implementation of the Treaty provisions concerning national Parliaments*, P8_TA(2018)0186, tal y como el informe citado en la nota anterior.

⁴⁰ Además, el EWS se activa solo cuando se alcanza un cierto número de opiniones concordantes. Hasta la fecha, el procedimiento de «tarjeta amarilla» solo se ha activado en tres ocasiones (en 2012, 2013 y 2016), mientras que el procedimiento de «tarjeta naranja» nunca ha sido usado. Véanse los informes anuales de la comisión sobre subsidiariedad y proporcionalidad, en http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/rerelations/relations_other/npo/subsidiarity_reports_en.htm

⁴¹ Este *Task force* fue establecido el 14 de noviembre de 2017 por el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, y ha estado operativo desde 2018. El primer informe del grupo de trabajo se hizo público en julio de 2018: texto en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-doing-less-more-efficiently_1.pdf. Ver también el Informe Anual de la Comisión – - 23.10.2018 COM(2018) 490 final, en www.ipex.eu.

Este *task force* tiene la tarea de elaborar recomendaciones que puedan indicar cómo realizar mejoras en la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; para corroborar las áreas en las que las decisiones podrían redistribuirse o devolverse definitivamente a los países de la Unión; para identificar métodos operativos que permitan una mejor participación de los entes territoriales, a nivel regional y local, al implementar las políticas de la UE.

Del mismo modo, los canales de cooperación interparlamentaria, aunque se implementaron gradualmente, hasta alcanzar su nivel histórico máximo durante 2018⁴², no han podido, hasta ahora, expresar todo su potencial, produciendo efectos de vinculatoriedad para los órganos de la Unión. Se conoce el pesimismo de una parte de la doctrina sobre el tema (por ejemplo, Amato, 2016, 1 ss.): la cooperación interparlamentaria se ha definido como «una oportunidad en gran medida desaprovechada, pero de la que habría, en la democracia europea, especialmente hoy en día, necesidad absoluta» (Lupo, 2016, 14). Sigue presentando perfiles significativos de ambigüedad e ineficiencias que afectan su estructura, poderes y procesos de toma de decisiones (Fasone, Lupo, 2018b, 345).

En un nivel diferente, es imposible no considerar cómo, en relación con otros instrumentos participativos, los parlamentos aún no son muy sensibles y proactivos y cómo demuestran ser la mayoría de las veces adhesivos a las posiciones del gobierno: en el control de los ejecutivos en relación con la formación de la posición nacional, hay intervenciones más incisivas solo en los casos limitados en los que tienen un poder real de mandato hacia los gobiernos. También hay algunas dificultades estructurales en la gestión de la cantidad de información que llega a los parlamentos nacionales de la Unión. Mucha información que impone un poder de filtrado significativo por parte de los gobiernos que colocan los perfiles considerados de mayor importancia para la atención de las asambleas legislativas⁴³.

Considerando Estados compuestos miembros de la Unión Europea, existen diferencias significativas, tanto en términos de participación de representantes de los entes territoriales en el trabajo del Consejo, como en el establecimiento de una contribución efectiva al diálogo político del que son portadoras las instituciones nacionales. Además, también en relación con la participación en los mecanismos de control de subsidiariedad, de hecho, hay poco impacto. En muchos países, incluida Italia, la legislación tiene lagunas y el rol de las

⁴² Véase el informe oficial en http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/d22b5f20-6f06-4a32-968b-acc37bf13c66/RAPORT_2018.pdf

⁴³ También existe una mayor dificultad para que los parlamentos pequeños y menos estructurados filtren de manera efectiva (y evalúen, expresen una posición sobre) la cantidad de información a la que se dirigen.

autonomías territoriales no parece ser plenamente apreciado, aunque estos pueden afirmar sus posiciones también dentro del Comité de las Regiones, un organismo que, especialmente después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha visto sus propios poderes ampliados por lo que se refiere al control del cumplimiento de la subsidiariedad.

Además, muchas entidades territoriales han establecido canales autónomos para el diálogo o la interacción con las instituciones europeas, contribuyendo a crear un panorama aún más complejo y, al menos potencialmente, evitando los canales oficiales de concertación: estableciendo canales de información e incluso ejerciendo actividades de lobby directamente a nivel europeo con sus oficinas⁴⁴. Esto, si por un lado permite una mayor participación en los procesos de toma de decisiones europeos, por otro lado, causa una fuerte falta de homogeneidad, no solo con respecto a la cantidad, sino también a la calidad de la participación de las autoridades descentralizadas, ya que existen fuertes diferencias también dentro del mismo Estado⁴⁵.

Queriendo hacer un balance parcial, compartimos la posición de quienes sostienen que «la mejor manera para los parlamentos parece ser hacer el mejor uso de la influencia de la dirección política y los poderes de control hacia el gobierno, conectados, en general, a la verificación de la relación de confianza también en relación con las opciones de política europea» (Scuto, 2016, 85), implementando poderes parlamentarios en las relaciones con los gobiernos y mejorando los canales de comunicación y participación de las entidades territoriales, incluso en aquellos ordenamientos que hasta la fecha no los han considerado adecuadamente (como España, Italia y también Portugal y Finlandia), aprovechando, posiblemente, las mejores prácticas en los sistemas que tradicionalmente han mostrado una mayor sensibilidad con referencia a este aspecto (como Bélgica, Alemania y Austria).

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMATO, G. (2016), «Unione Europea e cooperazione parlamentare: un dibattito», *Nomos*, n. 1, pp. 1 ss.

⁴⁴ Como en los casos de Austria, Bélgica, Alemania, pero también, aunque en menor medida, Italia.

⁴⁵ Y esto se suma a las fuertes diferencias en la arquitectura constitucional que existen. Por ejemplo, como se mencionó anteriormente con referencia al contexto italiano, uno de los factores débiles de la participación regional en la gobernanza multinivel de la UE también se deriva del hecho de que no existe una cámara representativa de las regiones.

- ARRIBAS, G. V.; HÖGENAUER, A. L. (2015), «Legislative Regions after Lisbon: A New Role for Regional Assemblies?» en Heftler et al (eds.), *The Palgrave Handbook on National Parliaments and the European Union*, UK: Palgrave MacMillan, pp. 133 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2016), «I Parlamenti sub-statali e la costruzione di una democrazia pluralistica a livello europeo», en F. Lanchester (ed.), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano: Giuffrè, pp. 11 ss.
- BESSELINK, L. F. M. (2018), «The Place of National Parliaments within the European Constitutional Order», en N. Lupo, C. Fasone (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford: Hart Pub., pp. 23 ss.
- BILANCIA, P. (ed.) (2016a), *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Milano: Wolters Kluwer – Cedam.
- (2016b), «Il crescente coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea», en Id (ed.), *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Milano: Wolters Kluwer – Cedam, pp. 1 ss.
- (2016c), «L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo», en F. Lanchester (ed.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano: Giuffrè, pp. 35 ss.
- BIN, R.; CARETTI, P.; PITRUZZELLA, G. (2015), *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, Bologna: il Mulino.
- BOCCHIETTI, V. (2016), *The principle of subsidiarity in the European Union more than five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon: outcomes and unresolved questions*, en A. Papa (ed.), *Le regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino: Giappichelli, pp. 13 ss.
- CARTABIA, M. (2005), «I parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Cosa resta in caso di mancata ratifica?», en <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200510/cartabia.html>.
- DE WILDE, P. (2012), «Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit», en *Opal on line paper*, n. 6.
- DRIGO, C. (2018), «Multilevel Governance dell'Unione europea: autonomie territoriali e processi europei di produzione normativa», en *Federalismi.it*, n. 15, pp. 1 ss.
- EGGERMONT, F. (2011), «In the Name of Democracy: The External Representation of the Regions in the Council», en C. PANARA, A. De BECKER (eds.), *The Role of Regions in EU Governance*, Heidelberg, pp. 3 ss.
- ESPOSITO, A. (2014), «La cooperazione interparlamentare. Principi, strumenti e prospettive», en A. MANZELLA, N. LUPO (ed.), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino: Giappichelli, pp. 133 ss.
- FASONE, C. (2013), «Concepts of Subsidiarity in the Early Warning Mechanism», en *LUISS Guido Carli School of Government Working Paper No. SOG-WP4/2013*, in <https://ssrn.com/abstract=2243503>;

- FASONE, C., LUPO, N. (2018a), «Parliaments in the Composite European Constitution», en N. Lupo, C. Fasone (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford: Hart Pub., pp. 1 ss.
- (2018b), «Interparliamentary Cooperation in the Framework of a Euro-national Parliamentary System», en N. Lupo, C. Fasone (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford: Hart Pub., pp. 345 ss.
- FRAGA, A. (2005), «After the Convention: The future role of National Parliaments in the European Union (and the day after ... nothing will happen)», *Journal of Legislative studies*, n.11, pp. 490 ss.
- FROMAGE, D. (2016), «Increasing Inter-Parliamentary Cooperation in the European Union: Current Trends and Challenges», *European Public Law*, n. 4, pp. 749 ss.;
- FROSINA, L. (2016a), «Il contributo dei Parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'Unione Europea. A proposito di conferenze interparlamentari ed *early warning system*», *Nomos*, n. 2, pp. 1 ss.
- (2016b), «Le Assemblee legislative regionali nell'*early warning system* e i problemi della cooperazione interparlamentare», en F. LANCHESTER (ed.), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano: Giuffrè, pp. 101 ss.
- GRANAT, K. (2018), *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, UK: Hart publishing.
- GRIGLIO, E. (2017), «Procedures vis-à-vis the European Parliament and the Other National Parliaments: Interparliamentary Cooperation», en N. Lupo, G. Piccirilli (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford & Portland: Hart Pub., pp. 195 ss.
- GRIMM, D. (2016), «Il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea», en F. Lanchester (ed.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano: Giuffrè, pp. 19 ss.
- GROEN, A.; CHRISTINASEN, T. (2015), «National Parliaments in the European Union: Conceptual Choices in the European Union's Constitutional Debate», en C. Heffler et al (eds.), *The Palgrave Handbook on National Parliaments and the European Union*, UK: Palgrave MacMillan, pp. 43 ss.
- JANČIĆ, D. (2012), «The Barroso Initiative: Window Dressing or Democracy Boost?», *Utrecht Law Review*, n. 1, pp. 78 ss.
- KIVER, P. (2012), *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Routledge.
- LINDESETH, P. L. (2010), *Power and legitimacy: Reconciling Europe and the Nation State*, Oxford: OUP.
- LIPPOLIS, V. (2017), «Gli effetti del processo di integrazione sul Parlamento», en A. CIANCIO (ed.), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino: Giappichelli, pp.13 ss.

- LUPO, N. (2017), «Procedures vis-à-vis the Commission: The Subsidiarity Scrutiny as a Way to ‘Reconnect’ EU Democracy», en N. LUPO, G. PICCIRILLI (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford & Portland: Hart Pub., pp. 159 ss.
- (2016), «Unione Europea e cooperazione parlamentare: un dibattito», *Nomos*, n. 1, pp. 1 ss.
- (2015), «I poteri «europei» dei parlamenti nazionali» en F. BALAGUER CALLEJÓN et al. (eds.), *Scritti in onore di Antonio d’Atena*, III, Milano: Giuffrè, pp. 1713 ss.
- MANZELLA, A.; LUPO, N. (eds.). (2014), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino: Giappichelli.
- MANZELLA, A. (2015), «Parlamento Europeo e Parlamenti nazionali come sistema», in *Rivista AIC*, n. 1, pp. 1 ss.
- MORELLI, M. (2011), *La democrazia partecipativa nella Governance dell’Unione Europea*, Milano: Giuffrè.
- OLIVETTI, M. (2013), «The Regions in the EU decision making processes», en M. CARTABIA, N. LUPO, A. SIMONCINI (ed.), *Democracy and subsidiarity in the EU*, Bologna: il Mulino, pp. 319 ss.
- (2012), «Parlamenti nazionali nell’Unione europea», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. V, Torino: UTET giuridica, pp. 485 ss.
- PANARA, C. (2018), *The Sub-national Dimension of the Eu: A Legal Study of Multilevel Governance*, Germany: Springer.
- PAPA, A. (2016), «Il modello europeo di integrazione e la multilevel governance europea», F. Lanchester (ed.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, en Milano: Giuffrè, pp. 505 ss.
- PASSOS, R. (2008), «Recent Developments Concerning the Role of National Parliaments in the European Union», in *ERA forum*, n. 9, pp. 25 ss.
- PICCIRILLI, G. (2017), «Introduction: The Italian Parliament and the New Role of National Parliaments in the European Union», en N. LUPO, G. PICCIRILLI. (eds.) *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford & Portland: Hart Pub., pp. 1 ss.
- PICCIACCHIA, P. (2016a), «Un fenomeno in crescente espansione: il dialogo politico dei Parlamenti nazionali nell’UE», in *Nomos*, n. 1, pp. 1 ss.
- (2016b), «Il Trattato di Lisbona e l’impatto del meccanismo di controllo dei parlamenti nazionali (EWM) sul principio di sussidiarietà», in F. Lanchester (ed.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano: Giuffrè, pp. 51 ss.
- RAUNIO, T. (2009), «National Parliaments and European Integration: What We Know and Agenda for Future Research», *Journal of Legislative Studies*, n. 15, pp. 317 ff.
- SCHÜTZE, R. (2009), «Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the safeguards of Federalism?», *Cambridge Law Journal*, n. 3, pp. 525 ss.

- SCUTO, F. (2016), «Il ruolo del Parlamento italiano nella formazione del diritto europeo: recenti sviluppi e criticità», en F. Lanchester (ed.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano: Giuffrè, pp. 67 ss.
- WEATHERILL, S. (2003), «Using National Parliaments to Improve Scrutiny of the Limits of EU Action», *European Law Review*, n. 6, pp. 909 ss.
- ZEI, A. (2016a), «Diritto e rovescio nella trama della *multilevel governance* federale ed europea: sulla marginalità delle assemblee legislative in Germania, Austria e nel Belgio», F. Lanchester (ed.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano: Giuffrè, 573 ss.
- (2016b), «Sulle limitate potenzialità democratiche della regionalizzazione europea: l'esperienza delle assemblee dei Länder austriaci e tedeschi nella formazione del diritto europeo», en F. Lanchester (ed.), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano: Giuffrè, pp. 163 ss.

AL HILO DEL PARLAMENTO Y LA CONSTITUCIÓN: BREVES ACOTACIONES SOBRE CUATRO DÉCADAS DE PARLAMENTARISMO EN ESPAÑA

MARÍA ROSA RIPOLLÉS SERRANO*
Cortes Generales. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La acción parlamentaria ordinaria. 3. La actuación parlamentaria en competencias o en situaciones de carácter extraordinario. 4. A modo de reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

Las IV jornadas hispano italianas conmemorativas de dos felices aniversarios cercanos en el tiempo, como son el septuagésimo largo aniversario de la Constitución italiana, y el cuadragésimo de la española, fueron promovidas por jóvenes y entusiastas profesores tan conocedores y admiradores del régimen constitucional italiano como del español, y significaron un punto de reflexión porque la democracia italiana tras la II Guerra mundial, configurada

* Letrada de las Cortes Generales y Profesora de Derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Este texto se corresponde con la intervención en la mesa redonda «Actuando la Constitución desde las instituciones» en el IV congreso internacional «Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo: con ocasión del 70.º aniversario de la Constitución italiana y el 40.º aniversario de la Constitución española» del Seminario Ítalo-español, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia del 28 al 30 de noviembre de 2018.

por su Constitución; y la democracia española, tras la desaparición del franquismo, y consolidada por la Constitución, guardan ciertas similitudes en el proceso constituyente, basado en la armonía de contrastes y en la finalidad conciliadora, cuanto en numerosas instituciones constitucionales que la CE –posterior en el tiempo a la italiana– ha importado del sistema constitucional italiano, sin perjuicio de otros precedentes autóctonos, caso del Consejo de la Magistratura italiano, Consejo General del Poder Judicial en la española; o del propio modelo de organización territorial, un *tertium genus* entre el Estado unitario y el federal que aquí doctrinalmente denominamos Estado autonómico y allí Estado regional, cuyos precedentes están tanto en la II República española cuanto en el Estado regional italiano de la Constitución de 1947.

No es ajena a esta circunstancia, la formación italiana de algunos juristas españoles muy relevantes en el momento pre constituyente o constituyente, estoy pensando en profesores como Lucas Verdú, o Ferrando Badia que «importaron» la mejor doctrina italiana, y en la influencia de profesores italianos como Predieri, Vergottini, La Pergola, o Manzella. Factor este que ya de por sí justificaría un homenaje intelectual a los colegas españoles e italianos, con los que, además, me consta que muy destacados sectores académicos españoles mantienen una estrecha relación intelectual y personal, de la que son muestra estas reuniones científicas.

En este marco haber participado en una de las Mesas redondas de este congreso ha sido un placer y un aprendizaje directo de grandes maestros cuya lectura he de reconocer que contribuyó mucho a mi formación y, a la par, permite contribuir a la entusiasta –y exitosa– tarea de jóvenes colegas que garantizan ese sentido de «continuum» que tiene la vida académica y, no menos valiosa, la percepción de que dentro de la Constitución todo es posible, mientras que fuera solo queda la barbarie, por más que se disfrace de democrática en lo que seguramente es la peor perversión de la democracia: la democracia al margen de la Ley.

Vaya, pues, mi aportación a estas jornadas, en las que, desde mi especialización en Derecho parlamentario, especialidad también con grandes maestros en Italia como Ambrosini, Tossi, Ungari, Manzella, Lupo, Rolla, Ceccherinni, Di Ciolo y Ciaurro, o más recientemente Ibrido, o numerosos *consiglieri* del Parlamento italiano, en fin, una pléyade de autores, que ha contribuido al desarrollo propio de esta disciplina en España, especialmente en los setenta, cuando el Derecho parlamentario español se resentía de una laguna histórica de casi 50 años, y forzoso fue «reconstruirlo» desde nuestros cimientos con Pérez Serrano o Fernández Martín, con aportaciones doctrinales cercanas a nuestra cultura jurídica, y entre ellas las citadas de la academia italiana, hasta llegar a las numero-

sas, y algunas notorias, aportaciones del Derecho Parlamentario autóctono desde hace unas cuatro décadas.

Pues bien, desde esta perspectiva, mi reflexión, a modo de pinceladas, se refiere al encaje constitucional del Parlamento español en nuestra Constitución de 1978; y, a este fin, por un orden lógico, me referiré en primer lugar a los órganos y competencias desempeñadas de carácter ordinario; y posteriormente a las que se podría calificar como extraordinarias por su recurso no habitual; para terminar con un breve epílogo sobre estos cuarenta años de Parlamento y de parlamentarismo con la Constitución de 1978.

2. LA ACCIÓN PARLAMENTARIA ORDINARIA

Por acción parlamentaria ordinaria me refiero a aquellos órganos y funciones que actúan de manera continuada y común, conforme a las disposiciones constitucionales y reglamentarias en el ejercicio constante de las competencias y facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico al Parlamento.

Así, comenzando por los sujetos parlamentarios –parlamentarios y grupos parlamentarios–; en materia de órganos es clásica la distinción entre órganos directivos –la Presidencia, la Mesa y la Junta de Portavoces– y funcionales –o de trabajo– las Secretarías Generales, las Ponencias, las Comisiones, el Pleno o la Diputación permanente.

Los sujetos parlamentarios sin duda han experimentado cambios muy importantes porque la primera y obvia constatación es que estamos ante un Parlamento de grupos parlamentarios más que de parlamentarios individuales; en efecto, los grupos tienen por vía reglamentaria atribuidas buena parte de las iniciativas –iniciativa legislativa, enmiendas de totalidad o por ej. PNLs– e incluso aquellas que el Reglamento atribuye a los parlamentarios individualmente –por ej. las preguntas, o las solicitudes de información o documentación, requieren de la firma del portavoz o están dentro del sistema de cupo de grupos para poder ser incorporadas a un orden del día–. La realidad es que en torno a los grupos se ordenan todos los órganos, todas las iniciativas y actividades parlamentarias, hasta el punto de que se puede afirmar sin error que nuestro Parlamento es un Parlamento de grupos parlamentarios, o lo que es lo mismo de partidos, en tanto en cuanto el grupo (salvo el mixto) es la expresión parlamentaria de los partidos políticos.

Por otra parte ha habido cambios asimismo en la «sociología» de los parlamentarios, de entre los que se podrían destacar tres: la feminización del Parlamento, en número de mujeres parlamentarias –24 diputadas en la I legislatura-

ra, 169 en la XIII–, en la relevancia de los cargos –en 1999 la primera mujer Presidenta del Congreso Luisa Fernanda Rudi, y en las dos últimas legislaturas Presidentas del Congreso, Ana Pastor y Meritxell Batet–, o numerosas mujeres portavoces de importantes grupos parlamentarios, o vicepresidentas u otros cargos en la Mesa de la Cámara o las de las comisiones desde la XII Legislatura y en la XIII Legislatura, y, obviamente, en el protagonismo femenino en iniciativas y competencias.

En segundo lugar destaca también el rejuvenecimiento de los parlamentarios, sobre todo desde comienzos del siglo XXI; y, en tercer lugar, una tendencia a la profesionalización de la actividad política, es decir, un número creciente de parlamentarios cuya actividad fuera de la condición política y parlamentaria es desconocida, de bajo perfil o inexistente, frente al predominio de profesionales característico de las primeras legislaturas.

Por lo que atañe a los órganos directivos tras cuarenta años ya se puede hablar de algunas características fijadas durante el decurso de esta etapa; así, las Presidencias tendencialmente pueden considerarse neutrales en la dirección de debates y militantes o partidistas en la decisión, por cuanto solo en un caso la Presidencia anunció su abstención institucional –la de Peces Barba en 1982, ciertamente con un Grupo Socialista con 202 diputados–. Destaca el crecimiento de facultades y poder institucional de las Mesas de las Cámaras, por varias razones, porque son órganos de trabajo semanal continuado a lo largo de toda la legislatura y ello les dota de una actividad y asesoramiento continuado, reforzado y por ende de un conocimiento muy seguido e intenso de las tareas y asuntos parlamentarios; y porque, además de las competencias atribuidas por la Constitución y los Reglamentos parlamentarios, su naturaleza plural, con representación, sino de todos, de la mayoría de grupos parlamentarios, en proporción a su importancia numérica, hace de estos órganos colegiados plurales instrumentos altamente especializados en el trabajo parlamentario, conocedores como pocos de la actividad y organización de la Cámara y con competencias cada vez mayores en virtud de esa suerte de delegación que los Grupos parlamentarios hacen en sus representantes en la Mesa. Si bien hay que señalar que hasta hace bien poco, las Mesas desempeñaban sus tareas desde criterios más institucionales que políticos, aunque en las últimas legislaturas también apunta tendencialmente que la política partidista ha entrado en las tareas de las Mesas.

De naturaleza estrictamente partidista, puramente política, no en balde el Parlamento es política en estado puro, son las Juntas de Portavoces, oídas sistemáticamente no solo en la fijación del orden del día de los Plenos sino en gran parte de las decisiones parlamentarias, como mecanismo participativo

integrado parcialmente por algunos miembros de la Mesa, Grupos y Gobierno en la secuencia de organización y trabajo de las Cámaras.

Se podría decir en su haber que todos estos órganos directivos —once Presidentes del Congreso desde 1979 a la actualidad y nueve Presidentes del Senado, trece Mesas de cada Cámara y trece Juntas de Portavoces respectivamente—, actúan con regularidad, rigor y prestigio en el desempeño de sus competencias constitucionales y parlamentarias, sin que quepa hablar de que haya habido una situación crítica en relación con alguno de los órganos de gobierno parlamentarios, más allá de concretas pequeñas controversias ceñidas a asuntos determinados e impulsadas por los Grupos detrás de cada miembro de estos órganos directivos. Ahora bien, en su deber, se podría mencionar una cierta actitud hermética, y cierta tendencia a acumular facultades, por ejemplo en materia de relaciones internacionales, probablemente tan saludable en lo que atañe a eficacia, como mejorable en lo que se refiere a transparencia, por más que, ciertamente algunos acuerdos aparecen publicados en el BOCG o que en el Senado, con un importante esfuerzo, se publique en su página web las actas de las reuniones de la Mesa de la Cámara alta.

Respecto de los órganos funcionales se podría destacar lo siguiente: la institucionalización de las Secretarías Generales o administraciones parlamentarias desde comienzos de los ochenta, con la aprobación del EPCG y las plantillas orgánicas, así como la regulación jurídico administrativa de los órganos de la administración parlamentaria —caso, por ejemplo, de las Juntas de Personal, Juntas de Contratación, Juntas de Informática, Comisiones o Comités de publicaciones, Comisión de expurgo de documentos, Comisión de transparencia, Tribunal de recursos contractuales, etc., desde el 78 hasta aquí —2019— se ha asistido a un doble proceso, de organización administrativa en todos los órdenes y de pleno sometimiento al Derecho en todos los procedimientos y actuaciones.

En cuanto a los órganos funcionales parlamentarios la experiencia de cuarenta años ha ido decantando también algunas notas, como pueden ser la relevancia del trabajo en ponencia como primer momento de la función legislativa; o la rica actividad de las subcomisiones en el Congreso —no existen en el Senado—, y muy especialmente, la importancia del trabajo de las Comisiones, verdadero motor de la vida parlamentaria basado en dos principios: la especialización del trabajo y, en ocasiones, el carácter preparatorio de las decisiones del Pleno. Si bien también se han planteado algunas cuestiones como la conveniencia, a la hora de determinar el número de componentes de las ponencias —facultad del Presidente, con el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces, al comienzo de cada Legislatura— de modo que este sea

impar para evitar bloqueos; o, puesto que las ponencias deciden por consenso, salvo que «en caso de producirse votación se aplicara el criterio del voto ponderado» la dificultad conceptual de la hipotética ponderación del voto del grupo mixto, plural por naturaleza, que da lugar a situaciones en franco contraste con la proporcionalidad y coherencia del voto que, a mi criterio, inciden negativamente en la misma prescripción constitucional que establece que «el voto de Senadores y Diputados es personal e indelegable» (Art. 79.3 CE).

Las subcomisiones del Congreso en cuanto órganos intermedios entre las ponencias y las comisiones, acordadas a propuesta de las comisiones por el pleno y con objeto y tiempo determinado, han resultado tan exitosas en las últimas legislaturas que han requerido de limitación para evitar aquello para lo que fueron creadas: evitar la excesiva proliferación de órganos intermedios, y se ha establecido por las Mesas un número tope en seis u ocho subcomisiones simultaneas.

A destacar como un hecho de alcance el incremento de comisiones y la intensa y creciente actividad de las comisiones parlamentarias –las legislativas permanentes dependiendo, con practica ya consolidada, del número de ministerios, hasta el punto de que viene siendo habitual la modificación del precepto que las contempla en el Reglamento, para acoger los cambios ministeriales–; y, muy especialmente las de estudio e investigación, que hasta hace poco eran creadas con extrema contención, salvo en las últimas legislaturas –así, en el Congreso en la XII Legislatura, treinta y tres comisiones permanentes legislativas, diez comisiones permanentes no legislativas, cinco de investigación y dos no permanentes de estudio, además de las mixtas, seis permanentes y una no permanente-. Sin duda las comisiones llevan el peso del trabajo ordinario parlamentario en materia de control ordinario, competencia legislativa, con intervención en las dos primeras fases del procedimiento ordinario y las dos y definitivas fases cuando se aplica el procedimiento especial de competencia legislativa plena en comisión. En otro orden de cosas, la práctica que se viene siguiendo de elegir presidentes de comisión a personas notorias en la vida política también ha contribuido a dotar de mayor prestigio visual a las comisiones y, a la postre, una mayor *auctoritas*. Sin error o desmesura bien cabe decir que el peso de la actividad y decisión parlamentaria recae en las comisiones de las Cámaras, elemento este que es prácticamente desconocido incluso en el plano académico.

El Pleno se ha ido convirtiendo a lo largo de estos años en un órgano parlamentario –sin duda el más importante porque lo integran la totalidad de los miembros de la Cámara– muy previsible, porque está perfectamente ordenada la secuencia y tiempos de los debates y porque, al incorporar el acceso informático

en el Pleno, por hipótesis, el parlamentario podría hasta obtener o recibir información al objeto de su intervención en los debates, lo que, de algún modo, despersonaliza la frescura de las intervenciones, singularmente las réplicas, sustrae la personalidad del parlamentario del contenido de su intervención y contribuye a la monotonía de los debates parlamentarios, donde, extremando la expresión, a veces, se traen escritas hasta las réplicas. A destacar también que el hecho de agrupar las votaciones de los asuntos previamente debatidos en un día y hora determinados si bien tiene la ventaja de dar mayor libertad de movimiento a los parlamentarios, también hace más anodino el debate –cuyo resultado se aplaza hasta el momento de la votación– y desvincula debate y decisión que han sido los dos elementos nucleares del parlamentarismo: el debate como contraste que antecede a la inmediata decisión por votación.

En cuanto a las competencias parlamentarias y partiendo del clásico elenco del art. 66 de la CE, esto es, competencias legislativas, presupuestarias, de control político y de integración de otros órganos, las grandes cifras y tendencias son las siguientes:

En el ámbito de la actividad legislativa, sin duda la más relevante o una de las más relevantes competencias parlamentarias:

En la I Legislatura (Marzo de 1979 a Agosto de 1982) se aprobaron 38 leyes orgánicas; 231 leyes ordinarias; 72 Reales Decretos-Leyes; 2 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 79 tratados o convenios internacionales.

En la II Legislatura (Noviembre de 1982 a Abril de 1986) se adoptaron 41 leyes orgánicas; 170 leyes ordinarias; 41 Reales Decretos-Leyes; 17 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 131 Tratados y convenios internacionales.

En la III Legislatura (Julio de 1986 a Septiembre de 1989) las Cortes aprobaron 25 leyes orgánicas; 103 leyes ordinarias; 20 Reales Decretos-Leyes; 3 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 179 tratados o convenios internacionales.

En la IV Legislatura (Noviembre de 1989 a Abril de 1993) se aprobaron 24 leyes orgánicas; 111 ordinarias; 31 Reales Decretos-Leyes; 5 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 236 Tratados y convenios internacionales.

En la V Legislatura (Junio de 1993 a Enero de 1996) se aprobaron 38 leyes orgánicas; 109 leyes ordinarias; 39 Reales Decretos-Leyes; 6 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 193 Tratados y convenios internacionales.

En la VI Legislatura (Marzo de 1996 a Enero de 2000) 35 Leyes orgánicas; 176 leyes ordinarias; 84 Reales Decretos-Leyes; 1 Real Decreto-Legislativo; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 285 Tratados y convenios internacionales.

En la VII Legislatura (Abril de 2000 a Enero de 2004) se aprobaron 41 leyes orgánicas; 151 leyes ordinarias; 42 Reales Decretos-Leyes; 12 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 277 Tratados y convenios internacionales.

En la VIII Legislatura (Abril de 2004 a Enero de 2008) 33 Leyes orgánicas; 134 ordinarias; 54 Reales Decretos-Leyes; 6 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 230 Tratados y convenios internacionales.

En la IX Legislatura (Abril 2008 a Septiembre 2011) 26 Leyes orgánicas; 115 leyes ordinarias; 79 Reales Decretos-Leyes; 6 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 282 Tratados y convenios internacionales.

En la X Legislatura (Diciembre 2011 a Octubre de 2015) se aprobaron 41 Leyes orgánicas; 128 Leyes ordinarias; 75 Reales Decretos-Leyes; 9 Reales Decretos-Legislativos; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 185 Tratados y convenios internacionales.

En la XI, y fallida, Legislatura (Enero de 2016 a Mayo de 2016) se aprobó únicamente 1 Real Decreto –Ley; y 1 Tratado internacional.

En la XII Legislatura (Julio de 2016 a Marzo de 2019) se aprobaron 11 Leyes orgánicas; 28 Leyes ordinarias; 65 Reales Decretos-Leyes; 1 Real Decreto-Legislativo; y se prestó el consentimiento o las Cortes fueron informadas de 148 Tratados y convenios internacionales.

En la XIII Legislatura (Mayo 2019 a septiembre de 2019) se han aprobado 3 Reales Decretos-Leyes

Sintéticamente de los datos reseñados se desprenden algunas notas, como por ejemplo la altísima actividad legislativa en las dos primeras Legislaturas derivada de la necesidad de desarrollar o adaptar el ordenamiento jurídico a la Constitución; el ligero incremento de leyes orgánicas cuando ha habido un grupo parlamentario con mayoría absoluta en el Congreso; el notorio incremento de leyes aprobadas cuando hay un cambio en el signo político de la mayoría parlamentaria –caso del acceso al Gobierno del partido Socialista en 1982, o del Popular en 1996–; o la relación entre un alto número de Reales Decretos-Leyes con Gobiernos sin mayoría absoluta o en precario en el Congreso de los Diputados –caso de la VI Legislatura de 1996 a 2000 con 84 RDL, o la VIII de 2004 a 2008 y IX de 2008 a 2011 con 54 y 79 respectivamente, o

de la XII, con 65 RDL; línea que quiebra en la X Legislatura de 2011 a 2015 con mayoría absoluta del GP que apoyaba al Gobierno y, ello no obstante, 75 RDL, circunstancia que se podría explicar por ser el momento álgido de la crisis económica.

En lo relativo al control político, en términos generales ha habido una universalización del control, tanto como extensión de los sujetos objeto de control a titulares de otros poderes del Estado, en cuanto tales titulares, y a salvo su independencia competencial, cuanto respecto de amplios sectores sociales, en la fase de conocimiento o derecho de información de los parlamentarios, secuencialmente previo al control propiamente dicho; como en el uso de otras competencias como medio de control indirecto, incluida la competencia legislativa en la que el control se filtra a través de las enmiendas y el debate; y, asimismo, un incremento notable del número de iniciativas de control, especialmente en las comisiones parlamentarias.

Pues bien, partiendo de las instituciones que usualmente se enmarcan en el denominado control político con sanción jurídica, o instituciones de exigencia de responsabilidad, moción de censura y cuestión de confianza –ha habido cuatro mociones de censura– 1980 proponiendo como candidato alternativo a Felipe González contra el Presidente Adolfo Suárez; 1987 proponiendo como candidato a Antonio Hernández Mancha frente al Presidente Felipe González; 2017 proponiendo al candidato Pablo Iglesias Turrión, frente al Presidente Rajoy; y 2018, con el candidato Pedro Sánchez, frente al Presidente Rajoy; de ellas solo la de 2018 prosperó.

Cuestiones de confianza ha habido dos: la primera planteada por el Presidente Adolfo Suárez y ganada en 1980; la segunda por el Presidente Felipe González en 1990 y también otorgada por el Congreso. Junto a estas instituciones constitucionales, por la vía de la costumbre parlamentaria –importante fuente del Derecho parlamentario– se han ido incorporando las denominadas «mociones de reprobación» frente a Ministros u otros altos cargos como Secretarios de Estado, que han desempeñado la doble finalidad de dar juego al Senado en estas materias que no le han sido constitucionalmente atribuidas, y producir una crítica al Gobierno de más bajo nivel, pero también más constante.

Respecto de la investidura del Presidente del Gobierno, en la I Legislatura hubo dos investiduras: el 30 de marzo de 1979 la del Presidente Adolfo Suárez que se efectuó por mayoría absoluta con 183 votos a favor; y, por dimisión del Presidente del Gobierno, el 25 de febrero de 1981, la del Presidente Leopoldo Calvo Sotelo, en segunda vuelta por mayoría absoluta de 186 diputados, al no haber obtenido mayoría absoluta en la primera donde solo votaron

a favor 169, y que, tras el fracasado intento de golpe de Estado del 23 F, sí alcanzó la mayoría absoluta en segunda votación.

En la II Legislatura se llevó a cabo la investidura con mayor número de votos favorables y de ellos -202- del mismo grupo parlamentario, porque el Presidente Felipe González fue investido el 1 de diciembre de 1982 por 207 votos. También obtuvo el mismo presidente mayoría absoluta en la III Legislatura de 184 votos el 23 de julio de 1986. Y en la IV Legislatura, tras la correspondiente interpretación acerca del número de la mayoría absoluta y cifrado este en 167, esos fueron los votos obtenidos por el Presidente González en primera votación. La V Legislatura, última de la presidencia del Gobierno de Felipe González, asimismo se obtuvo la investidura por mayoría absoluta en primera votación con 181 votos el 9 de julio de 1993.

En la VI con un cambio de partido en el Gobierno, el Presidente José María Aznar tras los correspondientes pactos obtuvo en primera votación 181 votos el 4 de mayo de 1996. La mayoría absoluta del mismo presidente se incrementó en la VII Legislatura con 202 votos a favor en la primera votación del 26 de abril de 2000.

La VIII Legislatura se abrió con un nuevo cambio de ciclo político, el retorno al Gobierno del partido socialista, cuyo presidente en esta ocasión José Luis Rodríguez Zapatero obtuvo el 16 de abril de 2004, 183 votos a favor en primera votación. En la IX Legislatura sin embargo el mismo candidato socialista obtuvo en segunda votación mayoría simple con 169 votos a favor, 158 en contra y 23 abstenciones, el 11 de abril de 2008.

En la X Legislatura, con nuevo cambio de ciclo, esta vez a cargo del partido popular, el candidato Mariano Rajoy Brei obtuvo en primera votación mayoría absoluta con 187 votos a favor el 20 de diciembre de 2011.

La XI Legislatura abrió un nuevo marco constitucional, el previsto en el art. 99.5 CE, esto es la investidura no otorgada o investidura fallida, la disolución parlamentaria y la convocatoria de nuevas elecciones generales; en efecto, tras declinar Rajoy ser candidato en un primer momento, se propuso nuevo candidato en la persona de Pedro Sánchez Pérez Castejón el 2 de febrero de 2016, quien el 2 de marzo de 2016 no obtuvo la mayoría absoluta en primera votación, por 130 votos a favor, 219 en contra y 1 abstención, así pues y como tampoco prosperó en segunda votación el 4 de marzo de 2016 al haber obtenido el candidato solo 131 votos a favor, frente a 219 en contra se disolvieron las Cámaras en aplicación del 99.5 CE el 3 de mayo de 2016.

La XII Legislatura añadió una nueva variable en el marco constitucional, la investidura adoptada, respecto del mismo candidato, en segunda propuesta, apurando los plazos constitucionales y posterior elección de nuevo Presidente

del Gobierno al prosperar una moción de censura, es decir una legislatura con dos investiduras, una moción de censura y dos Presidentes de Gobierno distintos y de distintos partidos políticos; y es que la primera propuesta del candidato Mariano Rajoy no prosperó en primera votación –el 31 de agosto de 2016– por 170 votos a favor, 180 en contra, como tampoco en segunda votación el 2 de septiembre y con iguales resultados; así las cosas el Rey propuso nuevo candidato conforme al 99.4 CE, en la misma persona, Mariano Rajoy, que en primera votación no obtuvo mayoría absoluta –170 votos a favor y 180 en contra–, pero en la segunda, el 29 de octubre de 2016, y merced a la abstención de un importante número de diputados del GP socialista, sí obtuvo mayoría simple –170 a favor, 111 en contra y 68 abstenciones–, resultando elegido Presidente Mariano Rajoy, quien cesaría por aprobación de la segunda moción de censura, a favor en este caso del candidato Pedro Sánchez Pérez Castejón quien obtuvo el 1 de junio de 2018, 180 votos a favor, 169 en contra y 1 abstención. La primera moción de censura de esta Legislatura proponiendo como candidato a Pablo Iglesias Turrión fracasó por 170 votos en contra, 97 abstenciones y 82 a favor el 14 de junio de 2017.

Ya en la XIII Legislatura, ha resultado fallida la primera investidura del candidato Pedro Sánchez Pérez-Castejón que en primera votación el 23 de julio no obtuvo mayoría absoluta –124 votos a favor, 170 en contra y 52 abstenciones– y en segunda celebrada el 25 de julio de 2019 tampoco obtuvo mayoría simple –124 votos a favor, 155 en contra, y 67 abstenciones–. El plazo constitucional de los dos meses desde la primera votación finalizó el 23 de septiembre y, no habiéndose otorgado la investidura, por aplicación del art 99.5 CE se ha efectuado la disolución automática y convocatoria de elecciones generales (Real Decreto 551/2019, de disolución y convocatoria de elecciones generales para el 10 de noviembre de 2019).

El control político menor atribuido constitucionalmente a ambas Cámaras, a diferencia de las instituciones de control político con consecuencias jurídicas o de responsabilidad política que solo competen a la Congreso, e integrado por preguntas –orales en pleno, orales en comisión, escritas, escritas reconvertidas en orales por disposición de los Reglamentos, preguntas al ente público RTVE–; proposiciones no de ley –las célebres PNLs del Congreso–; mociones; interpelaciones; comisiones de investigación; comparecencias en pleno o en comisión; en fin un conjunto de importantes instrumentos que forman parte del día a día del control general o especializado por departamentos ministeriales, y del impulso político parlamentario, proporciona cifras en algún caso bien expresivas del sesgo de esta importante competencia desde la primera legislatura.

Si ejemplificamos con el Congreso, aunque esta es una competencia de ambas Cámaras, y tomamos como parámetro el número de preguntas escritas desde 1979 a la fecha, en la I Legislatura hubo 3820; en la II, 9200; en la III, 19.458; en la IV, 15.309; en la V 14.486; en la VI, 32721; en la VII 75.326; 140.322 en la VIII Legislatura; 104.314 en la IX; 82.229 en la X; 2590 en la XI, la «Legislatura fallida» a efecto de la constitución de Gobierno; 45.796 en la XII; y 5415 en los cinco escasos meses (dos en realidad si descontamos los dos meses de periodo inter sesiones) de la XIII Legislatura.

Interpelaciones presentadas en el Congreso ha habido 389 en la I Legislatura, 210 (incluyendo urgentes y ordinarias) en la II; 214 en la III; 225 en la IV; 142 en la V; 203 en la VI; 338 en la VII; 137 en la VIII; 297 en la IX; 337 en la X; no constan en la XI; 182 en la XII; y 12 en la XIII.

Comparecencias solicitadas en Pleno 9 y 612 en Comisiones en la I Legislatura; 10 y 922 en la II; 26 en Pleno y 271 en Comisiones en la III Legislatura; 58 y 718 respectivamente en la IV; 34 en Pleno y 854 en Comisiones en la V; 46 en Pleno y 1504 en la VI; 77 en Pleno y 1479 en Comisiones en la VII; 101 y 1309 en la VIII; 91 en Pleno y 1378 en Comisiones en la IX; 163 y 2320 respectivamente en Pleno y en Comisiones en la X; 16 y 103 en la XI; 171 y 1570 en la XII; y 12 y 96 en la XIII.

Otro instrumento de control, como son las PNL en el Congreso, cuenta con los siguientes datos: en la I Legislatura se presentaron 241 para Pleno y 421 para su debate y votación en comisiones; en la II, 96 y 128 respectivamente; en la III, 164 y 245; en la IV, 272 para su debate y votación en Pleno y 514 para Comisiones; en la V 261 para Pleno y 692 para Comisiones; en la VI, 439 para Pleno y 1800 para las diferentes Comisiones; en la VII, 849 para Pleno y 2396 para Comisiones; 648 y 2504 respectivamente en la VIII; 906 y 2329 en la IX; 1315 para Pleno y 3921 para Comisiones en la X; 232 para Pleno, y 714 para Comisiones en la XI; 1006 para Pleno y 4345 para Comisiones en la XII; y 152 para Pleno y 218 para Comisiones en la XIII Legislatura.

Por lo que atañe a las comisiones de investigación, se solicitaron trece en la I Legislatura, de las cuales solo prosperó la relativa a la colza adulterada; en La II Legislatura se solicitaron ocho, y cuatro de ellas emitieron informe, (la de financiación de partidos políticos, catástrofe aérea de 1963, arrendamientos urbanos y fecundación in vitro, en realidad las dos últimas de estudio más que de investigación); en la III Legislatura hubo doce solicitudes de comisiones de investigación, sin que ninguna prosperase, bien por inadmisión a trámite, desaparición o cese del autor o caducidad entre otras causas parlamentarias; en la IV de las veinte solicitudes de Comisiones de inves-

tigación, solo dos se constituyeron (irregularidades en proceso electoral de 1983 y terrenos de RENFE) y doce de Comisiones de estudio (solo prosperó la de cooperación internacional para el desarrollo). En la V de las tres solicitudes dos informaron (Fondos reservados/Luis Roldán; y Mariano Rubio); en la VI dos solicitudes, ambas concluyeron con informe (cultivo del lino y AEAT); en la VII, treinta y cinco solicitudes de comisiones de investigación, de entre ellas una prosperó (Gescartera); En la VIII de las dieciséis solicitadas solo prosperó una (hechos del 11 al 14 de marzo); en la IX, seis sin que ninguna saliera adelante; en la X, veintiséis, ninguna con éxito; en la XI dos, sin constituirse; en la XII cinco, todas ellas constituidas de las que dos concluyeron con Informe (Crisis económica y MI). En la XIII se han solicitado 4, sin constituirse ninguna.

Pues bien, en punto a las competencias de una y otra Cámara, el Senado se ha ido decantando por un control –impulso político más societario que político a través de comisiones de estudio– sobre violencia en el deporte, juventud, anorexia y bulimia, vejez, eutanasia, universidad, agricultura de montaña, deportistas de alto nivel etc., son algunas de las muestras de esta tendencia–; mientras que el Congreso, también tendencialmente, es la sede usual de comisiones de investigación –11M, financiación de partidos, actuaciones de determinados ministros, crisis económica, lino, accidente Spanair etc.,

En lo atinente a su especialización territorial en el Senado hubo un importante impulso territorial a comienzos de los noventa, que después ha languidecido, aunque periódicamente vuelve a plantearse, como toda cuestión no bien definida, y es que efectivamente, el carácter territorial que la CE atribuye al Senado, en su composición y competencias, adolece de algunas carencias propias de un Estado compuesto como es el español según la CE; quizás se pudo haber aprovechado la naturaleza de la Cámara territorial para reforzar los debates sobre el Estado de las autonomías, o las Conferencias de Presidentes, o para residenciar en ella los informes de los parlamentos autonómicos sobre el principio de subsidiariedad, pero lo cierto, en relación a este último punto, es que se optó por la Comisión Mixta al igual que en las demás materias propias de la UE.

En cuanto a la función presupuestaria, como «función específica y constitucionalmente atribuida» (STC 76/1992, entre otras) es un claro ejemplo de la «universalización» del control político y su extensión a otras competencias. Es lugar común decir que el PL de PGE es la expresión de la política del Gobierno en cifras, pues bien, esa circunstancia, la competencia de elaboración del proyecto de presupuestos generales del Estado por el Gobierno es objeto de control previo al debate y aprobación del proyecto de ley, mediante las comparecencias presupuestarias

que, en el Congreso de los Diputados, se llevan a cabo sectorialmente en las diferentes comisiones permanentes legislativas, de modo que todos los altos cargos de cada ministerio comparecen en la correspondiente comisión para responder a las preguntas u observaciones de los parlamentarios –de los grupos en realidad– sobre los proyectados gastos de tal departamento. En el Senado se mantiene la centralización de todas las comparecencias de cargos ministeriales en la Comisión de Presupuestos. Se trata de una competencia periódica –en teoría anual, aunque sufre las demoras propias de la inestabilidad política-parlamentaria como ninguna otra competencia, pese a prórrogas y a que algún año (2012) se hayan aprobado dos leyes de presupuestos –LPGE.2/2012 y LPGE 17/2012–; con plazos de presentación y aprobación, y blindada por la cláusula de estabilidad presupuestaria contenida en el art 134. 6 CE en el sentido de que toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación, disposición con su correlato en los Reglamentos parlamentarios (arts. 111, 126.2 y 127 RCD; art. 151 RS), y hasta hace bien poco con una rígida aplicación por la Mesa. La tramitación del PL de PGE goza de preferencia respecto de otras tramitaciones y constituye un momento importante de la actividad parlamentaria que simboliza como pocos esa especial relación confianza, crítica, control e impulso, característica del sistema o forma de gobierno parlamentario.

Por lo que atañe a las relaciones con otros órganos constitucionales, a lo largo de estos cuarenta años de Constitución española ha habido un evidente e intencionado respeto a la independencia de otros poderes, como es el Poder Judicial, como no podía ser de otra forma, y un modo de relación a través de los máximos responsables, a estas alturas muy aquilataado, si bien se ha abierto camino un aspecto nuevo cual es que se viene considerando, frente a posiciones distintas hasta hace bien poco, que el Presidente del CGPJ, en tanto en cuanto es la máxima autoridad de un órgano constitucional sí responde ante el Parlamento, pero, obviamente, en tal condición y no en su segunda condición de Presidente del órgano judicial TS.

Ciertamente la elección de los integrantes de órganos constitucionales –magistrados del TC, miembros del CGPJ, miembros del Consejo de la RTV pública, entre otros–, no es una materia perfectamente cerrada aunque las últimas fórmulas de propuesta de nombramiento de miembros del CGPJ –la cuarta hasta el momento– ha matizado las críticas recurrentes sobre esta cuestión que, no obstante, sigue siendo mejorable. Menos críticas sobre el procedimiento y más sobre algunos nombramientos ha tenido la propuesta de magistrados del TC; por todo ello en los noventa se crearon sendas comisiones parlamentarias de nombramientos y ello contribuyó a paliar, no a evitar, las

críticas más severas, si bien, la comparecencia de los propuestos y el propio mecanismo de selección todavía quedan extramuros de una acción parlamentaria transparente y con recepción de amplia información previa a la decisión y, por el contrario, se sitúan más cerca de la cultura partidista que de la propiamente parlamentaria.

Las relaciones internacionales, actividad muy importante en los parlamentos modernos porque, entre otras cosas, permite una relación exterior plural, frente a la monocroma del Gobierno, y por ello, muy útil interna (es a modo de aprendizaje de futuras responsabilidades y medio de conexión exterior) y externamente (permite conocer en el exterior a los diferentes miembros de la clase política y conocer sus distintas posiciones sobre asuntos internacionales), se han incrementado e institucionalizado a lo largo de esta etapa y han sido objeto también de una cierta contención y concentración en las Mesas de las Cámaras, frente a una mayor participación de las Comisiones y los denominados grupos de amistad en el pasado; junto a ello hay otras conexiones parlamentarias con la sociedad civil –por ejemplo universidades a través de Institutos académicos con convenios con el Parlamento; o a través de fundaciones o institutos en las que básicamente participan miembros de las Mesas y altos funcionarios que han ostentado u ostentan importantes responsabilidades administrativas en las Cámaras.

En cuanto a las reformas constitucionales –escasas en la cultura constitucional del régimen constitucional del 78– las dos –1992 y 2011– han traído causa de necesidades de «importación selectiva» de disposiciones de la UE –Maastricht en el primer caso y paquete económico europeo en 2011–, que requerían reformas en nuestro texto constitucional; las dos han sido también de tramitación acelerada –procedimientos especiales de urgencia y lectura única en Pleno–; ambas han carecido de celebración de referéndum; y en ambas ha habido acuerdo entre los dos grandes Grupos parlamentarios que han dominado la escena parlamentaria española en las últimas décadas: el Grupo Socialista y el Grupo Popular. Téngase en cuenta también las varias modificaciones constitucionales vía mutación constitucional, sean estas operadas por jurisprudencia del TC –la relación entre ley orgánica y ley ordinaria–; o Tribunales de la jurisdicción ordinaria –la responsabilidad del Estado legislador–; por Leyes –el bloque de constitucionalidad en la LOTC–; o incluso por el Reglamento o las costumbres parlamentarias –en el pasado, no tanto ahora, celebrar las consultas regias cuando ya hay visos de posible posición común.

3. LA ACTUACIÓN PARLAMENTARIA EN COMPETENCIAS O EN SITUACIONES DE CARÁCTER EXTRAORDINARIO

Este panorama de impresiones parlamentarias a lo largo de la vigencia constitucional en cuarenta años quedaría incompleto sin una referencia, siquiera somera, a la actuación parlamentaria extraordinaria, con la que se expresa la intervención del Parlamento ante circunstancias no periódicas ni ordinarias, ni frecuentes, concretamente referido a dos momentos de distinto alcance: la posición y competencia parlamentaria –en este caso del Congreso de los Diputados–, ante un Gobierno en funciones de duración no usual; y la intervención parlamentaria –en este caso del Senado–, ante el grave incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales y grave atentado contra el interés general de España por parte de una Comunidad Autónoma, causa de la operación del art 155 CE.

En lo que atañe a las relaciones entre órganos constitucionales, la regla general ha sido una fluida relación entre poderes, solo excepcionalmente rota cuando ha habido algún supuesto de conflicto de atribuciones, sea entre CGPJ y las Cámaras (STC 45/1986) o en relación al Gobierno y una de ellas (STC 234/2000 en CAC entre Gobierno y Senado); estos conflictos en los términos previstos por la LOTC, e interpretados por el TC en recientísima jurisprudencia, –STC 124/2018 de 24 de noviembre–, tienen por objeto «una vindicación de competencia suscitada por uno de los órganos constitucionales mencionados en el art. 59 LOTC a consecuencia de actos y decisiones de otro órgano constitucional, bien por invasión o usurpación de atribuciones ajenas o en un supuesto de lesión por menoscabo de atribuciones (STC 34/2018 de 12 de abril y STC 44/2018 de 26 de abril). Y en relación con ellos el TC afirma «debemos recordar que el conflicto de atribuciones garantiza la existencia de la estructura constitucional concebida como sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias y el respeto a la pluralidad o complejidad de la estructura de poderes constitucionales».

Pues bien excepcional ha sido la situación previa al planteamiento de este último conflicto porque afectaba al núcleo de parte de las competencias constitucionales del Parlamento, y de las obligaciones constitucionales y competencias del Gobierno. En efecto, en la XI Legislatura la compleja composición de la Cámara dio lugar a situaciones novedosas como que un candidato a proponer por el Rey a la investidura declinara presentarse en aquel momento (22 de enero de 2016), lo que propició una nueva propuesta respecto del candidato Sánchez Pérez Castejón y la celebración de sesiones de investidura y votaciones con resultado fallido los días 2 y 4 de marzo y consiguiente disolución de las Cámaras, por transcurso de los dos meses desde la primera votación fallida

de investidura el 3 de mayo, con nuevas elecciones para el 26 de junio de 2016 y constitución de las nuevas Cámaras el 19 de julio del mismo año. En suma una larga etapa del Gobierno en funciones, con un Congreso y Senado en plenitud de competencias, hasta donde su contraparte –el Gobierno– alcanzaba, conforme a la CE y la Ley del Gobierno 50/1997.

Ante este panorama el Gobierno, instada una comparecencia por la Cámara, comunicó al Congreso su criterio de que «la Cámara no puede someter al Gobierno en funciones a iniciativas de control... en la medida en que no existe relación de confianza entre un Gobierno en funciones y el Congreso de los Diputados».

El TC partiendo de la interpretación sistemática de la CE, tantas veces sostenida, precisa en la STC 124/2018, que se ha de resolver el conflicto desde los arts. 66.2, 110, 1, 9 y 23 al objeto de determinar si el Gobierno, con su negativa a comparecer, ha vulnerado las atribuciones del Congreso y, concretamente la función de control que expresamente le atribuye la Constitución, y si se ha mantenido el interés constitucional de respetar el pluralismo institucional, o la misma división de poderes. Y, a este fin, el TC interpreta conforme a los siguientes razonamientos que sí se vulneró la atribución constitucional del 66.2 porque 1.º) La esencialidad en un Estado democrático del Parlamento por la idea de representación que esta encarna y que supone la supremacía del Parlamento y sus competencias. 2.º) El sistema parlamentario, en su modalidad de parlamentarismo racionalizado se desarrolla en los Títulos III, IV y V de la CE, de los que se desprende una relación fiduciaria Gobierno-Congreso de los Diputados que se inicia con la investidura pero no se infiere de la CE que control y relación de confianza sean identificables, siendo la relación de control del 66.2 una competencia que deriva de la legitimidad democrática y de la idea de representación parlamentaria y no de la relación de confianza con el Gobierno, pues control y exigencia de responsabilidad son cosas distintas. 3.º) El control se ejerce a través de instrumentos propios (preguntas, interpelaciones, PNL) e impropios mediante la participación en la función legislativa y presupuestaria. 4.º) No todos los instrumentos de control tienen como finalidad la ruptura de la relación de confianza, sino que abarcan facetas de información, fiscalización y, «en última instancia ruptura de la relación de confianza». 5.º) «Los instrumentos a través de los cuales se ejerce dicha función de control pueden agotar sus efectos en su propio ejercicio (por ejemplo la función de recabar información a las administraciones públicas) o bien ser instrumentales y servir para realizar un juicio o valoración de dicha actividad política del Gobierno, utilizando otros instrumentos de control (STC 2023/2001 de 15 de octubre)». 6.º) Las comparecencias son «una manifestación de la función de control del Gobierno» que a las Cortes Generales de

manera general, y al Congreso de los Diputados en particular atribuyen, respectivamente los arts. 66,2 y 108 CE». 7.º) La conclusión es que la función de control es poliédrica, dirigida solo en último término a la ruptura de la relación de confianza entre el Congreso y el Gobierno, (y) no cabe –sigue el Tribunal– descartar la utilización de alguno de (esos)... instrumentos... para el ejercicio de la función de control de la acción del Gobierno que corresponde a las Cortes Generales aunque el Gobierno esté en funciones, si bien con matices o limitadamente...». 8.º) La regulación del Gobierno en funciones se encuentra en la Ley del Gobierno, arts. 21 y 29 que contemplan el marco de actuación del Gobierno en funciones y especifica el art. 29 que «todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales», amén de otros controles jurisdiccionales ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante el TC, sin que el control judicial comporte «que no haya de ser ejercido el control por las Cortes Generales». 9.º) El Gobierno cesante sigue ejerciendo funciones y el despacho ordinario de los asuntos públicos y en la medida en que sigue ejerciendo actividad, no impide la función de control. 10.º) La función de control -concluía el TC- no puede negarse a las Cámaras por su naturaleza y fundamento «ya que ello afectaría al equilibrio de poderes», correspondiéndole al Congreso y al Senado, prueba esto último de cómo no existiendo con la Cámara Alta la relación de confianza, pues el Senado no participa en la investidura del Gobierno, y teniendo el Senado funciones de control *ex art.* 66 CE, «no sea necesaria que dicha relación exista para la función de control». Si bien, finaliza el Tribunal, el ejercicio de la función de control «ha de ejercerse de acuerdo con el principio de lealtad institucional que ha de presidir las relaciones entre órganos constitucionales».

El segundo caso que se trae a colación más que ejercicio extraordinario de una competencia parlamentaria, en propiedad, es el ejercicio ordinario de una competencia extraordinaria, en este caso del Senado, derivada de su condición adjetiva de Cámara de representación territorial (art. 66.1 en relación al 69.1 CE), me refiero al art. 155 CE, la intervención autonómica.

En la STC 90/2019 de 2 de julio de 2019 en el RI 143/2018 planteado por el Parlamento de Cataluña contra el Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017, publicado mediante Resolución del Presidente del Senado de la misma fecha, autorizando las medidas planteadas por el Gobierno al amparo del art. 155 CE, es doctrina del TC sobre esta competencia constitucional, acto complejo Gobierno estatal, Senado, lo siguiente: 1.º) El TC rechaza impugnaciones globales y genéricas, circunscribiendo el RI al Acuerdo del Senado y rechazando pretensiones de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia (prerrogativa del TC y no de las partes). 2.º) El TC califica el Acuerdo del Se-

nado como «acto con fuerza de ley», siguiendo la línea interpretativa ya pergeñada en la STC 89/2019, FJ 2. b), en el RI planteado por más de 50 diputados del Grupo del Congreso UP-ECP-EM, que, a su vez, sigue la doctrina del ATC 7/2012 y STC 83/2016 entendiendo que, al igual que en los dos casos allí examinados, se trata de «decisiones o actos parlamentarios que sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley, sí pueden, conforme a la Constitución, afectar a aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente» por lo que, siendo así, ello constituye la causa de admisibilidad de un RI contra el Acuerdo del Senado y no la inadmisión y su sustanciación mediante otro instrumento recursal. 3.º) El TC deja clara la competencia subrogatoria de las Diputaciones permanentes de los parlamentos autonómicos respecto de los plenos para acordar interponer RI. 4.º) El TC afirma la regulación constitucional directa del procedimiento del art. 155 CE, con la complementaria del RS en orden al procedimiento parlamentario de formación de voluntad de la Cámara territorial. 5.º) El art. 155 CE, sostiene el Tribunal, prevé «una modalidad de control de la actividad de los órganos de las CC AA, que debe calificarse de extraordinario», «vía específica de coerción directa» prevista para afrontar incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados». 6.º) El procedimiento del 155 no responde a la lógica propia de un control de naturaleza competencial; es coerción estatal que da lugar a una injerencia en la autonomía, ley extraordinaria. 7.º) El 155 expresa una posición de superioridad del Estado respecto de una C. A. cuando la conducta autonómica manifestada mediante actos, disposiciones formales o comportamientos fácticos ponga de manifiesto grave alteración jurídica e institucional. 8.º) El art. 155 no es un fin sino un instrumento para reestablecer el orden constitucional. 9.º) El 155 no puede suponer «la suspensión indefinida de la autonomía, ni menos la supresión institucional, ni limitar o excepcionar los derechos fundamentales. 10.º) Por su naturaleza y alcance el 155 es la última ratio, «último recurso» dice el TC, cuando las vías ordinarias de control, jurisdiccionales o no, hayan resultado infructuosas. 11.º) El límite temporal del 155 habrá de ser establecido por la Cámara Alta, sin perjuicio de prórroga o renovación. 12.ª) Los requisitos procedimentales son: previo requerimiento del Gobierno al Presidente de la C. A.; y, si no es atendido, la aprobación del Senado por mayoría absoluta. 13.º) El carácter abierto de las medidas consecuencia de la aplicación del 155 CE «dependerá de la gravedad del incumplimiento o del atentado al interés general» lo que supone que se otorga a los órganos constitucionales afectados un margen de discrecionalidad para la determinación de las medidas atendiendo a la situación que se trata de afrontar. 14.ª) Medidas, matiza el tribunal, no equivale a «instrucciones» pues éstas son

«un excepcional instrumento jerárquico» del Gobierno para conseguir ejecutar las medidas. 15.º) Las medidas pueden comprender las acciones sustitutivas (subrogarse o desplazamiento institucional) o asunción íntegra de todas las funciones de determinado órgano u órganos autonómicos. 16.º) La intervención estatal está estrictamente al servicio de la reconducción de la autonomía, lo que impediría medidas como derogar el Estatuto o la suspensión indefinida de la autonomía; ha de ser parcial respecto de la totalidad del ordenamiento autonómico, a salvo las medidas acordadas por el Senado, y de las instituciones, guardando relación con la infracción. 17.º) La adopción, cumplimiento y ejecución de las medidas acordadas por el Senado corren, de ser necesarias, a cargo del Gobierno como órgano constitucional, no como titular del Poder Ejecutivo. 18.º) Toda vez que en la Constitución no hay poderes exentos, la actuación del Gobierno ha de estar sometida a la ley (salvo excepción de innovación temporal por el Acuerdo del Senado), es enjuiciable ante los tribunales y ha de resultar compatible con el mantenimiento del principio de autonomía constitucionalmente garantizado. 19.º) Entre las medidas autorizadas por el Senado caben aquéllas que supongan injerencia en el parlamento autonómico, siempre que sean temporales. 20.º) El Acuerdo del Senado puede contener reglas específicas que ordenen temporalmente la actuación del Gobierno y que podrían desplazar *pro tempore* normas del ordenamiento o añadir otras.

Hasta aquí la compleja jurisprudencia constitucional sobre el alcance, la naturaleza, los límites y el procedimiento de esta competencia en circunstancias extraordinarias de la Cámara Alta, en cuyo ejercicio, no fácil, también la Constitución ha demostrado contar con instrumentos de ordenación, con competencias parlamentarias en este caso del Senado, para atender circunstancias extraordinarias, en virtud de lo dispuesto en el art. 66.2 CE en relación con el art. 155 CE.

4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Llegados a este punto de los datos reseñados se desprenden algunas observaciones que conviene considerar: En primer lugar y salvo alguna crítica persistente en torno a la eficacia y fortaleza del Parlamento hacia los primeros años del siglo XXI, con bastante más de crítica partidista que de fundamento constitucional e institucional, como lo demuestra el hecho de que una vez los sujetos críticos accedieron al Parlamento, cesó inmediatamente tal crítica, el Parlamento encarna la soberanía, representa a la ciudadanía en su multifacética composición de ciudadanos y de intereses y tiene una indudable función

legitimadora en las democracias representativas contemporáneas, cualidades que el Parlamento español ha desempeñado muy vinculado a la Constitución y con un sólido sistema de Grupos que ha dotado de enorme estabilidad a las Cámaras.

Si consideramos la función legislativa, desde la aprobación de la Constitución se ha creado un ordenamiento jurídico con una actividad legislativa notoria, en cantidad y en calidad, ordenamiento multinivel en lo interno desde la aprobación por las Cortes Generales de los Estatutos de Autonomía, y en lo supranacional desde la adhesión de España a la UE en 1985, lo que supone dificultad añadida que, justo es decirlo, hubiera sido mucho más difícil sin el papel del TC en la construcción del Estado autonómico y en el encaje ordinal en la UE, todo ello, dicho sea de paso, sin rechinar ningún engranaje parlamentario. Es verdad que hay opiniones muy severas sobre la calidad de algunas leyes aprobadas en las Cortes, pero no es menos cierto que la calidad de las norma no se refiere exclusivamente a sus características técnicas, habría que recordar como algunas dictaduras aprueban leyes de alta perfección técnica, pero es que la grandeza de la Ley reside en su calidad democrática porque la Ley es expresión de la voluntad general, y un «producto de acarreo», como decía un viejo colega, a través de la incorporación de enmiendas a lo largo del procedimiento legislativo que enriquecen la calidad democrática de la Ley.

En materia presupuestaria hasta fecha bien reciente ha habido una práctica periódica y rigurosa en la aprobación parlamentaria que cada año se iniciaba con la presentación del PL de PGE, las comparecencias presupuestarias, el debate y aprobación en ambas Cámaras; mientras que podría decirse sin faltar a la realidad que la inestabilidad presupuestaria de estos últimos años adolece más de crisis partidista que de propiamente institucional.

Respecto del control político en estas décadas, algunas de cuyas notas son: el incremento numérico, en algunos casos incluida una utilización con cierto carácter de filibusterismo, no en balde vamos madurando pero también a veces aparecen viejas mañas del más viejo parlamentarismo, una misma pregunta referida a los más de ocho mil municipios españoles puede bloquear organismos ministeriales o causar retraso en contestar a preguntas por su número muy elevado, que, a su vez, podría provocar nuevas críticas de los autores sobre inacción del Gobierno en su dación de cuentas parlamentaria, y así *ad infinitum*. O la extensión subjetiva a órganos hasta hace poco impensables —el Presidente del CGPJ, por ejemplo—, o a sectores sociales cada vez más amplios en relación con distintas actividades del parlamento; así como la extensión de la facultad de control a prácticamente todas las competencias parlamentarias —la legislativa, la presupuestaria, la de conformación de otros órganos constitucionales no son pro-

piamente competencias de control, pero el control se filtra vía enmienda, vía comisión de nombramientos, en fin, vía comparencias o debate presupuestario. Ya hemos visto como el mismo TC refiere el carácter poliédrico del control y su complejo entramado funcional –control, información, impulso, responsabilidad–. Hemos ya ensayado todas las instituciones de control –mociones de censura, sin o con éxito; cuestión de confianza–; investiduras exitosas o fallidas; disoluciones consecuencia de investidura fallida; candidatos declinantes y aceptantes; largos y cortos Gobiernos en funciones; mayorías de toda condición –absolutas, simples, precarias, con pacto de legislatura explícito o implícito, geometrías parlamentarias variables, y hasta objetos parlamentarios imposibles.

El resto de las competencias parlamentarias se han desarrollado razonablemente, con estándares más que altos en algunas –por ejemplo control de gastos reservados o secretos oficiales; por ejemplo autorizaciones de desplazamiento de tropas al exterior, comisiones de estudio con la muy notable participación del Senado a este respecto; o incremento de comparencias de representantes de la sociedad civil en órganos de estudio, pero también en la fase de enmiendas del procedimiento legislativo; en suma cumplimiento de funciones constitucionales a satisfacción. Dicho lo cual, evidentemente hay flecos, algunos ya indicados como el exceso de poder de los Grupos parlamentarios en detrimento de parlamentario individual; la pérdida de calidad del debate; la escasa relevancia de las comisiones de nombramientos; cierta mecánica parlamentaria algo rígida; o, y no es menor, dar a conocer las Cámaras y sus competencias a la ciudadanía y muy especialmente a las futuras generaciones.

Lo singular de esta circunstancia es que el buen funcionamiento estabiliza el sistema y, además, ha sido «importado» por los parlamentos autonómicos creando una red de representación, de distinto nivel, obviamente, que actúa como catalizador de la estabilidad del sistema constitucional y autonómico. Sin duda esta es una buena razón, junto a otras muchas, para mantener y perfeccionar la posición del Parlamento en nuestro entramado de poderes constitucionales en los términos previstos en la Constitución.

LA DEMOCRACIA ELECTRÓNICA COMO SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL «SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA»

FRANCISCO MANUEL GARCÍA COSTA
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una cláusula de inspiración marxista incluida en la Constitución de un Estado de derivación liberal. 3. La «sociedad democrática avanzada» a la luz del principio democrático. 4. «Sociedad democrática avanzada» y democracia electrónica. 4.1 «Sociedad democrática avanzada» y democracia electrónica: posibilidades y límites en el Estado representativo. 4.2 La «sociedad democrática avanzada» como exigencia para la realización de las posibilidades de la democracia electrónica en el ámbito de la democracia representativa. 4.2.1 Parlamento y procesos de formación de la voluntad estatal. 4.2.2 Aplicaciones de la participación electrónica a los procesos de formación de la voluntad estatal. 4.3 La «sociedad democrática avanzada» como exigencia para la realización de las posibilidades de la democracia electrónica en el ámbito de la democracia de identidad. 4.3.1 Aplicaciones de la participación electrónica a los institutos de democracia directa. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Existe práctica unanimidad doctrinal en la especificación de que una de las fórmulas más originales y abiertas de la Constitución española de 1978 es la cláusula «sociedad democrática avanzada» que se contiene en la penúltima línea de su preámbulo.

Se trata, a todas luces, de una expresión singular en tanto en cuanto nos hallamos muy posiblemente ante una de las escasas previsiones incorporadas al texto de una Constitución de un Estado constitucional o de derivación liberal cuya génesis se halla en la teoría marxista del Derecho y del Estado. Precisamente por esta su inspiración, la sociedad democrática avanzada es «de todas las afirmaciones [del preámbulo] la que encierra mayores posibilidades de desarrollo y aplicación progresistas» (Lucas Verdú, 1981, p. 9).

Las presentes líneas pretenden realizar una aportación, tan modesta como mínima, al debate en torno a la cuestión de qué sea o en qué consista la sociedad democrática avanzada a cuyo establecimiento aspira la Nación española; aportación que formulamos a partir de una doble constatación. Por un lado, la de la condición de «Estado democrático» de España, que implica, entre otras derivadas, la comprensión del principio democrático como principio que postula la intervención de la sociedad en los asuntos públicos; y por otro, la de las transformaciones que las TICs pueden operar en tal participación de la sociedad en los asuntos públicos, es decir, la del surgimiento de la democracia electrónica.

En nuestra interpretación, el establecimiento de una sociedad democrática avanzada entraña profundizar en la intervención de la ciudadanía en los procesos de formación de la voluntad estatal, haciéndola real, efectiva y verdadera. Dado que la democracia electrónica, es decir, «la concesión de un papel a las TICs en los procesos democráticos y participativos de los estados democráticos liberales» (Cotino, 2006, p. 174), permite alcanzar una participación real y efectiva de la ciudadanía en tales procesos, la realización de una sociedad democrática avanzada supondría primordialmente implantar y materializar las posibilidades generadas por la emergencia de las TICs: todas las suscitadas en el ámbito de la democracia indirecta o representativa tanto en relación con los procesos de formación de la voluntad estatal como en materia de transparencia de la actividad pública; y las que, generadas en el ámbito de la democracia directa o de identidad, sean compatibles con la condición representativa del Estado español. Todo ello, sin perjuicio de que la dialéctica democracia directa-democracia representativa en el Estado español, y por extensión en los actuales Estados constitucionales, habría de encontrar una nueva «vía de me-

diación» (García Canales, 2004, p. 87)¹ derivada del hecho de que la democracia directa, a través de la democracia electrónica, ha dejado de comparecer, por primera vez en la Historia, como un imposible conocido.

Concebido así el significado de la sociedad democrática avanzada, no podemos obviar que nos encontramos ante una disposición preambular, es decir, ante una cláusula constitucional cuya eficacia jurídica es limitada. Siendo ello esencialmente cierto, no podemos tampoco desconocer que se trata también de una «decisión política que tiene valor interpretador y transformador de la Constitución» (Lucas Verdú, 1984, p. 447).

Al desarrollo de estas ideas que exponemos *a limine* dedicaremos las siguientes páginas.

2. UNA CLÁUSULA DE INSPIRACIÓN MARXISTA INCLUIDA EN LA CONSTITUCIÓN DE UN ESTADO DE DERIVACIÓN LIBERAL

El preámbulo de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 contiene una de las escasas originalidades de la propia Constitución y, por extensión, de nuestro constitucionalismo (García Costa, 2015, p. 120). Tal singularidad se halla, como venimos de adelantar, en la cláusula «sociedad democrática avanzada» que se insertó en la penúltima línea del preámbulo, según la cual la Nación española proclama su voluntad de establecer una sociedad democrática avanzada.

De la especificidad de esta fórmula da cuenta el profesor Lucas Verdú, quien comienza su pionero –y ya clásico e ineludible– artículo científico en torno a esta categoría advirtiendo, precisamente, de que nos encontramos ante una frase que «sorprende a primera vista», pues es «típica del arsenal semántico de la izquierda» y, por ello, «llama la atención que aparezcan en el umbral del texto fundamental palabras tan significativas que a algunos podrán parecer drásticas» (Lucas Verdú, 1981, p. 8). La génesis y el proceso de incorporación de esta locución al preámbulo constitucional nos los transmite el propio profesor Lucas Verdú, quien los conoce de primera mano:

«Como es sabido, la inserción del Preámbulo en la Constitución fue defendida inteligente y tenazmente por el profesor Enrique Tierno Galván, a la sazón presidente del PSP. La primera redacción del Preámbulo la hicimos un reducido

¹ La expresión «vía de mediación» es utilizada por el profesor García Canales para referirse a los diferentes momentos de la singular relación dialéctica entre la democracia directa y la indirecta en el Estado Constitucional.

grupo de miembros de aquel partido (Raúl Morodo, Donato Fuejo, Enrique Linde y el que suscribe estas líneas) designado por el profesor Tierno.

Defendí con calor la necesidad del Preámbulo y logré imponer la redacción «sociedad democrática avanzada», porque convinieron conmigo que introducir en nuestra enmienda los términos «sociedad sin clases» tropezaría con obstáculos insuperables cuando se discutiese en el Congreso. Nosotros considerábamos que sociedad democrática avanzada era un modo más o menos críptico de sociedad sin clases, postulado contenido en el programa y Estatutos del PSP» (Lucas Verdú, 1981, p. 7).

Consiguientemente, nos traslada el profesor Lucas Verdú que esta cláusula está tan inspirada en la teoría del Estado socialista que «era un modo más o menos críptico de sociedad sin clases»; y, precisamente en razón de ello, ejerce atracción inmediata sobre contenidos «socialistas y socializantes» (Lucas Verdú, 1981, p. 8). Se trata, pues, de una categoría que ni tan siquiera forma parte del acervo ideológico de la fase de la evolución del Estado constitucional en que consiste el Estado social, sino que, más allá de ello, se sitúa propiamente en la lógica de los Estados Socialistas y, en este sentido, tiene su referente, según nos recuerda el profesor Garrorena en su excelente obra *El Estado Español como Estado social y democrático de Derecho*, «en la Constitución de la URSS de octubre de 1977, en la que se describe a la sociedad soviética como una «sociedad socialista avanzada» (Garrorena, 1980, p. 111). Más concretamente, la fórmula se encuentra también en el preámbulo de la última Constitución soviética, allí donde se expone que en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se ha construido una sociedad democracia «avanzada» o «desarrollada»².

Por todo ello, es legítimo indagar cuál es el significado de esta expresión a partir de su origen marxista, como así hace el propio el profesor Lucas Verdú en su trabajo ya citado; o, al menos, sin desconocer tal ascendiente, como así operan Garrorena y, por su parte, Tajadura Tejada en su magnífico estudio *El Preámbulo constitucional*. Es precisamente este último autor quien recuerda que la expresión que nos ocupa, «síntesis de todo el contenido del texto preambular» (Tajadura, 1997, p. 254), aunque *prima facie* apela al «elemento democrático»³

² En la traducción al inglés del texto de la Constitución se utiliza la expresión «developed» que traducimos por «avanzada» o «desarrollada»: «In the USSR a developed socialist society has been built.» Traducción disponible en <https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons01.html#preamble> [Último acceso: 1/09/2019].

³ Según este autor (Tajadura, 1997, p. 213), las disposiciones del preámbulo de la Constitución española pueden clasificarse en cinco categorías en función de la nota definitoria del Estado a la que hagan referencia. La fórmula en examen, como señalamos en el texto principal, hace referencia al elemento democrático y al elemento social. Tales categorías, siguiendo a este autor, son las siguientes: elemento jurídico (Estado de Derecho, Imperio de la ley, dentro de la Constitución y de las leyes, derechos humanos); elemento social (orden económico y social justo, progreso de la economía, asegurar a todos una digna calidad de vida, sociedad democrática avanzada); elemento democrático (convivencia democrática, voluntad popular sociedad democrática avanzada); elemento cultural (protección de las culturas, progreso de la

(Tajadura, 1997, p. 213), propiamente se refiere al «elemento social» al entrañar «un mandato de transformación social». En idéntico sentido se manifiesta Garrorena cuando sostiene que «lo que en ningún caso sería concebible es que se pretendiera desvincular [a la sociedad democrática avanzada] de todo proyecto público de transformación de la sociedad» (Garrorena, 1980, pp. 150-151).

Por consiguiente, estos autores consideran que la cláusula en examen se desenvuelve primordialmente en el ámbito, en palabras de Tajadura, del elemento social del Estado y entraña una suerte de mandato de transformación de la sociedad. A tal conclusión llegan teniendo indudablemente presente la idea de transformación de la sociedad que presenta la expresión en estudio en su originaria comprensión marxista y, por ello, sitúan su interpretación en el elemento social, desplazando a un plano secundario al elemento democrático.

En nuestra opinión, todos estos análisis tienen el mérito soberano de intentar adaptar una categoría propia de la Filosofía de la Historia marxista –*recitius*, de la Teología del Estado marxista– al ámbito de los Estados constitucionales o de derivación liberal, los cuales se inspiran en principios y en instituciones no solo distantes, sino radicalmente contrapuestas. De ahí que –insistamos– los esfuerzos doctrinales por aclimatar esta categoría de inspiración marxista incluida en una Constitución de un Estado de derivación liberal hayan sido, tanto en cuanto a su propósito como a sus resultados, destacables, pues han permitido dotarla de significados coherentes.

Sin embargo, debemos intentar abordar un examen de la misma que prescindida de su origen e inspiración marxistas y, consiguientemente, del presupuesto de que todos sus contenidos posibles estarían vinculados al elemento social y a la idea de transformación de la sociedad. A nuestro entender, el contenido concreto de la fórmula en estudio únicamente puede hallarse por referencia a la evolución del Estado constitucional o de derivación liberal, pues esa es la concreta forma de Estado que instaura la Carta Magna de 1978, y, más en concreto, por referencia a su condición de Estado democrático. Esta conclusión aparece sustentada, al menos, en los siguientes dos argumentos:

a) En primer lugar, no podemos desconocer que la expresión en examen alude primordial e ineludiblemente al «elemento democrático»; es decir, se refiere primariamente al principio político democrático en que se asienta el Estado constitucional instaurado por la Constitución española.

cultura); elemento internacional (relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra).

b) En segundo lugar, porque, aún asumiendo que la cláusula en examen se desarrollase también en el ámbito del «elemento social» implicando «un mandato de transformación social», la recta comprensión de la misma nos conduciría, igualmente, a la esfera del «elemento democrático» y, por ello, también al principio político democrático en el que se asienta el Estado español como Estado constitucional.

Efectivamente, otorgar un contenido transformador de la sociedad solo tiene sentido a la luz de la evolución de la Teoría del Estado marxista: las únicas transformaciones de la sociedad posibles serían aquellas que se orientaran progresivamente hacia la plena consecución de la sociedad sin clases, después del periodo transición de la dictadura del proletariado. Tal vocación transformadora en esa unívoca dirección era posible, desde luego, en el ámbito de los Estados socialistas, pero es del todo punto incompatible con la condición «abierta» de la Constitución de los Estados constitucionales o de derivación liberal, es decir, con la condición propia de las constituciones de este tipo de Estados que garantiza «el pluralismo social y la existencia de posiciones diversas todas ellas igualmente constitucionales y legítimas» y proscribire «una concepción de la sociedad como una sociedad cerrada a la posibilidad de soluciones alternativas» (Garrorena, 2011, p. 52). Precisamente por lo anterior, toda transformación de la sociedad no puede presentar un contenido concreto o una orientación definida, pero sí ha de presentar unos límites claros: los determinados por el pluralismo social y el principio democrático. En este sentido, las transformaciones sociales solo pueden ser resultado de un acto de autodeterminación de la propia sociedad en ejercicio del principio democrático. En consecuencia, la transformación de la sociedad no implica avanzar en una determinada orientación, sino en respetar que esa orientación sea consecuencia del ejercicio del principio democrático. En última instancia, transformar la sociedad implica el respeto a la condición pluralista de la misma, al carácter abierto de la Constitución y al principio democrático como método para decidir el contenido, la orientación y el alcance de esa transformación social.

3. LA «SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA» A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

En función de lo hasta aquí expuesto, la expresión constitucional «sociedad democrática avanzada» se ha de interpretar por referencia al «elemento democrático» y, consiguientemente, a partir de la naturaleza democrática del Estado español consagrada en el art. 1.1 de la Norma Suprema de 1978. Siendo ello así, debemos recordar que la condición de España como Estado demo-

crático se manifiesta y concreta en tres dimensiones perfectamente distinguibles (Garrorena, 2011, pp. 128-129). Son estas las siguientes:

1.º) Como principio de legitimación radical del poder, según el cual el Estado se legitima en el consentimiento fundacional de los gobernados. Es por ello que la Constitución declara que en su artículo 1.2 que «la Soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado».

2.º) Como principio que postula la participación de la sociedad en los asuntos públicos, según el cual los ciudadanos han de intervenir en los asuntos públicos, bien directamente (a través de la iniciativa legislativa popular –art. 89 CE– o del referéndum –art. 92 CE–), bien indirectamente (a través de sus representantes en las Cortes Generales elegidos en elecciones celebradas por sufragio universal, libre y directo). En esta dimensión, el principio democrático también existe como principio de pluralidad o de pluralismo organizado, «habida cuenta de que una democracia sólo se conforma como tal sistema participativo si previamente la sociedad cuenta con estructuras que le permitan articularse y organizarse de forma plural para esa participación» (Garrorena, 2011, p. 128).

3.º) Como principio de organización democrática del poder, según el cual las Cortes Generales en el Estado, los Parlamentos autonómicos en las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos en el nivel local han de organizarse democráticamente, así como también han de hacerlo las entidades de relevancia pública (partidos políticos, sindicatos, etc).

En nuestra interpretación, la sociedad democrática avanzada presenta un significado primario que se relaciona con la segunda de las dimensiones anteriormente mencionadas, haciendo referencia a la calidad, eficacia e intensidad de la participación de los ciudadanos en los procesos de formación de la voluntad estatal. Una sociedad democrática avanzada es aquella en la que los ciudadanos toman real y efectivamente las decisiones sobre los asuntos públicos, haciendo que el ejercicio de la Soberanía por parte del pueblo en las formas y en los límites de la Constitución –parafraseando el célebre artículo 1.º de la Constitución italiana– sean realmente eficaces.

Las aplicaciones de las TICs en los procesos de formación de la voluntad estatal permiten que la participación de la ciudadanía en los mismos sea realmente eficaz y de una intensidad plena, por lo que, en nuestra opinión, una sociedad democrática avanzada es aquella en la que los poderes públicos utilizan todas las posibilidades generadas por las TICs que permiten profundizar y perfeccionar los institutos, tanto de democracia representativa como de democracia de identidad, a través de los cuales la sociedad participa efectivamente en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

Aunque la sociedad democrática avanzada despliega su eficacia primordialmente en la segunda de las dimensiones en las que opera el principio democrático y, por ello, consiste esencialmente en lograr la más plena y perfecta participación de la sociedad en los asuntos públicos, la fórmula en examen también presenta implicaciones en las otras dos esferas en que se articula el principio democrático. En este sentido, podemos concluir que:

(i) La participación real y efectiva de la sociedad en los asuntos públicos implica reforzar el principio democrático entendido como principio de legitimación radical del poder, afianzado así el hecho de que es el consentimiento fundacional de los gobernados el que «legitima todo el orden de autoridades del Estado y todo el orden de prescripciones del Derecho que ese Estado produzca» (Garrorena, 2011, p. 128).

(ii) Por su parte, la participación real y efectiva de la sociedad en los asuntos públicos implica reforzar el principio democrático entendido como principio de organización democrática del poder, afianzando así el hecho de que han de regirse por los principios de «decisión por mayoría» y de «respeto a las minorías» la organización y el funcionamiento interno tanto de las instituciones públicas (Cortes Generales, Asambleas Territoriales, Ayuntamientos), como de las que tienen una evidente trascendencia para la vida pública (partidos políticos, sindicatos, organizaciones profesionales...).

Podemos concluir lo hasta aquí analizado afirmando que la voluntad de la Nación española proclamada en el preámbulo constitucional de establecer una sociedad democrática avanzada consiste en aprovechar todas las posibilidades generadas por las TICs para conseguir que la intervención de la sociedad en los asuntos públicos sea lo más intensa, real y verdadera posible. Aceptada esta conclusión, debemos recordar que tales posibilidades se despliegan tanto en el ámbito de la democracia indirecta o representativa, como en el de la directa o de identidad, siendo su alcance y límites diferentes.

4. «SOCIEDAD DEMOCRÁTICA AVANZADA» Y DEMOCRACIA ELECTRÓNICA

4.1 «Sociedad democrática avanzada» y democracia electrónica: posibilidades y límites en el Estado representativo

Entendida la sociedad democrática avanzada como venimos de hacer, no podemos obviar en ningún caso que el telón de fondo en el que ha de desple-

garse el binomio sociedad democrática avanzada-democracia electrónica viene constituido por el Estado de derivación liberal en el que la intervención de los ciudadanos en los procesos políticos obedece primordialmente a estructuras de democracia representativa y parlamentaria, completadas con otras de democracia directa. Es este, pues, el marco que envuelve la interpretación de la sociedad democrática avanzada como democracia electrónica y en el que actualmente ha de encontrar su lugar y sus límites. Es por ello que debemos indicar ya desde este momento que, de la misma manera que la aplicación de la democracia electrónica a los procesos democráticos representativos encuentra su justificación no solo en la cláusula sociedad democrática avanzada, sino en la propia configuración del Estado constitucional como Estado de democracia representativa, las posibilidades de la democracia electrónica como instrumento que actúa y hace real y efectiva la democracia directa encuentran serios inconvenientes, precisamente, en esa naturaleza representativa de los actuales Estados constitucionales.

Sin minusvalorar sus repercusiones en el campo de la democracia representativa, el surgimiento de la participación electrónica ha abierto horizontes inéditos en el ámbito de la democracia inmediata, ya que con ella la posibilidad de que los ciudadanos intervengan directamente en las decisiones públicas —como hemos advertido anteriormente— ha dejado de ser un imposible conocido por primera vez en la Historia. Ello nos invita a tomar conciencia, ciertamente con toda la prudencia y las precauciones debidas, de la necesidad de adaptar las formas tradicionales de democracia representativa a las posibilidades de una participación electrónica que comienza a estar en trance de convertir a la democracia directa en un futuro lejano, pero ya no inexistente, en una auténtica y verdadera realidad⁴.

Al respecto, debemos recordar que, si bien es cierto que la fórmula sociedad democrática avanzada se halla en el preámbulo de una Constitución, no es menos cierto que se trata de la plasmación de una tensión de ideal sobre el tipo de Estado democrático constitucionalizado en 1978 y, en consecuencia, a la misma se le ha de otorgar una eficacia interpretativa y transformadora del texto constitucional.

En cuanto a su función interpretativa, esta sirve para entender el artículo 9.2 CE, que ordena «facilitar la participación de todos los ciudadanos en

⁴ La particular vinculación entre democracia directa y participación electrónica es destacada por F. PAU i VALL, para quien la teledemocracia o ciberdemocracia es «una supuesta forma de democracia directa en virtud de la cual cada uno de los ciudadanos-internautas a través de su voto, mediante un ordenador conectado a la red, contribuiría a la formación de la voluntad del Estado o del municipio del que forman parte, es decir, que el conjunto de votos de los ciudadanos, expresados a través de la red, decidiesen, directamente, cuestiones relativas al gobierno y la administración» (PAU i VALL, 1998, p. 208).

la vida política, económica, cultural y social» en el sentido de que la participación de los ciudadanos en modo alguno puede quedar limitada a una mera proclamación enfática, sino que ha de materializarse real y efectivamente mediante la actuación constante y sostenida de unos poderes públicos que actúan las posibilidades de la democracia electrónica.

En cuanto a la dimensión transformadora de la Constitución que presenta la cláusula sociedad democrática avanzada –y esto es lo importante para nuestra argumentación en este punto–, la misma implica que los poderes públicos, en función de las distintas opciones políticas y de gobierno, puedan introducir algunas de las aplicaciones de la democracia electrónica en nuestro actual ordenamiento constitucional, en tanto en cuanto ello constituye un verdadero y serio avance en el proceso de construcción de una sociedad democrática avanzada. En este sentido, podemos afirmar que la clave de bóveda de la eficacia transformadora de la cláusula en estudio reside en su capacidad para operar la mutación de la actual regulación constitucional de las instituciones de democracia directa en el sentido de dar entrada a las posibilidades sugeridas por las TICs.

4.2 **La «sociedad democrática avanzada» como exigencia para la realización de las posibilidades de la democracia electrónica en el ámbito de la democracia representativa**

4.2.1 PARLAMENTO Y PROCESOS DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD ESTATAL

En nuestros actuales Estados representativos, como es bien sabido, la formación de la voluntad estatal aparece encomendada en régimen de tendencial monopolio a las Asambleas parlamentarias. Ello es así porque el Parlamento constituye la expresión institucionalizada del principio político-representativo, dado que es creado por todo el cuerpo político mediante de la cesión de autoridad realizada en elecciones (*Vertretung*). Esta comprensión de la naturaleza representativa del Parlamento es el precipitado final de un largo y lento proceso dominado hasta el primer tercio del siglo xx por la consideración de que el debate y la publicidad dotaban de carácter representativo a esta institución hasta el punto de que la Ley era concebida como la *manifestation par excellence de la souveraineté*. Esta inteligencia se hizo descansar en la superposición de las siguientes tres presunciones, hoy ya desfasadas y cuyo recuerdo interesa recuperar para extraer de ellas posibilidades actuales de la participación electrónica en el ámbito parlamentario.

La primera de ellas venía determinada por una concepción de la voluntad de la Nación que se «identificaba con la razón, la justicia y la virtud colectivas» (De Vega, 1985, p. 32): en una palabra, con la verdad política. La segunda era la de que para el pensamiento liberal «toda la teoría del poder político» consistía, como escribe García de Enterría, en «descubrir, proponer, sancionar, y finalmente sostener esas leyes naturales que presiden la vida social» (García de Enterría, 1993, p. 24). La tercera de estas ideas, y la que resulta más pertinente para nuestro discurso, venía representada por la creencia de que la voluntad de la Nación Soberana podía ser desvelada progresivamente y efectivamente hallada a través de un específico modo de integración basado en el debate entre distintas opiniones que permitiese que éstas se elevasen dialécticamente hasta la contemplación de la verdad política; deliberación que, asimismo, debía ser sometida a la publicidad en tanto en cuanto existía la común creencia de «que los mandatarios no estaban autorizados, salvo en escasas excepciones, para negar a sus representados el derecho de informarse cómo manejaban sus intereses» (Constant, 1830, p. 58). Tal método de integración basado en el debate público tan sólo podía ser proporcionado por el Parlamento, dadas sus características de estructura asamblearia situada en la cima de los procesos representativos.

Por todo ello, la deliberación y la publicidad se convirtieron en los elementos basilares del Parlamento, cuya importancia rebasaría su mera consideración de principios de funcionamiento del mismo hasta el punto de que se convirtieron en las «categorías legitimadoras del orden institucional liberal-burgués» (De Vega, 1995, p. 230) a través de las cuales el régimen parlamentario se definía y cuyas transformaciones precipitarían la crisis que éste sufrió en el primer tercio del siglo xx.

Hoy la naturaleza representativa del Parlamento no puede sustentarse en las presunciones anteriores sobre el debate y la publicidad parlamentarios; sin embargo, y sentado que éstos son tan sólo meros principios que conforman la específica manera en que el Parlamento cumple sus funciones y en modo alguno uno de los rasgos definidores de su condición representativa, sucede que la aparición de la democracia electrónica puede hacer realidad en el ámbito de los procesos parlamentarios de formación de la voluntad estatal lo que antes gratuitamente afirmaban estas presunciones. Ahora es posible que los parlamentarios expresen la voluntad de la Nación no porque se encuentren en comunión mística con los ciudadanos en el trance de descubrir la verdad política que es la Ley, sino porque aquéllos tienen medios reales y efectivos de interacción con sus representantes facilitados por las TICs.

Por todo ello, la utilización de las TICs en los actuales procesos de formación de la voluntad estatal, es decir, en los procesos parlamentarios encuen-

tra un triple ámbito: (i) el de la elección de los miembros de las distintas Asambleas parlamentarias; (ii) el del control de la actividad de los representantes a través de la transparencia de la actividad pública; (iii) el de su contribución a profundizar en la publicidad y el debate parlamentarios, con las posibilidades de que en esta última esfera se tenga presente la novedad que supone la interacción entre representantes y representados generada por las TICs.

4.2.2 APLICACIONES DE LA PARTICIPACIÓN ELECTRÓNICA A LOS PROCESOS DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD ESTATAL

(i) Las TICs pueden aplicarse en la elección de los miembros de las Asambleas representativas estatales, supraestatales e infraestatales mediante la configuración del denominado «voto electrónico» en virtud del cual los electores, en lugar de depositar su papeleta de papel en una urna, realizan la votación mediante un ordenador. La elección de representantes mediante voto electrónico es la utilización más extendida de las TICs, habiéndose desarrollado experiencias en este sentido en varias Comunidades Autónomas. Dado que la aplicación de las TICs a este campo supone un avance técnico que, en esencia, posibilita la aparición de una nueva forma de emisión del voto en los procesos electorales, nos centraremos en las aplicaciones de las nuevas tecnologías de la información y documentación en la publicidad y el debate parlamentarios.

(ii) No cabe la menor duda de que las TICs constituyen un vehículo expeditivo de transmisión de datos, de tal manera que éstas pueden ser utilizadas para difundir la información de los poderes públicos y sobre los poderes públicos. Este aprovechamiento de las TICs viene siendo considerado como una de las manifestaciones más significativas de la participación electrónica con la cual puede llegar a ser alcanzado el estadio de «transparencia electrónica» en el que toda la información pública esté real y efectivamente a disposición de los ciudadanos. En el concreto ámbito de los procesos parlamentarios, presididos por el principio de publicidad⁵, las nuevas tecnologías del conocimiento operan como un nuevo cauce para la difusión de toda la actividad parlamentaria sometida a publicidad⁶, generando una serie de posibilidades privativas y muy diferentes de

⁵ La publicidad parlamentaria consiste tanto en el acceso libre al recinto del Parlamento como en la difusión de dichas deliberaciones. Ésta aparece en los inicios del Estado Constitucional con un carácter taumatúrgico: «aparece la publicidad de la vida política como algo bueno y correcto» (SCHMITT, 1990, p. 49).

⁶ La aparición de las TICs no entraña, a nuestro juicio, ninguna modificación en el ámbito de la información parlamentaria que deba difundirse. Éste no puede más que coincidir con el que ya venía determinado por la autonomía reglamentaria de las distintas Asambleas parlamentarias. Tomando como ejem-

las propias de los tradicionales mecanismos de comunicación como son la transmisión de forma digital de toda la información actual e histórica recogida en las publicaciones oficiales del Parlamentos o la facilitación del acceso directo e inmediato a las sesiones parlamentarias a través de grabaciones gráficas o sonoras.

Dado que las TICs contribuyen a hacer real la posibilidad de que los ciudadanos accedan a toda la información sobre las distintas actividades desarrolladas por el Parlamento, su utilización constituye una exigencia del principio de publicidad parlamentaria, redobladamente reforzada para las Cortes Generales y los distintos Parlamentos territoriales españoles *ex art.* 9.2 CE interpretado, asimismo, a la luz de la cláusula preambular en estudio. Así, los ciudadanos pueden, gracias a los desarrollos de la democracia electrónica en materia de transparencia de la actividad pública y publicidad activa, tener un conocimiento exhaustivo, actualizado y permanente de toda la actividad de los poderes públicos que les permite controlar, supervisar y vigilar la gestión que sus representantes realizan en los asuntos públicos, impidiendo que estos últimos actúen abstraídos y desvinculados de sus representados.

Los distintos Parlamentos, ciertamente, han hecho uso de las posibilidades de las TICs, especialmente de la red, y así han creado sitios *webs* en los cuales se facilita de manera accesible y rápida información exhaustiva y permanentemente actualizada sobre toda la actividad parlamentaria sometida a publicidad. Estos sitios suelen contener secciones introductorias en las que se contienen explicaciones a modo de guía de múltiples de los aspectos teóricos del Parlamento como su evolución histórica, composición, organización, funciones y reglas de funcionamiento. Junto a ellas, existen otras secciones de gran utilidad para recabar información acerca de toda la actividad desarrollada en cada Parlamento⁷.

Podría eventualmente objetarse a estas conclusiones que, como el acceso a las tecnologías de la información no está universalmente extendido, la publicidad parlamentaria podría ahondar en las diferencias entre aquellos que acceden a las

plo la regulación de las Cortes Generales, el Reglamento del Congreso de los Diputados establece en el Capítulo I («De las sesiones») de su Título IV («De las disposiciones generales de funcionamiento») el régimen de publicidad de las sesiones, diferenciándose entre las sesiones del Pleno, las cuales serán con carácter general públicas, salvo en los tres supuestos excepcionales recogidos en el artículo 63, y las sesiones de las Comisiones, las cuales no serán públicas, sin perjuicio de que cuando no tengan carácter secreto podrán asistir los representantes debidamente acreditados de los medios de comunicación social. Por su parte, el Reglamento del Senado establece en el Capítulo V («De las sesiones del Pleno y las Comisiones») de su Título III («De la organización y funcionamiento del Senado») la disciplina de la publicidad de las sesiones, distinguiéndose también entre plenarias, que serán públicas como regla general, y sesiones de las Comisiones, que revestirán carácter secreto con carácter general.

⁷ Tanto el Congreso de los Diputados como el Senado mantienen dos excelentes sitios *webs* que bien puede servir de ejemplo de las múltiples utilidades que la red proporciona para la difusión de la información parlamentaria sometida a publicidad.

TICs y los que no pueden. Al respecto, hemos de recordar que la publicidad parlamentaria no supone difusión de información, sino la posibilidad de acceder a ella.

(iii) Las TICs no sólo son un excelente mecanismo de publicidad de la información parlamentaria, sino también de profundización en la comunicación política. Ésta, como es bien sabido, constituye uno de los fundamentos de las modernas democracias representativas y de su buen funcionamiento se hace depender la salud y el grado de madurez del sistema democrático. La singularidad de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y especialmente de Internet, reside en su condición interactiva, característica de extraordinaria importancia que nos permite afirmar que nos encontramos ante un instrumento de comunicación política sustancialmente diferente que posibilita una nueva forma de construcción de la opinión pública. El uso de las TICs permite crear canales de relación entre los distintos ciudadanos con las características enriquecedoras propias de éstas: comunicación bidireccional, multilateral, permanente, transnacional, sin sometimiento a ningún tipo de control y a la que pueden acceder tanto los grupos organizados, como los ciudadanos individualmente considerados, sin necesidad de organizaciones mediadoras de distinto signo como asociaciones, sindicatos o partidos políticos.

En este contexto, las TICs pueden contribuir a enriquecer los procesos parlamentarios al servir de excepcional cauce de intercambio de información y de articulación de intereses entre representantes y representados, dado que posibilita la inversión de la dirección tradicional del flujo de información. Efectivamente, Internet permite el desarrollo de prácticas interactivas (foros de opinión, elaboración de sondeos...) con las que los diputados reciben de directamente la opinión de sus electores sobre los distintos asuntos públicos. El futuro de esta aplicación de las TICs pasará por la vertebración de modelos eficaces de gestión del caudal de información que los ciudadanos pueden hacer llegar a sus representantes.

La inexistencia actual de garantía de acceso equitativo de todos los ciudadanos a estos foros y sondeos exige que no pueda establecerse la obligación de que las distintas Asambleas parlamentarias dispongan los medios necesarios para hacer reales y eficaces las posibilidades que las TICs han hecho nacer en este terreno. Sin embargo, no debe dejar de ser reputada como una gran ventaja el acercamiento entre gobernantes y gobernados que proporcionan las tecnologías de la comunicación, que permite empezar a hacer realidad el viejo sueño de la representación política entendida como reflejo fiel del cuerpo político. Precisamente porque el uso de las TICs puede empezar a diluir las clásicas barreras de distancia que han venido separando a los titulares del poder político de sus representantes, su potenciación debería estar presente en las diversas agendas públicas como exigencia de la cláusula sociedad democrática avanzada.

4.3 **La «sociedad democrática avanzada» como exigencia para la realización de las posibilidades de la democracia electrónica en el ámbito de la democracia de identidad**

Como hemos señalado anteriormente, la utilización de las TICs en los procesos participativos genera una serie de aplicaciones que exceden de los cauces y de los instrumentos determinados por la naturaleza representativa de los actuales Estados constitucionales, al dar entrada a la posibilidad de que los ciudadanos puedan decidir directamente sobre los asuntos públicos mediante voto electrónico⁸. Por ello, no podemos más que convenir que la importancia del binomio sociedad democrática avanzada-democracia electrónica reside fundamentalmente en la esfera de la democracia de identidad, pues las TICs son el instrumento que, en condiciones ideales de extensión universal, actúa y realiza la democracia directa, desempeñando la misma función que en el campo de la democracia representativa tienen los partidos políticos al aglutinar e integrar mayorías de opinión y al componer los distintos intereses sociales.

Sin embargo, y admitiendo que el uso de las TICs hace posible que la democracia directa deje de ser una quimera, su utilización para decidir sobre los asuntos públicos hoy presenta no pocos inconvenientes (i) de orden técnico y (ii) plantea bastantes interrogantes teóricos.

(i) Efectivamente, la plena incorporación de la democracia electrónica conlleva problemas técnicos serios que difícilmente pueden ser removidos en un corto periodo de tiempo y que, en nuestra opinión, se pueden reconducir a los siguientes dos: desde el momento en que el sufragio ha dejado de ser censitario, la condición de existencia de la democracia electrónica, y con ella de sus posibilidades en el campo de la democracia de identidad, pasa por facilitar el pleno acceso de todos los ciudadanos a las diversas tecnologías de la información. El segundo problema, vinculado al anterior, es el de lograr que la emisión del voto electrónico aparezca adornada con aquellas garantías que eviten, de un lado, las eventuales manipulaciones técnicas e informáticas y, de otro lado, los falseamientos democráticos ya conocidos en las instituciones de democracia representativa como la compra de votos, el caciquismo y otros tantos.

(ii) Suponiendo que estos problemas técnicos fuesen salvados en un futuro mediato, se plantearían otras cuestiones de índole teórica de difícil y comprometida respuesta. Así, deberían de resolverse, entre otras, las siguientes cuestio-

⁸ Cabe pensar, aunque pueda parecer descabellado, que la telefonía móvil podría ser utilizada para la toma de decisiones sobre asuntos públicos, de la misma manera en la que es utilizada para decidir asuntos privados como los que se ventilan en concursos de televisión y radio.

nes: a) los niveles de distribución territorial del poder (estatatal, autonómico o local) en que se daría entrada a la democracia electrónica; b) qué tipo de asuntos públicos podrían decidirse mediante las técnicas de democracia directa articuladas gracias a las TICs, debiéndose determinar, como correlato de ello, cuáles otros se reservarían a la decisión de las instancias representativas.

Mientras se resuelven los problemas técnicos señalados y con carácter previo a la resolución de las cuestiones teóricas adelantadas anteriormente, no podemos desconocer la necesidad de comenzar, siquiera doctrinalmente, a redefinir la dialéctica democracia representativa-democracia de identidad en el Estado Constitucional en el sentido de dar entrada a aquellas posibilidades de la participación electrónica que, moviéndose en el seno de la democracia directa, están vedadas por la estructura representativa de nuestros Estados, pero están, asimismo, sugeridas por la cláusula sociedad democrática avanzada. Nos encontramos, a nuestro juicio, ante el reto de hallar una nueva vía de mediación entre las democracias de identidad y representativa cuya solución constituirá, desde luego, una tendencia del Derecho Constitucional del siglo XXI. Ésta difícilmente consistirá en la transformación del actual Estado Constitucional en un Estado de democracia directa, supuesto bastante peregrino y que supondría la aparición de un nuevo tiempo en su evolución; antes bien, tal vía de mediación sólo puede consistir en la armonización de las posibilidades que la participación electrónica genera en el ámbito de las instituciones de democracia directa con las exigencias del actual Estado representativo⁹. Esta exigencia de armonización sería, precisamente, la implicación más trascendente del valor transformador de la cláusula sociedad democrática avanzada.

4.3.1 APLICACIONES DE LA PARTICIPACIÓN ELECTRÓNICA A LOS INSTITUTOS DE DEMOCRACIA DIRECTA

Como acabamos de señalar, las posibilidades que el uso de las TICs ha generado en el ámbito de la democracia directa, más allá de que apunten a en-

⁹ Las posibilidades sugeridas por la aparición de la participación y democracia electrónicas han sido interpretadas desde distintas ópticas. Mientras algunos autores, los denominados ciberpesimistas, consideran que la aplicación de las TICs a las actuales estructuras representativas entrañará tan sólo la modificación de algunos de sus aspectos formales, otros muchos tratadistas, los ciberoptimistas, sostienen que las TICs transformarán la esencia y el valor de las actuales democracias. Frente a estos dos grupos se encuentra el de los ciberrealistas quienes consideran que la participación y democracia electrónicas pueden transformar algunos aspectos sustanciales de las actuales democracias como los presupuestos, formas y significación de la actual comunicación política y, sobre todo, el grado actual de presencia de las técnicas de democracia directa.

contrar una nueva vía de mediación entre la democracia directa y la indirecta, han de ser aprovechadas siempre que sean compatibles con la condición de democracia representativa de nuestros Estados constitucionales. Esa exigencia, deducida de la cláusula sociedad democrática avanzada, implica –como también hemos advertido anteriormente– plantearnos en qué niveles de gobierno ciertos asuntos pueden ser decididos por instituciones clásicas de democracia directa transformadas por las posibilidades generadas por las TICs.

Recordemos en este sentido que la Constitución, para que pueblo español pueda participar directamente en los asuntos públicos, regula tres instituciones clásicas de democracia directa: el referéndum en sus tres modalidades (referéndum consultivo del artículo 92; referéndums constitucionales de los artículos 167.3 y 168.3; y los referéndums autonómicos); la iniciativa legislativa popular; y el régimen de Concejo Abierto en algunos municipios.

En nuestra opinión, el valor interpretativo y transformador de la cláusula sociedad democrática avanzada justificaría una eventual reforma del régimen jurídico del Concejo Abierto para incorporar al mismo las posibilidades generadas por las TICs. Como sabemos, el artículo 140 de la Constitución española, al disciplinar el régimen jurídico del municipio, dispone que la ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del Concejo Abierto, mandato al legislador que aparece desarrollado en el art. 29 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Según este precepto, introducido por la disposición final primera de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, funcionan en este régimen singular, además de los municipios que tradicional y voluntariamente cuentan con él y los que por su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable, aquellos otros municipios de menos de 100 residentes cuyos alcaldes así lo decidan, en cuyo caso será la Asamblea Vecinal la competente para adoptar decisiones de especial trascendencia para el municipio. Es la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, la que prevé la posibilidad de que este régimen se pueda aplicar a entidades locales diferentes a las que tradicionalmente ha venido funcionando, siempre y cuando así se decida en los municipios de 100 habitantes que, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, venían obligados a funcionar en Concejo Abierto.

Pues bien, una nueva reforma de del régimen jurídico del Concejo Abierto podría consistir en: (i) organizar virtualmente, y no presencialmente, la Asamblea Vecinal de los municipios que, en aplicación del art. 29 a) y b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, ya vengán funcionando en Concejo Abierto; (ii) extender esta modalidad virtual de Asamblea Vecinal a todo municipio de me-

nos de 100 habitantes, volviendo así a la regulación previa a la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, solo que la Asamblea Vecinal funcionaría en modalidad virtual (iii) extender esta modalidad virtual de Asamblea Vecinal a todo municipio de entre 101 y 250 habitantes.

5. CONCLUSIONES

1. Una de las cláusulas más singulares de la Constitución española es la contenida en su preámbulo según la cual la Nación española proclama su voluntad de establecer una «sociedad democrática avanzada». A pesar de no gozar de eficacia jurídica plena dada su ubicación sistemática, no podemos desconocer que tal fórmula presenta un valor interpretador y transformador de la Norma Suprema.

2. Toda labor hermenéutica proyectada sobre la fórmula en examen ha de prescindir de la consideración de que el origen de la misma se halla en el ámbito de la teoría marxista de la Filosofía del Derecho y del Estado y de que la misma «era un modo más o menos crítico de sociedad sin clases» (Lucas Verdú, 1981, p.7). En este sentido, la labor interpretativa ha de entender esta categoría a partir de la propia evolución del Estado constitucional en tanto en cuanto se inserta plenamente en una Constitución que instaura, precisamente, un Estado constitucional o de derivación liberal.

3. En nuestra opinión, la expresión sociedad democrática avanzada ha de ser interpretada primordialmente a la luz de la condición de España como Estado democrático, de forma y manera que su significado ha de hallarse únicamente a partir de de las tres dimensiones en que se concreta el principio democrático en nuestra Norma Suprema: como principio de legitimación radical del poder, como principio que postula la participación de la sociedad en los asuntos públicos y como principio de organización democrática del poder. En este sentido, la cláusula en estudio cobra significado fundamentalmente a partir del entendimiento del principio democrático en la segunda de las dimensiones antes mencionadas: como principio de participación de la sociedad en el poder, según el cual los ciudadanos han de participar en los asuntos públicos, bien directamente, bien indirectamente.

4. Centrada nuestra labor hermenéutica en el ámbito estricto del principio democrático, la fórmula sociedad democrática avanzada implicaría la profundización en la intervención de la sociedad en los asuntos públicos, de forma que la misma sea real, efectiva y verdaderamente participativa. Como quiera que este resultado puede alcanzarse a partir de la aplicación de las TICs en los

procesos participativos, es decir, a través de lo que se conoce como participación y democracia electrónicas, una sociedad democrática avanzada es aquella en la que se aplican a la participación de la sociedad en los asuntos públicos todas las posibilidades generadas por las TICs que la hagan lo más intensa, real y verdadera posible.

5. Tales posibilidades se despliegan tanto en el ámbito de la democracia indirecta o representativa, como en el de la directa o de identidad, siendo su alcance y límites diferentes.

a) La democracia electrónica permite que se realicen las exigencias de la democracia representativa tanto en la esfera de los procesos de formación de la voluntad estatal como en la de la transparencia de la actividad pública. Las TICs, al invertir la dirección tradicional del flujo de información, son un excepcional cauce de intercambio de información que permiten, al aplicarse en los procesos de formación de la voluntad estatal, la articulación de intereses entre los representantes que elaboran la Ley en los Parlamentos y sus representados. Asimismo, los ciudadanos pueden, gracias a las posibilidades que han generado las TICs en materia de transparencia de la actividad pública y publicidad activa, tener un conocimiento exhaustivo, actualizado y permanente de toda la actividad de los poderes públicos que les permita controlar, supervisar y vigilar la gestión que sus representantes realizan en los asuntos públicos, impidiendo que estos últimos actúen abstraídos y desvinculados de sus representados.

b) La democracia electrónica ha permitido que la posibilidad de que los ciudadanos intervengan directamente en las decisiones públicas haya dejado de ser un imposible conocido por primera vez en la Historia. Ello invita a tomar conciencia, ciertamente con toda la prudencia y las precauciones debidas, de la necesidad de adaptar las formas tradicionales de democracia representativa a las posibilidades de una participación electrónica que comienza a estar en trance de convertir a la democracia directa en un futuro lejano, pero ya no inexistente, en una auténtica y verdadera realidad. Esta exigencia de adaptación sería, precisamente, la implicación más trascendente del valor transformador de la cláusula sociedad democrática avanzada. Además de ello, y con efectos más inmediatos, la cláusula en estudio exigiría también el aprovechamiento de las posibilidades que el uso de las TICs han generado en las instituciones clásicas de democracia directa, siempre que las mismas sean compatibles con la democracia representativa de los actuales Estados constitucionales. En ese entendido, exponemos una posible reforma del régimen jurídico del Concejo Abierto para incorporar al mismo las posibilidades generadas por las TICs.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CONSTANT, B. (1820). *Curso de Política Constitucional*. Madrid: Imprenta de la Compañía.
- COTINO HUESO, L. (2006). «El voto electrónico o la casa por el tejado. La necesidad de construir la participación y democracia electrónica por los cimientos». En Cotino Hueso, L. (Coord). *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Granada: Comares.
- GARCÍA CANALES, M. (2004). *Temas de Derecho Constitucional I*. Murcia: Diego-Marín.
- GARCÍA COSTA, F. M. (2015). *Algunas originalidades y aportaciones del constitucionalismo español*. Barcelona: Atelier.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994). *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Civitas.
- GARRORENA MORALES, A. (2011). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: CEPC.
- (1980). *El Estado social como Estado social y democrático de Derecho*. Murcia: Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- LUCAS VERDÚ, P. (1981). «Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada». *Revista de Derecho Político*. Núm. 10.
- (1984). *Curso de Derecho Político, Volumen IV, Constitución de 1978 y transformación político-social española*. Madrid: Tecnos.
- PAU I VALL, F. (1998). «Democracia e Internet». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. Núm. 10.
- TAJADURA TEJADA, J. (1997). *El Preámbulo constitucional*. Granada: Comares.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1985). Significado de la Representación política. *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 44.
- (1995). La función legitimadora del Parlamento. *Parlamento y Opinión Pública*, Madrid: Tecnos.

DE LA PUBLICIDAD A LA PERMEABILIDAD: TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL NUEVO PARLAMENTO. UN ESBOZO DE CRÍTICA DEL PARLAMENTO ABIERTO

JOSÉ TUDELA ARANDA*
Cortes de Aragón. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: Presentación. 1. Publicidad y Parlamento. Un binomio inseparable y paradójico. 2. La incorporación por los Parlamentos de una revolución transversal. 2.1 Una breve (y necesaria) explicación. 2.2 El Parlamento abierto. 3. La incorporación normativa de la transparencia y el acceso a la información por los Parlamentos españoles. 4. Publicidad, transparencia y acceso a la información en la relegitimación de la institución parlamentaria. El principio de permeabilidad parlamentaria. 5. Bibliografía.

PRESENTACIÓN

Un trabajo sobre la transparencia y el acceso a la información en los Parlamentos contemporáneos es casi tanto como un ensayo de reflexión global sobre el Parlamento. Al menos, lo sería sobre una de sus principales líneas de transformación. No puede ser éste el objeto de las páginas que siguen. Su alcance, necesariamente, es mucho más modesto. Las mismas, eso sí, se insertan en una reflexión

* Letrado de las Cortes de Aragón. Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Zaragoza.

general sobre la institución parlamentaria realizada en distintos trabajos. Una reflexión que si bien, necesariamente, ha evolucionado con el tiempo, tiene como línea de continuidad advertir del anacronismo en el que se desenvuelven las instituciones parlamentarias, y, en concreto, las españolas. Anacronismo frente al que, como se verá en estas páginas, se ha querido comenzar a reaccionar, precisamente incorporando a su ordenamiento los principios antedichos. Sin embargo, y ésta pretende ser la principal aportación de este trabajo, ello se ha realizado sin una visión integral del alcance de las reformas que requiere la Institución y, aún más importante, sin alma. Es decir, sin el convencimiento y energía que reformas de este calado requieren para trasladarse de la teoría a la práctica.

De esta manera, en las páginas que siguen me limitaré a exponer una sucinta relación del estado de la cuestión en el ámbito normativo, con una breve presentación teórica. Un marco que me ha de servir como puente para una reflexión final que trata de subrayar la necesidad de cambiar el enfoque, la perspectiva, con la que se aborda esta cuestión. La democracia vive un tiempo paradójico. Por una parte, es inobjetable que nunca como hoy ha tenido una geografía tan extensa y que nunca como hoy ha tenido menos enemigos declarados. Sin embargo, simultáneamente, se puede afirmar que el presente es un tiempo de riesgo para la democracia. Lo es para la democracia liberal constitucional, seriamente amenazada por modelos políticos que buscan en la legitimidad de la mayoría, la manera de destruir rasgos esenciales de la misma, sin los cuales es irreconocible y por la extensión entre la ciudadanía de percepciones negativas sobre la misma (Presno Linera, 2014). En esta disyuntiva, el papel del Parlamento se antoja decisivo. La explicación es sencilla. Es la Institución que concentra la ideología y funciones de esas cualidades connaturales al sistema democrático liberal que las mencionadas desviaciones pretenden destruir (Tudela aranda, 2017). En ese contexto se pretende insertar la presente reflexión que, se repite, apenas puede ser un esbozo de aproximación a uno de los temas más relevantes en el debate sobre el Parlamento en la democracia contemporánea.

1. PUBLICIDAD Y PARLAMENTO. UN BINOMIO INSEPARABLE Y PARADÓJICO

La publicidad es comúnmente aceptada como una de las características esenciales del trabajo parlamentario y uno de los requisitos inderogables del régimen democrático. A pesar de ello, no se había prestado excesiva atención a su significación para el presente de la Institución y, singularmente, a su importancia para la legitimación del Parlamento (Lucas Verdú, 1982; De Vega, 1985). Relevancia que se ha

podido predicar en relación con cualquier época, pero que, notoriamente, se incrementaba en el modelo social resultante de la revolución tecnológica contemporánea.

Como es conocido, el significado del principio de publicidad trasciende con generosidad el ámbito de la Institución representativa para ser recabado como fundamento de toda organización democrática. La publicidad, por lo demás, se vincula a la idea de justicia en el sistema democrático. Se llega a afirmar que son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados. La exigencia de la publicidad es, así, una manifestación de la concordancia entre política y derecho en la sociedad democrática. Es el principio que garantiza el nexo entre los ciudadanos y sus representantes, convirtiéndose, como señaló Smend, en el elemento de integración más importante del Estado constitucional democrático. Esta idea, puede anticiparse, tiene una consecuencia fundamental sobre el Parlamento, ya que, en última instancia, no será otro el principio inspirador de toda la regulación sobre transparencia y acceso a la información y documentación parlamentaria (Bobbio, 2002). Finalmente, la publicidad es presupuesto de cualquier ejercicio deliberativo, incluso, de la propia existencia de un espacio público. Sin una publicidad efectiva de la acción del poder no es posible la deliberación ni existen los requisitos necesarios para poder desarrollar un modelo de foro público. La publicidad debe alcanzar a las cuestiones sobre las que debatir, a las opiniones sobre las mismas y a la misma discusión. Habrá de entenderse como un todo, es inescindible. Sólo desde esa concepción de globalidad se cumplirán los requisitos propios del espacio público. Y sólo desde esta interpretación se podrán entender adecuadamente las consecuencias de la adición de la transparencia y el derecho de acceso a la información.

En el Parlamento contemporáneo, la publicidad emerge con el principio de representación. Si el Parlamento representa a la Nación, la única consecuencia posible es que sus trabajos se realicen de manera visible para todos. La publicidad es el punto de encuentro necesario entre la representación y la opinión pública. En consecuencia, el procedimiento parlamentario ha de servir a este principio. La publicidad se convierte, por necesidad lógica, en la garantía esencial de la libertad política (Abellán, 1989). Así, los primeros tratadistas del Parlamento no hicieron sino servir a la idea de la consideración de la publicidad como elemento esencial del trabajo y ser de las Cámaras. Fue Bentham quien al divulgar la manera de trabajar de los Comunes dijo que la transparencia y difusión de los trabajos parlamentarios asegura la confianza del pueblo y su consentimiento de las resoluciones legislativas. Por su parte, Bahegot llegó a definir el Parlamento como órgano de publicidad. Es más, las tres funciones que le asignó, expresiva, pedagógica e informativa, constituyen un compendio

de proyección comunicativa a la sociedad. La Constitución francesa de 1791 estableció sobre este punto unas pautas que siguieron las Constituciones históricas de nuestro País al incluir en su seno el principio de publicidad parlamentaria (Bentham, 1991; De Vega, 1995).

La publicidad sigue siendo un principio esencial de la vida parlamentaria. Pero, necesariamente, su comprensión y significado no puede ser el mismo que hace doscientos años, siquiera que hace veinte. Hace ya tiempo que no es suficiente proclamar la publicidad como principio inviolable o publicar mediante los correspondientes boletines oficiales los aspectos fundamentales del trabajo parlamentario. Tampoco, disponer de una página web que informe con más o menos profusión informe sobre la actividad parlamentaria¹. Ni las proclamaciones solemnes ni las caducas hojas de los citados boletines garantizan en nuestros días una publicidad efectiva. Quizá salvaguarden los estrictos requisitos jurídicos, pero poco más. La publicidad nunca ha sido una mera exigencia jurídica y hoy lo es menos que nunca (Pau i Vall, 1995). En la actualidad, el principio de publicidad parlamentaria ha evolucionado sumando las exigencias del principio de transparencia y, en definitiva, de la cultura del Parlamento abierto (Rubio Nuñez y Vela Navarro Rubio, 2017). Hoy, el principio de publicidad parlamentaria no podrá considerarse efectivo si no se proyecta sobre un eficiente desarrollo del principio de transparencia, con su correspondiente traducción en el reconocimiento del derecho de acceso a la información y una eficaz política de comunicación, que logre una divulgación real de ese material que debiera ser accesible para todo el mundo. El tiempo presente puede considerarse un tiempo de tránsito para el Parlamento en general y, en particular, para el mencionado principio de publicidad.

De lo indicado, debe concluirse como premisa de estas páginas, que publicidad no es sinónimo de transparencia. La publicidad es el principio basal. La declaración de todo trabajo parlamentario como accesible a los ciudadanos. Una idea, como se vio, indisolublemente vinculada a la esencia de la Institución parlamentaria. Pero, como es natural, las consecuencias a extraer de este principio han variado con los años, con la evolución de la sociedad. Si hoy se reflexiona sobre la transparencia en relación con la Institución parlamentaria, no es sino porque las profundas transformaciones sociales y tecnológicas acaecidas en las dos últimas décadas, han traído como consecuencia tanto nuevas posibilidades

¹ La creación de las primeras páginas webs parlamentarias supuso una revolución en relación con el principio de publicidad parlamentaria. No sólo por el contenido que en ese momento se pudo incorporar (entonces más ligados a lo que sería materialización del derecho contemplado en el artículo 105 b) de la Constitución, (SARMIENTO, 2015), sino por las oportunidades que ofrecían para la consolidación de un modelo diferente.

técnicas para el desarrollo del trabajo parlamentario como profundos cambios en el sistema de valores que afectan a la legitimidad global de la Institución y, en concreto, a la interpretación del principio de publicidad, a las consecuencias que se deben extraer del mismo (García-Escudero, 2015; Astarloa, 2017). Pero, en todo caso, es necesario reivindicar los orígenes. Sin publicidad no hay transparencia. Ni acceso a la información. Ni participación. Sin publicidad no es posible que el Parlamento pueda cumplir con las demandas planteadas por la sociedad y los propios agentes políticos. Para que se cumplan de la mejor manera posible, de la manera más acorde a las nuevas demandas sociales, habrá que interpretar el principio en relación con principios e instituciones que los refuerzan, como la transparencia o el acceso a la información.

Junto a ello, no cabe desconocer que la publicidad es requisito *sine qua non* para el desarrollo de todas las funciones parlamentarias, pero lo es de manera muy particular para un ejercicio eficaz del control parlamentario. Hasta el punto de que no se antoja exagerada la afirmación de que la publicidad es la piedra de toque de la existencia de un verdadero control parlamentario del Gobierno (Iturbe March, 2004). Si esto ha sido siempre así, creo que se afirma que el alcance de esta reflexión se proyecta con particular fuerza sobre la incorporación de la transparencia y del acceso a la información a la institución parlamentaria. Precisamente, al menos en mi opinión, uno de los principales déficits que han acompañado hasta la fecha a su traducción normativa y, aunque en menor medida, a la reflexión teórica que le sirve de soporte, ha sido no vincular adecuadamente estos principios/derechos con las funciones parlamentarias y, muy en particular, con el control parlamentario. El control, se repite (Aragón Reyes, 1986) es la primera función del Parlamento contemporáneo. Más, casi todo su hacer se puede reconducir al control. Pues bien, un desarrollo ambicioso de la transparencia y del derecho al acceso a la información puede transformar la capacidad del Parlamento en relación con el control.

Desde estos presupuestos, ha de plantearse el examen de la publicidad, transparencia y acceso a la información, en el Parlamento contemporáneo. Parece posible llegar a un consenso sobre la idea de que en una sociedad democrática, el principio de publicidad aplicado a la institución parlamentaria, se traduce en proporcionar al ciudadano y elector, a través de la correspondiente labor de difusión, los presupuestos y el conocimiento de las alternativas ofrecidas por las distintas formaciones políticas, de manera que puedan conformar una opinión y, con ella, influir, mediante su participación en el proceso electoral, en la formación de la voluntad política de la Nación. Igualmente, creo, se puede coincidir en que, internamente, la función de los principios examinados es reforzar la funcionalidad del Parlamento, su eficacia en el desarrollo del

conjunto de sus funciones y, muy en particular, con aquella que se considera matriz, la función de control. Las dos perspectivas confluyen en el territorio de la legitimación. El Parlamento contemporáneo debe legitimarse desde una representatividad que sólo alcanzará mediante su inserción en una funcionalidad, permítase la redundancia, «contemporánea». Para lograrlo, han venido en su auxilio unos medios técnicos que permiten multiplicar el alcance y potencia del viejo principio de publicidad (Tudela, 2002). Ahora bien, será preciso entender que esos medios que han llegado a conformar un principio como el de transparencia o redimensionar un derecho como el de acceso a la información, son eso, medios, al servicio de las funciones «mayores» de la institución parlamentaria. Por ello, y de manera no despreciable, la renovación del viejo principio de publicidad se encuentra estrechamente ligada no ya a la renovación de su legitimidad sino del sistema político en su conjunto (Sainz moreno, 2004).

2. LA INCORPORACIÓN POR LOS PARLAMENTOS DE UNA REVOLUCIÓN TRANSVERSAL

2.1 Una breve (y necesaria) explicación

La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno, deben ser los ejes de toda acción política. Así comienza el Preámbulo de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La transparencia y la información serían una condición indispensable para el desarrollo de la participación política y el control del poder público. Por otro lado, su desarrollo sirve al fortalecimiento de las instituciones. En todo caso, el mismo legislador se preocupa de señalar que la Ley no actúa sobre la nada, ya que un amplio abanico de disposiciones bien obligaban a desarrollar la publicidad activa bien desarrollaban el derecho de acceso a la información contemplado en el artículo 105 de la Constitución (Sarmiento Méndez, 2015). Se trataba de sistematizar y profundizar dichos principios, sacando rédito de las ventajas que en relación con los mismos ofrecían las nuevas tecnologías. Respecto del buen gobierno, la ley «juridifica» una serie de principios dispersos por el ordenamiento, estableciendo para el supuesto de incumplimiento de los mismos, una serie de sanciones.

Siquiera sea con brevedad, resulta preciso referirse al contexto en el que se explica la aprobación de la Ley 19/2013. Por un lado, España se había convertido en una auténtica excepción en el contexto de las democracias occidentales, al ser una de las muy pocas que carecía de una legislación sobre transparencia que

adaptase las exigencias naturales de publicidad propias del Estado de derecho a las nuevas posibilidades tecnológicas y, sobre todo, a las nuevas demandas ciudadanas (Rubio, 2013). Incluso, la Unión Europea había reconocido el principio de transparencia como principio ordenador de los trabajos de sus instituciones, órganos y organismos². Por otro, la crisis económica había provocado que una ya perceptible erosión de la legitimidad del sistema político en su conjunto, deviniese en una peligrosa crisis de credibilidad. Los ciudadanos demandaban responsabilidad política, información; y nuevos canales de participación. Así las cosas, era necesario reaccionar. Y era claro que una de las primeras formas de reacción debía ser fortaleciendo el principio de transparencia y el acceso de los ciudadanos a la información pública. Tanto el control de la acción política como la participación tenían en ellos un presupuesto inexcusable (Lasagabaster, 2010).

Es fundamental retener la idea de que el desarrollo de la transparencia y del derecho de acceso a la información, así como la implementación de los principios del buen gobierno se acometen en el contexto de una crisis de legitimidad del conjunto del sistema político y como instrumentos de respuesta a esa crisis. Una afirmación que se puede transmutar en relación con el Parlamento. El desarrollo de estos principios en el seno de la institución parlamentaria debe entenderse como respuesta a la particular crisis que vive en el conjunto de la erosión del sistema institucional (Bustos Gisbert, 2017). De acuerdo a lo que es una de las ideas rectoras de estas páginas, esta relación es central para el diseño concreto que se realice estos principios y de los derechos consiguientes. Junto a ello, cabe decir que más que insertarse, y adaptarse, al modelo tradicional de Parlamento, deberían ser piedra angular de la transformación de ese modelo (Greciet García, 2012; Navarro Menéndez, 2013).

Finalmente, no puede eludirse la referencia a una tensión que subyace a este modelo y, en general, a las propuestas de reforma del Parlamento y del modelo democrático. Me refiero a la clásica dialéctica entre democracia representativa y democracia directa. Una dialéctica que ha resurgido con fuerza al hilo de la aludida crisis del sistema político. Advertida la misma, son muchos los autores y fuerzas políticas que han considerado que una de las causas fundamentales de la misma era el déficit de participación y, por ende, de legitimación de los cauces clásicos que ofrece la democracia representativa. Su insuficiencia, unida a la corrupción y al defectuoso y poco democrático funcionamiento de los partidos políticos, estaría en la raíz del problema. En consecuencia, incrementar los canales de participación y, fundamentalmente, vigorizar instrumentos de democracia directa como el referéndum o la inicia-

² Así, art. I-50 del TCE.

tiva legislativa popular, serían un camino irrenunciable (Saénz Royo, 2018). Una propuesta que, inevitablemente, afecta al Parlamento. No sólo porque en el juego de equilibrios que es todo sistema institucional lo que pueda ganar la democracia directa lo pierda el Parlamento como reflejo máximo de la democracia representativa. También porque esta Institución se vería directamente afectada por otras propuestas anexas como las referidas a la reforma del sistema electoral o del funcionamiento interno de los partidos políticos. En este contexto, si bien no directamente relacionadas con la exaltación de la democracia directa, las propuestas relacionadas con la filosofía del Parlamento abierto afectan a la dialéctica mencionada. En su momento, abogué por un cambio en la filosofía del funcionamiento del Parlamento. Un cambio que, básicamente, supondría la ruptura de su aislamiento para una relación más constante y general con la sociedad. Un cambio que se debería materializar en un «derecho al Parlamento» (Tudela, 2008). Tesis coincidente con el nervio de la filosofía del Parlamento abierto. Y hoy, más de diez años después, sigo pensando lo mismo. Ahora bien, creo que es preciso ponderar con cuidado el equilibrio entre el desarrollo de los elementos participativos, incluso en sede parlamentaria, con las características esenciales de la representación. Por supuesto, también lo era hace diez años. La diferencia es que en este tiempo han sucedido muchas cosas y, creo que se puede afirmar, durante los mismos, se ha debilitado la primacía de la representación como sustento de nuestra forma política. Lo ha hecho en un contexto en el que, paradójicamente, ha devenido más necesaria que nunca. Pero éste es un tema que excede estas páginas. Es preciso recordarlo para explicar que la premisa de esta reflexión es que el desarrollo de la transparencia y el derecho de acceso a la información, como el resto de principios asociados al Parlamento abierto u otros similares, deberá tener presente su vinculación intrínseca con la representación política y la necesidad de que sirvan a su fortalecimiento. Hoy, más que nunca es válida la afirmación de que es preciso desarrollar esos instrumentos «sin traicionar los principios que configuran el principio representativo» (Rubio y Vela, 2017).

2.2 El Parlamento abierto

Precisamente, es el contexto de crisis global del sistema político, lo que explica la multiplicación de esfuerzos por adaptar y renovar la institución parlamentaria que se han sucedido en los últimos años. Por una parte, organizaciones internacionales como la Unión Interparlamentaria, han multiplicado esfuerzos para «modernizar» la Institución y adaptarla al nuevo contexto so-

cial y tecnológico. Por otro, la doctrina ha comenzado a fijar su atención en el Parlamento, superando visiones estrictamente jurídicas, para reflexionar sobre las exigencias que a la misma plantea la mencionada crisis del sistema político. Finalmente, los Parlamentos han comenzado a incorporar a sus normas algunas disposiciones que reflejarían ese contexto. Son numerosos los documentos de organizaciones internacionales y las prácticas iniciadas por distintos Parlamentos coherentes con la nueva filosofía (Llop Ribalta, 2012; Martínez Santa María, 2018) ³. La publicidad evoluciona hacia la transparencia y ésta tiene como consecuencia lógica, la participación de los ciudadanos como elemento natural de la vida parlamentaria. Presupuesto de todo ello es una concepción amplia del derecho a la información y acceso de documentación que, en última instancia, implica la obligación de los Parlamentos de generar *open data*. El círculo se cierra con la utilización de códigos de buena conducta como instrumentos de lucha contra la corrupción. Con este arsenal de medidas se persiguen dos objetivos. Por un lado, adaptar el funcionamiento de las instituciones parlamentarias no sólo a un nuevo contexto tecnológico sino también a la influencia que el mismo ha tenido en las percepciones políticas de la sociedad. Por otro, combatir la crisis de legitimidad de la política en general y del Parlamento en particular, consecuencia tanto del cambio mencionado como de la abundancia de usos corruptos o, simplemente, inadecuados.

La bandera nominativa utilizada para incorporar estas reflexiones al Parlamento es la de Parlamento abierto, en clara transposición de la idea de gobierno abierto. No se trata de, siquiera brevemente, describir en estas páginas el alcance y significado de esta expresión. El Parlamento abierto sería el resultado de la combinación de un contexto sociopolítico, dentro de la sociedad de la información, con el impacto de los avances tecnológicos sobre la institución parlamentaria (Rubio y Vela, 2017). Pero, como afirman estos mismos autores, sería un concepto abierto, pendiente de definir y concretar. Una voz polisémica y que bien puede variar de significado en función de quienes la utilicen. Para la Red Novagob ⁴, Parlamento abierto sería «aquél que comunica toda la actividad parlamentaria y la información sobre la Institución y sus miembros de forma transparente y en formatos abiertos y entendibles para la ciudadanía; que abre espacios de participación y colaboración con los ciudadanos y con los funcionarios; que, en forma de conversación permanente, tienen cauces que

³ En estos dos trabajos se puede encontrar la relación y análisis de los principales documentos elaborados por organizaciones internacionales y Parlamentos nacionales, así como los más relevantes usos mediante los cuales los Parlamentos nacionales han incorporado lo señalado en esos documentos.

⁴ Red social de administración pública destinada a servir de ayuda para profesionales de la Administración pública. Es un proyecto de la Universidad Autónoma de Madrid (www.novagob.org).

incluyen a las redes sociales para escuchar activamente lo que la ciudadanía necesita al abrir foros deliberativos y otros instrumentos de participación con capacidad de influir en la agenda política». Un concepto al que los mismos autores adicionan, siguiendo lo establecido por el Parlamento de Paraguay, «la garantía del acceso a la información pública, rendición de cuentas... y altos estándares de ética y probidad en el desarrollo de la actividad parlamentaria». En síntesis, sería la aplicación al Parlamento de los principios de transparencia, participación y colaboración (Rubio y Vela, 2017).

Con estos principios y la filosofía del Parlamento abierto, se busca responder a las nuevas demandas ciudadanas en relación con la Institución. Unas demandas coherentes con la evolución de la relación entre ciudadanos y poder público. Relación marcada de forma determinante por la revolución tecnológica. De dos maneras. Por un lado, por los cambios de valores y comportamientos que la misma ha supuesto en la sociedad. Unos cambios que se han trasladado a la relación de los ciudadanos con el poder público, convirtiéndolos en ciudadanos más exigentes y críticos. La información y la participación se han convertido en el eje de las demandas de esta ciudadanía más activa (Astarloa, 2017). Por otra, porque ese nuevo universo tecnológico permite a la institución parlamentaria plantearse un funcionamiento e inserción en la sociedad impensable hace tan sólo diez años. De esta manera, hoy es imposible que el Parlamento mantenga alguna de las características que lo definieron tradicionalmente. Así, una cierta opacidad que parecía propia de un *sancta sanctorum* (Sarmiento, 2015) o su inaccesibilidad para unos ciudadanos con los que la relación comenzaba y finalizaba el día de las elecciones (Tudela, 2008).

Como se dijo, la filosofía del Parlamento abierto es inevitablemente deudora del ideario del gobierno abierto. Un ideario con el que se pretendía responder a las exigencias que para el gobierno democrático planteaba un nuevo contexto tecnológico. Una respuesta positiva. Es decir, se trataba de rentabilizar positivamente las oportunidades que ese contexto ofrecía. Había transformado la sociedad y las formas de relación y comunicación. Con ello, había distorsionado la forma tradicional de gobierno. Pero esas tecnologías eran también una extraordinaria oportunidad de profundizar en el principio democrático. Pues bien, la incorporación de esa filosofía a la institución parlamentaria requiere tener presente alguna consideración. Básicamente, dos. Por un lado, la necesidad de no aislar al Parlamento del conjunto del sistema institucional. De la misma manera, habría que señalar que no deberían introducirse cambios sustanciales en el desenvolvimiento del ejecutivo

cuando estos puedan estar relacionados con el trabajo parlamentario⁵. La máxima es clara. Se trata de reformas estructurales, de reformas que, en última instancia, afectan al desenvolvimiento del diseño institucional, y que, en consecuencia, deben ser contempladas en conjunto. Por otro, hay que tener presente que si bien se puede aceptar que se trata de una filosofía compartida, que, a la postre, no es sino la adaptación del Parlamento a las exigencias derivadas de un nuevo orden social y tecnológico, el Parlamento tiene unas peculiaridades que, necesariamente, van a condicionar la incorporación de los mencionados principios. El Parlamento es una Institución singular con una cultura propia muy característica (Astarloa, 2017). La mera traslación de lo que se aplica a otras instituciones no sólo no es eficaz sino que es contraproducente. Así, la institución parlamentaria deberá realizar un esfuerzo adicional por redimensionar el alcance de los principios mencionados y adaptarlos a sus características. Más aún. No hay dos Parlamentos iguales. Lo que en uno puede funcionar correctamente, en otro no lo hará. Así, es un reto singular al que deberá enfrentarse cada Parlamento.

Es preciso finalizar este inciso haciendo una referencia a una faceta de la incorporación de estos principios al Parlamento a la que no se suele prestar atención. Me refiero a las exigencias administrativas que conlleva. En diversas ocasiones he insistido en la importancia que para el desarrollo de las funciones parlamentarias tiene su soporte administrativo. Y, en concreto, he denunciado las insuficiencias generalizadas de los Parlamentos españoles (Tudela, 2008). Pues bien, se puede afirmar que cualquier declaración o regulación que se realice de los principios antedichos quedará reducida a poco más de la nada si no viene acompañada de un notable esfuerzo logístico. Un esfuerzo que debe tener una doble dimensión. Por un lado, reforzar generosamente la estructura de medios personales y materiales del Parlamento. Por otra reformar sus estructuras organizativas, de manera que se adecuen a las nuevas exigencias. Así, se propugna la creación de nuevas unidades administrativas en relación con la gestión de la información en sede parlamentaria y, en concreto, con el ejercicio del derecho de acceso a la información (García-Escudero, 2015). El Parlamento no sólo da muestras de anacronismo en lo relativo al ejercicio de sus funciones. También en relación con su organización administrativa. Pero cambiar ésta para que responda a las exigencias de los ciudadanos requiere de un notable incremento de medios con el consiguiente gasto. No debe haber engaño sobre este extremo. Y es preciso explicarlo con claridad. Es preciso acabar con

⁵ Por citar un solo ejemplo, la introducción de procesos de participación en la elaboración de los proyectos de ley, debería estar coordinada con el procedimiento legislativo parlamentario y con la eventual inclusión en el mismo de audiencias legislativas.

la idea de que se puede mejorar el funcionamiento de las instituciones y, simultáneamente, reducir el gasto.

3. LA INCORPORACIÓN NORMATIVA DE LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN POR LOS PARLAMENTOS ESPAÑOLES

Salvo alguna limitada excepción, los Parlamentos españoles han tenido en relación con la transparencia las mismas carencias que el conjunto del Estado. Así, puede decirse que sólo después de la aprobación de la Ley 19/2013, se sintieron obligados a desarrollar sus contenidos. Una Ley que, por otra parte, incurrió en el error de no singularizar a la institución parlamentaria con una referencia particular (Llop, 2018), en clara demostración de desconocimiento o desconsideración hacia su singularidad. Así las cosas, con posterioridad a su aprobación cada Parlamento ha ido aprobando normas de desarrollo. Con independencia de lo que inmediatamente se analizará, hay que avanzar que, en líneas generales, se trata de un desarrollo poco ambicioso y escasamente innovador. En cualquier caso, sería injusto decir que no ha sucedido nada. Los avances, en particular en relación con la transparencia, son evidentes y el muro de opacidad que tradicionalmente caracterizaba la vida de las instituciones parlamentarias ha sido derribado. Por lo demás, hay que subrayar, como tantas veces, que una visión completa sólo se puede obtener desde un análisis conjunto de lo realizado por las diecinueve Cámaras parlamentarias existentes en nuestro País (García Escudero, 2015; Navarro, 2013).

Como se indicó, si se toman referencias comparadas no se puede afirmar que la regulación aprobada por las distintas Cámaras españolas sea excesivamente innovadora o ambiciosa. Pero, como también se dijo, el cambio es objetivo. Y más allá de las normas, creo que lo relevante es subrayar un cambio cultural que cualquiera que se aproxime a un Parlamento puede percibir. Un cambio que se traduce en una natural política de publicidad y en un aliento casi constante a favor de la participación. Desde luego, pueden encontrarse todavía demasiados ejemplos concretos que excepcionan la regla general de la publicidad. Pero, y es lo relevante, hoy no son fáciles de justificar y, en general, se entienden rechazables. Por otro lado, se puede argüir que la participación ha encontrado un espacio más retórico que real. Y creo que es así. A ello no es ajeno a la ausencia de un modelo global en el desarrollo de este principio. Ni a las contradicciones evidentes que ese modelo tiene con el principio represen-

tativo y la mecánica propia de los partidos. Sobre estas circunstancias me extenderé a continuación.

Si bien no es la primera cronológicamente⁶, la norma que aprueba la Mesa del Congreso de los Diputados el 20 de enero de 2015, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a Derecho administrativo, puede ser el comienzo adecuado para el análisis de la regulación de los Parlamentos españoles (García Escudero, 2015). Muchos de sus contenidos se reproducirán en la normativa de las Cámaras autonómicas. En relación con esta norma, se pueden destacar algunos rasgos generales y circunstancias particulares que tienen interés sobre todo por su reproducción por los Parlamentos autonómicos.

Lo primero que puede advertirse es que la norma se aprueba como consecuencia de la aprobación de la Ley 19/2013. Es algo sobre lo que merece la pena llamar la atención. Porque nada hubiese impedido que los Parlamentos se hubiesen anticipado a esa Ley y hubiesen avanzado por la senda de la transparencia, recualificando su particular principio de publicidad. La propia norma del Congreso alude a la evolución que para este principio supuso la web parlamentaria. Como se verá, lo mismo ha sucedido con los Parlamentos autonómicos. En este sentido, hay que afirmar que, mejor o peor, la Ley 9/2013 ha sido un auténtico catalizador del principio de transparencia en el conjunto de las instituciones españolas. Ahora bien, y éste es el segundo rasgo general de la norma del Congreso que merece destacarse, esa deuda con la Ley 9/2013 provoca una lectura demasiado restrictiva para una institución parlamentaria. Así, el enunciado de la norma aprobada por el Congreso es claro en cuanto al ámbito de la misma: actividad sujeta a derecho administrativo. Como habrá de verse, sobre este punto, las cámaras autonómicas han ido, en general, un paso más allá. Creo que se trata de una cuestión esencial. Es sencillo entender que la información existente en el Parlamento atiende a una doble naturaleza. Por un lado, la de naturaleza económico-administrativa; por otro, la de carácter político-institucional (Sarmiento, 2015). Pues bien, es evidente que en relación con las cuestiones relacionadas con el derecho administrativo no ofrecen dudas ni singularidad. Con los límites ya habituales, rige en toda su extensión el principio de publicidad. Y el Parlamento no podrá oponer el principio de autonomía para restringir los criterios generales de publicidad (Ruiz-Rico, 2014) En un Parlamento, la singularidad viene dada por la información relacionada con la actividad política y con la actividad de sus órganos adminis-

⁶ Así, el Parlamento de Andalucía había aprobado normas en este sentido el 25 de junio de 2014.

trativos (véanse informes) asociados a ésta. Un territorio en el que por definición será mucho más difícil discernir el alcance de la publicidad. Pero también mucho más relevante. Se trata de una de las cuestiones aún necesitadas de estudio y reflexión. Hasta ahora, el foco de la transparencia se ha puesto de forma excesiva, en ocasiones monopolizadora, en las cuestiones económicas y administrativas. El contexto de lucha contra la corrupción explica esta circunstancia. Pero que exista una explicación no es incompatible con el hecho de que haya producido una distorsión sobre el debate acerca del alcance de la transparencia y acceso a la información en sede parlamentaria. Por definición, la información relevante en estas instituciones es la de contenido político.

Un tercer rasgo general que puede destacarse es la ausencia de una visión general de lo que se ha denominado Parlamento abierto y, vinculado a ello, una cierta confusión de conceptos. Características que, como se verá, también están presentes en las normas autonómicas. La ausencia de una visión global es evidente. En este caso, no se trata de un error sino de una decisión consciente. La norma sólo tiene la vocación de aplicar los principios de transparencia contenidos en la Ley 19/2013 y, en una interpretación estricta, limitándolo a la información administrativa. Así, no habrá referencia a su posible conexión con la participación. Por otro lado, se puede deducir que distingue entre transparencia e información pública, sobre la base del concepto de transparencia activa. Así, de acuerdo con su artículo 3, el principio de transparencia se traduciría en la obligación de crear un portal de transparencia con un contenido muy amplio en relación con la actividad administrativa de la Cámara. Y se entiende que el derecho de acceso a la información se referirá, básicamente, a información no contenida en ese portal. Información que, se sobreentiende, ha de referirse a cuestiones administrativas. En mi opinión, se trata de una visión equívoca del binomio transparencia/acceso a la información. Creo que el principio de transparencia es un principio informador general, evolución del esencial principio de publicidad. Lo que se denomina transparencia activa no sería sino la más inmediata traducción del mismo en derecho a la información. Es decir, la información puede encontrarse directamente accesible en una web o indirectamente previa solicitud. En todo caso, es información. Y debe facilitarse en virtud del principio general de transparencia. Así, la distinción que realiza la norma del Congreso entre publicidad activa y derecho de acceso a la información pública (dos capítulos y dos artículos diferentes), es equívoca e induce a la confusión. Una confusión de conceptos que, como se verá, se reitera en la mayoría de los Parlamentos autonómicos.

Finalmente, la norma se caracteriza por regular de manera pormenorizada el procedimiento del derecho de acceso a la información. En este punto,

merece un juicio positivo. El procedimiento se desarrolla de manera exhaustiva, de forma que el derecho de información, en los términos en los que previamente se ha delimitado, llegue a ser realmente efectivo. De su regulación destacan cuestiones como la división de competencias entre la Mesa de la Cámara y el Secretario General; la remisión en cuanto a límites a la Ley 19/2013 y el recordatorio de los límites establecidos por legislación de datos personales; la posibilidad de un acceso parcial a la documentación, cuando la solicitud traspase los límites mencionados; la no necesidad de motivación; el establecimiento de silencio negativo; y un régimen de recursos internos, previo al contencioso administrativo. Se puede decir que todos los Parlamentos autonómicos que han regulado con cierta concreción el procedimiento, coinciden en estos extremos. Una regulación positiva por lo detallado, pero que incurre en el error de la remisión a la normativa general en materias tan significativas como los límites, cuando bien puede entenderse que exigen una respuesta específica por los Parlamentos.

Junto a lo anterior, hay que destacar dos cuestiones que tienen un valor singular. Por un lado, el reconocimiento de los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización (artículo 4.1). En relación con los mismos, es relevante señalar que, como expresamente se proclama, se trata de principios técnicos y que se supeditan a las posibilidades técnicas de la Cámara en cada momento, algo particularmente relevante en relación con la reutilización, que se «fomentará». Junto a ello, merecen una reflexión las denominadas causas de inadmisión (artículo 10). Más allá de su relación genérica con los límites al derecho a la información, cabe detenerse en las dificultades que ofrecen alguno de los supuestos contemplados en la referida norma (y que reproducirán varios Parlamentos autonómicos). Me refiero especialmente a las causas previstas en los apartados b) y c). En el primero de ellos, se estima causa de inadmisión las solicitudes «referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos»; en el segundo, «las relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración». En este último supuesto, la duda, más limitada, se centra en la interpretación que se realice de la reelaboración y en el riesgo de que pueda cobijar negativas improcedentes. Más alcance tiene el primer supuesto. Por definición, ese material auxiliar ha sido una zona tradicional de grises en relación con la transparencia. En primer lugar, es preciso tener presente que la referencia se realiza en sede parlamentaria. Algo que siempre habrá que considerar en el momento de su aplicación. Junto a ello, me parece inconveniente agrupar cuestiones tan diversas como una nota o borrador al lado de un informe interno. En principio,

no parece que se deba denegar el acceso a estos informes. En todo caso, la regla general debería ser la inversa. Y en relación con resúmenes, opiniones o comunicaciones, parece que no es pertinente establecer como regla general la inadmisión. Es posible que merezcan alguna cautela y «salir» de la regla general de acceso universal (Sainz Moreno, 2010). Pero una regulación tan taxativa como la contenida en la norma comentada, no parece procedente. Finalmente, hay que resaltar la creación de la Comisión de Acceso a la Información Pública, como órgano de naturaleza administrativa encargado de velar por la efectividad de lo contemplado en la norma de referencia.

Junto a las Cortes Generales, es preciso analizar la normativa existente en los distintos Parlamentos autonómicos (García-Escudero, 2015; Sarmiento, 2015). Normativa que, como en el caso del Congreso y del Senado, surge como consecuencia de la aprobación de la Ley de Transparencia. Sin este análisis, no es posible emitir un juicio completo sobre la relación entre la transparencia, el acceso a la información y nuestros Parlamentos. Y lo primero que resulta preciso destacar de una lectura conjunta de las disposiciones aprobadas por los Parlamentos autonómicos es que se reproducen, incluso acentuados, los principales defectos denunciados en relación con la norma aprobada por el Congreso de los Diputados. No hay una visión general de los nuevos principios que deben afectar transversalmente a la Institución y, claramente, se confunden los conceptos. Desde un análisis de fondo, lo más relevante es que los Parlamentos autonómicos incorporan, al menos en algunos casos, la regulación de la participación y códigos de conducta. Desde un punto de vista formal, domina un cierto desorden en lo aprobado por muchos Parlamentos, y una total y excesiva heterogeneidad en el conjunto de la normativa. En este punto, es pertinente recordar que una cierta ortodoxia jurídica exigiría, en primer lugar, una reforma del Reglamento para incorporar estos principios y consiguientes derechos. Y, en segundo lugar, una resolución de la Mesa aprobada conjuntamente con Junta de Portavoces. Creo que en la forma de proceder de muchos Parlamentos, incluido las Cortes Generales, late una minusvaloración de la transcendencia política de esta cuestión.

Dos Reglamentos merecen una atención especial por suponer un salto cualitativo en la regulación de la materia que nos ocupa. El primero de ellos es el Reglamento del Parlamento de Cataluña aprobado el 1 de octubre de 2015 y, posiblemente, la norma que mejor asimila y refleja la filosofía del Parlamento abierto, la conjunción de la misma con la incorporación de la normativa sobre transparencia. En efecto, el Título VI del mismo dedicado a la Transparencia en la actividad parlamentaria es, con diferencia, la normativa más completa y ambiciosa existente en el derecho español. Puede decirse que su regulación de la

transparencia y del derecho de acceso a la información, artículos 208 a 219, es completa y garantiza a los ciudadanos un nivel adecuado de efectividad de la transparencia en sus dos vertientes, activa y acceso a la información. Una garantía presidida por el principio de publicidad contenido en el artículo 208 y asegurada por los medios técnicos establecidos para ello (portal de transparencia, artículo 219). En relación con el principio de transparencia activa, particular importancia tiene el hecho de que al establecer las materias que están sujetas a la misma se distingue entre las que pueden denominarse políticas y las de naturaleza económico-administrativa, priorizando las primeras. Y, entre ellas, se establecen cuestiones tan esenciales como la documentación anexa a los procedimientos parlamentarios; los estudios e informes elaborados por los órganos y servicios parlamentarios o las decisiones de los órganos parlamentarios, incluidas Mesa y Junta de Portavoces (artículo 211). El derecho de acceso a la información es regulado desde esta vocación ambiciosa (artículos 213 y 214). Merece destacarse la rigurosa regulación de sus límites, claramente destinada a evitar una interpretación extensiva de los mismos (artículo 215).

El estudio de la participación en este Reglamento nos remite a la referencia que se realizó a la confusión conceptual que domina la normativa de los Parlamentos españoles, incluso en aquellos que mejor lo han hecho, como es este caso. Así, el Capítulo V del estudiado Título VI se refiere al Parlamento abierto, identificándolo con la participación de los ciudadanos en sede parlamentaria. Así, el artículo 228 establece el principio general pro participación y los artículos 229 a 232 desarrollan esta regulación estableciendo instrumentos concretos y una novedosa evaluación de esta política. En el 229 se realiza una acertada vinculación del principio de transparencia con la participación ciudadana. De nuevo, se trata de una avanzada y ambiciosa regulación. Pero es llamativa la mencionada identificación del Parlamento abierto sólo con la participación. Finalmente, es significativo observar como en este mismo Título, se regulan los Grupos de interés y las medidas de Prevención y lucha contra la corrupción (Capítulos III y IV).

También merece una atención especial el Reglamento de las Cortes de Aragón, uno de los últimos en ser reformado en su totalidad. Aprobado el 15 de julio de 2017, incorpora un Título XVIII bajo la rúbrica «De Parlamento abierto», subdividido en tres Capítulos. El Primero está dedicado a las disposiciones generales, destacando el artículo 300, «Derecho al Parlamento abierto». En su párrafo 1.º, las Cortes de Aragón reconocen el derecho de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma a relacionarse con el Parlamento y en su párrafo 2.º, se indica que el citado derecho «comprende cuantas acciones reconozcan este Parlamento y sus normas de desarrollo a los ciudadanos en rela-

ción con la utilización de instrumentos de participación en los procedimientos parlamentarios y de acceso a la información en relación con la organización y funcionamiento de la Cámara». Como principios del Parlamento abierto, el artículo 301 reconoce los principios de transparencia y de participación. El segundo de los Capítulos está dedicado a la «Transparencia de la información parlamentaria» y se vertebra alrededor del artículo 302 que hace una relación amplia de la información que será pública. Respecto a los límites, se hace una remisión a la legislación de transparencia y se establece el principio de interpretación restrictiva. Por su parte, el artículo 303 se dedica al portal de transparencia y a las condiciones técnicas en las que se suministrará la información. Finalmente, el artículo 304 regula el derecho de acceso, estableciendo una normativa extrañamente parca en el conjunto del Título y en la que destaca la legitimación a mayores de 14 años y una sorprendente remisión en bloque a la legislación de transparencia en relación con el procedimiento, causas de inadmisión y plazos. Finalmente, el Capítulo 3.º se dedica a la participación en la actividad parlamentaria. Su desarrollo en los artículos 305 y 306, resulta algo confuso, ya que parece que el artículo nuclear en el desarrollo de este derecho es el 306 que establece los mecanismos de participación, mientras que el 305 recoge una amplia y genérica participación residual a través de la web. En cualquier caso, el derecho de participación adquiere una amplia dimensión que abarca desde instrumentos tradicionales como las comparecencias en la Comisión de Derechos humanos o la Iniciativa legislativa popular a otros más novedosos como la posibilidad de creación de foros de reflexión o presentación de propuestas de proposiciones no de ley. Esta normativa no ha sido desarrollada posteriormente.

Me he extendido en las normativas aragonesa y catalana porque, como se ha señalado, pueden considerarse síntesis de lo que, disperso y desordenado, se encuentra en el resto de las normas aprobadas por los Parlamentos autonómicos. Como he indicado, no hay una mínima homogeneidad en la estructura de las normas aprobadas y su contenido, y si bien coincide en buena parte, lo hace de forma desordenada y fragmentaria. Como se indicó, una buena parte de esa normativa trae causa de la analizada norma del Congreso de los Diputados, al menos en lo referido a transparencia y derecho a la información. En relación con la transparencia, puede subrayarse la existencia de dos modelos. Por una parte, los Parlamentos que han optado por la diferenciación entre información administrativa e información parlamentaria (Castilla y León; La Rioja; Canarias) y los que no realizan esta diferencia (Andalucía; Aragón; Cataluña). También en relación con la transparencia, se puede distinguir entre quienes han optado por realizar una relación exhaustiva de la documentación

que debe hacerse pública (Canarias; Madrid; Valencia) y aquellos que se han limitado a una declaración genérica, que son la mayoría. Se trata de dos decisiones relevantes. Sin duda, lo es más la primera. Si el Congreso de los Diputados, limita expresamente la transparencia a documentación administrativa, la mayoría de los Parlamentos autonómicos la abren a la información política, si bien con matices, en algunos casos muy relevantes. Así, en el mencionado caso aragonés, el núcleo de la información debida es administrativa, aunque una cláusula genérica en relación con la información necesaria para ejercer el derecho de participación, puede dar pie a una interpretación extensiva en relación con la información parlamentaria. En todo caso, debe entenderse que esa cláusula es el puente natural entre la transparencia y el derecho a la información. Por consecuencia directa de la transparencia, determinada documentación se somete al principio de publicidad activa. Por consecuencia indirecta de ese principio, otra documentación sería accesible previo ejercicio del derecho a la información.

La dualidad exhaustividad/cláusula general, enfrenta dos modelos que tienen más de decisión técnica que política. En mi opinión, una solución intermedia parece la más razonable. La voluntad de exhaustividad casi nunca ofrece resultados positivos. Menos en un contexto de cambio permanente que obligaría a renovar ese listado de forma constante. Por otra parte, no decir nada concreto otorga una dosis excesiva de discrecionalidad a los órganos competentes. Lo razonable es que se elabore un listado de mínimos con cierta generosidad. Que se enuncien aquellos documentos que en cualquier caso debe estar sometidos a la transparencia activa y que se establezca una cláusula abierta que en virtud del principio general permita a la Cámara incrementar ese contenido. Junto a ello, dos cuestiones deberían respetarse. Por un lado, la afirmación contundente de que el principio de transparencia preside toda la actividad del Parlamento bien se refleje mediante transparencia activa bien se haga realidad a través del derecho de acceso a la información. Por otro, que los límites que se puedan establecer se interpretarán en todo caso de forma restrictiva, como es señalado expresamente en la normativa de algunos Parlamentos. Así, el criterio de interpretación favorable a la transparencia se ha establecido expresamente en la normativa del Parlamento de Cataluña.

En relación con el derecho de acceso a la información, la mayor parte del contenido de la regulación se dedica a materias procedimentales. En este punto, no hay novedades sustanciales en relación con el Congreso de los Diputados. Con más o menos detalle, los diferentes Parlamentos reproducen el mismo con las características mencionadas: no exigencia de motivación (Aragón; Canarias); legitimación universal (Andalucía; Aragón;); límites, normalmente

de acuerdo legalidad de transparencia (Canarias; Castilla y León; La Rioja; Madrid); competencia de la Mesa (Asturias; Castilla La Mancha –es un rasgo generalizado–); acceso parcial (Castilla y León; Madrid; Murcia; Valencia); recursos (Castilla La Mancha; La Rioja; Madrid). También se reproducen en un número relevante los principios técnicos accesibilidad, interoperabilidad y reutilización (Asturias; Canarias) y las ya analizadas causas de inadmisión (Castilla y León; Madrid; Valencia). En algunos Parlamentos se han creado Oficinas de información para hacer efectivo este derecho (Castilla y León; Castilla-La Mancha; Canarias; Madrid).

En general, se trata de un procedimiento estándar que sigue la regulación del Congreso de los Diputados, si bien, con carácter general, de una manera formalmente menos rigurosa y ordenada. En cuanto al fondo, como se indicó, la novedad relevante es que se abre la posibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información en materia estrictamente parlamentaria. Es ésta una cuestión central que merecería un comentario más detallado. En mi opinión, uno de los errores que se puede observar en lo realizado hasta ahora, ha sido el fijar la atención de la aplicación del principio de transparencia a la institución parlamentaria en la información de carácter económico y administrativo. Un hecho que si bien en un primer momento se pudo comprender por la opacidad de la Institución en relación con cuestiones naturalmente públicas y por la preocupación despertada por el mal uso de los caudales públicos, pronto debería haber sido rectificada. La transparencia en un Parlamento tiene, en sus dos manifestaciones, transparencia activa y derecho a la información, una cualificación singular. En un Parlamento, la faceta económico-administrativa es de natural marginal. Como marginal es su importancia en relación con la lucha contra la corrupción. El núcleo de la transparencia en un Parlamento afecta a la formación de la decisión política y a la forma de desenvolverse sus agentes. Por supuesto, es éste un territorio que también necesita de la reserva. Por eso mismo, es preciso afrontar este tema desde una visión global. Desde una visión que garantice el desarrollo del principio de transparencia al servicio del fortalecimiento global del sistema democrático y que, simultáneamente, legitime los espacios de reserva que requiere toda acción política. Como se ha dicho, se trata de una cuestión esencial que exige de otras páginas para su desarrollo. En estas líneas, se debe constatar que la regulación de los Parlamentos españoles se encuentra lejos de la visión global que se propugna. Excepción a esta afirmación es el Reglamento del Parlamento de Cataluña, en el cual la información sometida al principio de transparencia activa se acerca a esa cualificación que debe tener la transparencia parlamentaria.

En relación con este extremo, lo último que es preciso señalar es que demasiados Parlamentos prolongan la deuda con la legislación de transparen-

cia bien sea la estatal bien la autonómica. Como se indicó, se puede decir que la práctica totalidad incorpora el principio de transparencia como consecuencia de la aprobación de la normativa estatal. Lo más extraño es que en muchos casos la normativa aprobada se remita a ese conjunto normativo en materias esenciales, que en buena parte necesitan de una regulación específica por parte del Parlamento para adaptarlo a sus circunstancias (Aragón; Murcia; La Rioja; Madrid, entre otros). Materias como, por ejemplo y singularmente, los límites en el acceso a la información, merecen una reflexión singularizada por parte del Parlamento, tal y como, por otra parte, establecen los Reglamentos de Cataluña o Valencia. Creo que esta remisión es una expresión de la visión administrativista y no política con la que en demasiadas ocasiones se ha abordado la regulación de esta materia.

Aún más dispersa y singularizada es la presencia de normativa referida a participación. Se trata de una normativa escasa. En relación con la participación, como se ha señalado, la normativa más completa es la aprobada por los Parlamentos de Cataluña y Aragón. Junto a la misma, se pueden encontrar reflejos en la normativa de Parlamentos como el de Andalucía (comparecencias informativas en el seno del procedimiento legislativo, artículo 112; preguntas de iniciativa ciudadana, artículo 165); el de Galicia (posibilidad de presentar proposiciones no de ley) o el caso del Reglamento del Parlamento de Extremadura (artículo 271), que, de acuerdo con la Ley de Gobierno abierto de la Comunidad, prevé la constitución del Consejo extremeño de Ciudadanos y Ciudadanas, como foro de consulta para la participación ciudadana. También es necesario hacer mención de los muy tempranos y relevantes esfuerzos para fomentar la participación de los ciudadanos realizados por el Parlamento vasco y que tuvieron el proyecto Zabalik, aún vigente, una de sus primeras y más relevantes manifestaciones.

Finalmente, pueden realizarse tres reflexiones de interés. En primer lugar, la heterogeneidad de la normativa analizada merece un comentario singular. Por un lado, se puede denunciar la mala técnica normativa. Por otro, la ausencia de un mínimo y deseable nivel de colaboración entre los distintos Parlamentos. Parece evidente que esta materia requiere de un soporte en el Reglamento de la Cámara. Una reforma concreta que no tiene, objetivamente, ninguna dificultad política. Por otro lado, parece que esa normativa debiera ser objeto de una resolución de desarrollo con unos mínimos formales y materiales. Un esquema que no ha sido seguido por casi ningún Parlamento. Por otra parte, se trata de una materia especialmente proclive a un tratamiento mínimamente uniforme en los diferentes Parlamentos. No se trata de identidad ni de imponer nada. Se trata de que fruto de la cooperación entre los mismos, se

hubiese alcanzado un estándar mínimo que, por supuesto, cada Parlamento habría adaptado a sus circunstancias. El marco de la conferencia de Presidentes (COPREPA) hubiese sido el foro adecuado para esta colaboración. La estrecha relación de esta materia con el núcleo de los derechos de participación política, hacen a todas luces recomendable esa mínima uniformidad.

Una segunda consideración debe realizarse sobre la dimensión política de esta materia. Como se acaba de indicar, se trata de una materia relacionada nuclearmente con el derecho de participación. Además, es el eje de una cultura que busca la adaptación del Parlamento a un nuevo modelo social, respondiendo a nuevas demandas y corrigiendo la deslegitimación progresiva de las instituciones parlamentarias. Pues bien, no parece que haya sido percibido así por nuestras instituciones. En demasiadas ocasiones, la normativa empleada, incluso los esfuerzos realizados por divulgarla y hacerla eficaz, transmiten más la sensación de estar delante de una exigencia administrativa. Como si no se advirtiese la cualidad intrínsecamente política que tiene la incorporación de estos principios a la institución parlamentaria. En muchos casos, la normativa aprobada parece responder sólo a las exigencias derivadas de la aprobación de la legislación de transparencia. Y ni siquiera se extrae de la misma, las mayores consecuencias. No puede ignorarse las notables diferencias que separa la aplicación de los mencionados principios en el ámbito de la Administración pública, incluso en el del poder ejecutivo respecto de su desarrollo en sede parlamentaria. Unas diferencias de las que el Parlamento debe extraer todas sus consecuencias para servirse de los mismos como instrumentos de dinamización y transformación de la institución.

Finalmente, hay que hacer mención a algo más prosaico pero no menos importante. Me refiero a los medios, a las estructuras materiales y personales necesarias para dotar de eficacia a estos principios y desarrollar con la ambición que merecen estos derechos. Se trata de una cuestión recurrente. Los Parlamentos españoles se encuentran tradicionalmente infradotados y, muy en particular, la mayoría de los autonómicos, aunque, lógicamente, esa administración haya evolucionado (Astarloa, 2017). En los últimos años, esta carencia tradicional se ha visto agravada con la filosofía del coste cero derivada de la crisis económica y de la erosión de la credibilidad de la política y de sus instituciones. Había que hacer más cosas y mejor, pero hacerlas con los mismos, sino menores, medios. No podía haber un incremento de gasto. Un ejemplo notable del fracaso de esta política son las oficinas de control presupuestario que aprobadas por distintos Parlamentos, incluido el Congreso de los Diputados, se encuentran lejos de cumplir con eficacia sus cometidos, entre otras cosas, por carencia de medios (Llop, 2004). Pues bien, responder con eficacia a los retos planteados por la transparencia y, en general, por la filosofía del Parlamento abierto, exige unas Cámaras

dotadas de medios personales y materiales muy superiores a los que se dispone en la actualidad. Si no se actúa en consecuencia, se corre el grave riesgo de que, una vez más, las normas queden en retórica y éstas, lejos de materializar la oportunidad que representan, se conviertan en una nueva fuente de frustración social y deslegitimación de la institución.

El estudio de la regulación aprobada por los distintos Parlamentos depara conclusiones de interés. Ahora bien, inmediatamente hay que decir que el examen de las normas no es suficiente. Para poder evaluar adecuadamente la incorporación de la cultura de la transparencia o, si se quiere, del Parlamento abierto a cada institución, sería preciso contrastar lo predicado en la norma con la realidad. En cualquier caso, éste es un estudio necesario. No sólo para conocer cuál es el comportamiento real de los Parlamentos, sino también, cuestión esencial, cuál ha sido su receptividad por los ciudadanos. Se trata de algo esencial. Hay que recordar que se buscaba responder a una sentida demanda ciudadana y, en consecuencia, limitar el grado de desapego, en última instancia la erosión de la credibilidad de las instituciones parlamentarias. Me parece que es un enfoque necesario. Es cierto que aún es pronto y que se precisa que transcurra algo más de tiempo para poder emitir un juicio más convincente. Pero, con todo, hay ya datos suficientes para realizar una primera evaluación y no parece muy positiva. Los ciudadanos, en general, no han cambiado ni su percepción sobre la institución ni su forma de relacionarse con la misma. Una cuestión que abre numerosos interrogantes, entre los que no es el menor el relativo a las políticas de difusión y pedagogía social realizadas al respecto.

4. PUBLICIDAD, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA RELEGITIMACIÓN DE LA INSTITUCIÓN PARLAMENTARIA. EL PRINCIPIO DE PERMEABILIDAD PARLAMENTARIA

Como he señalado reiteradamente, uno de los principales déficits de la incorporación del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información a los Parlamentos españoles es la ausencia de la cobertura de un modelo global que les de coherencia y compatibilidad con el conjunto de la esencia y dinámicas de la Institución. Un déficit, por otra parte, que también puede predicarse en general de la teoría del Parlamento abierto. En las páginas que siguen voy a intentar realizar un esbozo de cómo nos podríamos aproximar a esa comprensión global del nuevo Parlamento. Para ello acudiré a un principio que ya desarrollé en una obra anterior (Tudela, 2008), el principio de permeabilidad. Indicio que complementaré, precisamente, con una revisión parcial-

mente crítica de lo postulado en aquellas páginas y que, a la postre, no es sino un reflejo de la convicción de que, como sucede en relación con otros análisis sobre el presente de la democracia, el unilateralismo y, en demasiadas ocasiones, la ausencia de matices y de límites, la apuesta radical por los principios del denominado Parlamento abierto, impide ver tanto sus contradicciones como, lo más importante, el núcleo de los problemas sobre los que gravita la erosión del Parlamento en el mundo contemporáneo.

En aquellas páginas, definía la permeabilidad como el desarrollo de la transparencia y publicidad de la vida parlamentaria, hasta el punto de hacer del Parlamento una Institución porosa y accesible a los ciudadanos. El principio de permeabilidad sería diferente a la publicidad y a la transparencia. Los trascendería. Los trasciende como lo hace una cultura. Y así, supondría avances contundentes en la efectividad de la publicidad de los trabajos parlamentarios y traería consigo la apertura de las Cámaras a una relación constante con los ciudadanos. Es decir, entendía la publicidad y la transparencia como premisa de la incorporación de la participación ciudadana al seno de la vida parlamentaria. En última instancia, se trataría, ante todo, de incorporar y desarrollar en sede parlamentaria una filosofía, una cultura, que ha de impregnarlo todo, contaminando todos los trabajos de las Cámaras. Por supuesto, lo más relevante, que debía proyectarse sobre las funciones parlamentarias y sobre la organización de sus trabajos. La premisa era y es que, más allá de las normas, las Cámaras, sus protagonistas, asimilarán esta cultura. Y que se hiciera de manera transversal. Porque pueden establecerse normas y pautas de conducta, pero nada garantizará el éxito si los sujetos interesados no la asumen como nota inherente e insoslayable de su trabajo.

Como resulta fácil de presumir, la transparencia del trabajo parlamentario era presupuesto necesario. La transparencia como exigencia para que el Parlamento pueda desempeñar adecuadamente su función, en consonancia con las actuales exigencias sociales y, desde luego, algo que se olvida en demasía, como requisito de la eventual transcendencia de su trabajo. Desde estas consideraciones, la transparencia es un principio de funcionamiento afecta a todo el poder político democrático. Por supuesto, implica una presunción de accesibilidad general de la información parlamentaria. Y también afecta a los principios de mayoría y de negociación, tanto en lo referido a la función legislativa como en lo que afecta al control y dirección política. Transparencia que abarca dos manifestaciones, publicidad activa y derecho a la información y que en un Parlamento adquiere especial relieve en relación con la información de naturaleza política que puede ayudar a los ciudadanos no sólo a participar directamente (en cualquiera de las manifestaciones que abre el principio de participación política) sino también a conformar una opinión.

La transparencia es un presupuesto obligado para la permeabilidad de la Institución. Ahora bien, no cabe identificar los dos conceptos. La permeabilidad alude a una realidad más amplia, se trata, como se dijo, del principio de funcionamiento y organización que se proyecta sobre todo el Parlamento. La permeabilidad hace posible multiplicar los espacios de entrada y salida, convirtiendo el durante tanto tiempo cerrado, incluso físicamente, foro parlamentario en un continuo flexible que atraviesa los espacios de síntesis de lo público y lo privado. Mediante el principio de permeabilidad se da cuerpo a una relación permanente entre los elegidos y los electores que un día los votaron, se actualiza la representatividad. Y a través de esa conexión, el Parlamento se hace con una fuente de primera importancia no ya para captar información sino para tomar el pulso a la ciudadanía y poder acondicionar mejor su agenda a las preocupaciones sociales. Así, la permeabilidad se proyecta sobre el ejercicio de unas funciones que se transforman no sólo para adecuar su ejercicio a las exigencias de la transparencia, sino también para generar la eficacia demandada por los ciudadanos. Como se proyecta sobre el conjunto del trabajo parlamentario que deberá reorganizarse para alcanzar estos objetivos. La transparencia no es un fin en sí misma sino un instrumento para el objetivo mayor: la adecuación del Parlamento a un nuevo modelo social y político. No será el único, pero sí uno muy relevante e inexcusable por su carácter transversal.

He reiterado que el principio de permeabilidad alude a una cultura, a una percepción, a una sensibilidad. Con ello se quiere decir que al proclamarlo, se busca hacer referencia a la nueva mentalidad que ha de regir las relaciones entre el Parlamento y los ciudadanos. Una relación basada, por una parte, en la confianza y en la percepción de una radical accesibilidad del principal escenario político y de sus agentes políticos. La cultura parlamentaria que se predica debiera formar parte de una concepción cultural más amplia de las relaciones políticas. Por otra, en la receptividad a las demandas sociales y, consiguientemente, en la eficacia en el ejercicio de las funciones correspondientes. Una reflexión similar debería extenderse a todo el sistema institucional, cuyas dinámicas debieran ser analizadas y reformadas de manera conjunta. En todo caso, el Parlamento no debe perder de vista que por su posición en el sistema político, le corresponde ser vanguardia de esa nueva filosofía institucional que, en el más amplio sentido de la palabra, conlleva un nuevo modelo de relaciones entre la política oficial y la ciudadanía.

Los párrafos que anteceden coinciden en líneas generales, si bien con matices relevantes, con lo que exponía en la obra *El Parlamento necesario*, publicada en 2008. En su momento, pretendí llamar la atención sobre el error de centrar el análisis de la institución parlamentaria y de sus principales problemas de funcionamiento en cuestiones normativas. Entendía que existía un anacronis-

mo sustantivo entre su cultura y reglas de funcionamiento y la sociedad que emergía de la mano de la revolución tecnológica. En síntesis, apostaba por dos líneas de trabajo para renovar y adaptar la Institución al nuevo contexto social y tecnológico. Por un lado, realizar una redefinición funcional que afectase tanto a las funciones que ejerce en la actualidad como al estudio de otras que pudiese asumir. Por otro, reelaborar las pautas tradicionales de relación con la ciudadanía, sobre un desarrollo ambicioso de la transparencia y de la participación. El principio de permeabilidad como principio global de comprensión de la Institución, de inspirador de su cultura, y la formulación de un derecho al Parlamento, serían las expresiones más concretas de esa elaboración teórica.

Desde entonces, 2008, como se ha visto, algunas de las ideas allí expuestas han tenido un notable desarrollo. No realizo esta reflexión con ánimo de reivindicación alguna (como siempre, pude servirme de trabajos previos). Lo hago, precisamente, como preludeo a una rectificación parcial. O, si se quiere, de una matización tanto a lo escrito en aquél libro como al desarrollo que estos principios han tenido, tal y como se ha visto en estas páginas. En síntesis, creo que reducir el debate sobre el ser del Parlamento en la democracia contemporánea al desarrollo del llamado Parlamento abierto, en la concepción estricta en la que suele hacerse, es claramente insuficiente. Y por el alcance que en ocasiones se da a esta tesis, perjudicial. En un doble sentido, por un lado, porque oculta otras cuestiones de tanta o mayor relevancia que las relacionadas con los principios y derechos que abarca el mencionado concepto. Por otro, porque en el desarrollo de los mismos, como ha sucedido en otro plano con la democracia directa, se incurre en excesos que, en ocasiones, alejan esta teoría de la realidad y, en otras, la enfrentan con difícil compatibilidad a los presupuestos de la democracia representativa. No se me escapa que estas tensiones han estado presentes en los debates acerca del Parlamento abierto (Rubio y Vela, 2017). Con todo, en la mayoría de los casos se percibe una visión que identifica la renovación del Parlamento con los principios asociados al paradigma del Parlamento abierto. Y, desde luego, en ese proceso de cambio, la Institución no podrá obviarlos. Pero sus necesidades son hoy más radicales y no deberían velarse otras perspectivas por la fuerza retórica e ideológica del Parlamento abierto. Entre otras cosas, será absolutamente imprescindible proyectar esos principios de manera efectiva sobre la renovación de las funciones parlamentarias y sobre la necesaria transformación de la organización interna del Parlamento.

Como conclusión y puente a otros trabajos, creo que es preciso realizar dos matizaciones significativas a la teoría del Parlamento abierto. Por un lado, es preciso reivindicar una visión más amplia, generosa e ideológica de la transparencia en las instituciones parlamentarias. Hay que desarrollar una concep-

ción que trascienda transparencia y acceso a la información. Que fije la atención en la finalidad a la que debe servir el desarrollo de estos principios. Hasta el momento, la atención se ha centrado en su mero ejercicio, y con una visión restrictiva, en muchos casos, meramente administrativa. Hay que modificar la perspectiva y desarrollarlos y potenciarlos en relación con aquello a lo que deben servir. Por otro lado, hay que tener presente que los objetivos deseados no se lograrán sólo mediante la consolidación de la transparencia y el desarrollo de instrumentos de participación en sede parlamentaria. Es preciso atender perspectivas tan o más relevantes en el funcionamiento de la Institución. Me refiero al ejercicio de las funciones y a las dinámicas de trabajo. En estas páginas he querido reivindicar un principio general, el de permeabilidad, como referencia nominativa para un cambio ineludible.

El principio de permeabilidad emergería así como la síntesis expresiva de la renovación de la institución parlamentaria. Su desarrollo y consolidación requerirá, ante todo, una mejora de la calidad de la representación. Una mejora que, por supuesto, necesita del principio de transparencia. Pero que debe proyectarse sobre otras materias en todo caso relevantes. Así, la mencionada mejora, ha de afectar a las condiciones de acceso al Parlamento; al desenvolvimiento de los distintos actores en la sede parlamentaria; a la redefinición de las funciones parlamentarias; y, finalmente, por citar tan sólo las cuestiones esenciales, a la organización del trabajo parlamentario. Es decir, se trata de una renovación radical del ser del Parlamento: no podrá lograrse ni el cambio cultural ni la percepción de los ciudadanos sin un ejercicio de ambición que hoy es necesidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, A. M. (1989), *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos.
- ARAGÓN REYES, M. (1986), «El control parlamentario como control político», *RDP*, n.º 23.
- ASTARLOA HUARTE-MEDICOA, I. (2017), *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Fundación Alonso Martín Escudero-Iustel.
- BENTHAM, J. (1991), *Tácticas parlamentarias*, Congreso de los Diputados.
- BOBBIO, N. (2002), *Teoría general de la política*, Trotta.
- BUSTOS GISBERT, R. (2017), *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2015), «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 36.

- GRECIET GARCÍA, E. (2012), «El Parlamento como problema y como solución», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 26.
- ITURBE MARCH, A. (2004), «La publicidad de la actividad parlamentaria», ponencia presentada a las XI Jornadas de la AELPA, 2004.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2010), «Notas sobre el derecho administrativo de la información», en R. García Macho (ed.), *Derecho administrativo de la información y Administración transparente* Marcial Pons.
- LLOP RIBALTA, M. D. (2012), «Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en los Parlamentos», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 4.
- LUCAS VERDÚ, P. (1982), «Problemas actuales de la Institución parlamentaria», *Revista de Política Comparada* n.º 9.
- MARTÍNEZ SANTA MARÍA, P. (2018), «La transparencia en las Cortes Generales», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 105, 2018.
- NAVARRO MENÉNDEZ, J. I. (2013), «Algunas propuestas para la mejora del rendimiento institucional de las Asambleas Legislativas autonómicas», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 29.
- PAU I VALL (1995), *Una reflexión sobre el estado del Parlamento y su potenciación en Parlamento y opinión pública*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 1995.
- PRESNO LINERA, M. (2014), «Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y de la desconfianza», *Fundamentos*, n.º 8.
- RUBIO NUÑEZ, R. (2013), «Gobierno y Gobernanza, hoy», *Nueva Revista* 145.
- RUBIO NUÑEZ, R. y VELA NAVARRO-RUBIO, R. (2017), *El Parlamento abierto en el mundo. Evolución y buenas prácticas*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.
- RUIZ-RICO RUIZ, C. (2014). «El poder parlamentario y sus límites: conflictos de intereses, extra-limitaciones y transparencia», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 8.
- SAÉNZ ROYO, E. (2017), *El referéndum en España*, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad.
- SAINZ MORENO, F. (2004). «Secreto y Transparencia» en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INA.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (2015), «La información y la transparencia en los Parlamentos españoles», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 28.
- TUDELA ARANDA, J. (2002), «Parlamento y nuevas tecnologías» en *El Parlamento del Siglo XXI. VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos.
- (2008), *El Parlamento necesario, Parlamento y democracia en el Siglo XXI*, Congreso de los Diputados.
- (2017) «La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades», *REDC*, n.º 111.
- DE VEGA, P. (1985), «El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional», *REP*, n.º 43, 1985.
- (1995), «Publicidad parlamentaria» en *Enciclopedia jurídica básica*, Cívitas, 1995.

LA FORMAZIONE DEGLI ESECUTIVI NELLE DEMOCRAZIE PARLAMENTARI CONTEMPORANEE

NICOLÒ FUCCARO*

Università degli Studi di Genova

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Breve inquadramento delle regole di formazione del governo nei sistemi parlamentari. 2.1 Nei parlamentarismi ad elevata razionalizzazione. 2.2 Nei parlamentarismi a debole razionalizzazione. 2.3 Nei parlamentarismi non razionalizzati. 3. Recenti evoluzioni del sistema politico, esiti elettorali e maggioranze parlamentari. 4. Le coalizioni post-elettorali tra accordi e contratti di governo. 5. Linee di tendenza e prospettive future: spunti conclusivi. 6. Riferimenti bibliografici.

* Il presente contributo, presentato per la pubblicazione nel febbraio 2019, non tiene conto degli eventi politici ed elettorali accaduti successivamente.

1. INTRODUZIONE

Negli ultimi anni, molti sistemi politico-partitici delle più affermate democrazie parlamentari europee hanno subito profonde trasformazioni in esito a tornate elettorali che hanno prodotto risultati in molti casi inattesi¹. Alcune congiunture di crisi politica sono invece derivate da fattori di natura diversa dal fisiologico esercizio del mandato politico-rappresentativo², se non addirittura da ragioni del tutto estranee al circuito democratico e istituzionale, che hanno tuttavia avuto evidenti ricadute su quest'ultimo³.

Nei casi considerati, il voto elettorale ha prodotto un quadro parlamentare di non autosufficienza per le forze politiche «vincitrici», senza che il sistema elettorale – per quanto selettivo – abbia influito in maniera determinante verso la creazione di una maggioranza in Assemblea. La ristrutturazione del sistema dei partiti, con la comparsa e l'avanzamento di nuovi soggetti politici, e la volatilità dei flussi elettorali – che in molti casi hanno premiato questi ultimi – hanno determinato una crisi del (tendenziale) bipolarismo che da lungo tempo caratterizzava molti dei sistemi parlamentari europei. Di conseguenza, le «prime» forze politiche hanno dovuto cercare un accordo con altri partiti per dar vita a coalizioni post-elettorali in grado di esprimere e sostenere un Governo⁴. Il raggiungimento di siffatte intese, per il tramite di serrate trattative tra gli organismi dirigenti dei rispettivi partiti, ha richiesto tempi prolungati e ha infine portato alla sottoscrizione di accordi programmatici di governo. Sebbene in taluni casi non si sia riuscita a raggiungere un'intesa e si sia andati a nuove elezioni⁵, centrale è stato il ruolo giocato dal Capo dello Stato nella ricerca di una soluzione all'*impasse* dinanzi cui ci si è trovati.

¹ Ci si riferisce, in particolare, alle elezioni politiche italiane del 2013 e, da ultimo, del 2018; alla doppia tornata di elezioni generali spagnole del dicembre 2015 e del giugno 2016; alle elezioni federali tedesche del 2017; alle elezioni generali del Regno Unito anch'esse del 2017.

² Si pensi alla vicenda britannica successiva all'esito del referendum consultivo del 2016 sulla *Brexit*: le dimissioni del Primo Ministro David Cameron; la sua «sostituzione» con Theresa May alla guida sia del governo, che di un partito profondamente spaccato al suo interno; il ritorno al voto nell'aprile 2017, in seguito all'approvazione della mozione di scioglimento del Parlamento.

³ Il riferimento è ai fatti di corruzione che hanno coinvolto il Partito Popolare spagnolo e che hanno portato alla censura del Presidente del Governo in carica Mariano Rajoy e alla sua «sostituzione» – mediante il meccanismo della sfiducia costruttiva – con il *leader* socialista Pedro Sánchez.

⁴ Per il vero, in Spagna il partito di maggioranza ha quasi sempre raggiunto intese con partiti minori (c.d. *partidos bisagra*, perlopiù nazionalisti, come i catalani di CiU e di ERC e i baschi del PNV), al fine di «garantire la governabilità od ampliare la base sociale dei loro accordi nelle *Cortes Generales* quando la governabilità non era in discussione» (BLANCO VALDÉS, 2018, 354). In tali ultimi casi, dunque, si può affermare che il ricorso ad accordi post-elettorali non era del tutto indispensabile.

⁵ È il caso delle elezioni generali spagnole del dicembre 2015, che non hanno conferito la maggioranza dei seggi della camera bassa a nessun partito e che, stante l'indisponibilità del PSOE a dare il via

La disciplina del procedimento di formazione dell'Esecutivo, com'è noto, è affidata ad alcune essenziali disposizioni costituzionali, integrate dalle molte regole non scritte – quali consuetudini, convenzioni, prassi, regole di correttezza costituzionale – che si sono consolidate e stratificate e che ricoprono un posto di primo piano nel guidare e condizionare le relazioni tra gli organi in esso coinvolti. Tali regole, tuttavia, non sono di per sé sufficienti per valutarne il funzionamento in concreto, sul quale incidono una serie di fattori propri del sistema elettorale e del sistema politico-partitico che andranno tenuti in considerazione per comprendere l'evoluzione del parlamentarismo nel nostro ordinamento e in quelli ad esso più prossimi.

2. BREVE INQUADRAMENTO DELLE REGOLE DI FORMAZIONE DEL GOVERNO NEI SISTEMI PARLAMENTARI

Se si prendono in esame gli ordinamenti che adottano una forma di governo parlamentare, ci si rende agilmente conto che diversi sono i caratteri che accomunano o differenziano ciascuno di essi dagli altri, a seconda della tendenziale prevalenza del Governo o del Parlamento, delle prerogative assegnate al Capo dello Stato, del grado di razionalizzazione e dei meccanismi a ciò finalizzati. Elemento centrale e comune a tutti i parlamentarismi è il rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo, tale che il secondo è espressione – ossia, per richiamare la celebre espressione di Elia (1970, 642), è «un'emanazione permanente» – del primo, nei cui confronti è politicamente responsabile, mentre il Capo dello Stato (sia esso un monarca o un presidente eletto da un organo parlamentare) non partecipa alla definizione dell'indirizzo politico (Volpi, 2016, 106). Limitandoci in questa sede a considerare le regole costituzionali inerenti alla fase di formazione dell'Esecutivo, si prendano in esame diversi modelli di investitura, a livello comparato.

2.1 Nei parlamentarismi ad elevata razionalizzazione

In alcuni ordinamenti che delineano in maniera piuttosto avanzata le relazioni tra organi costituzionali, il Governo o il suo vertice (che può acquistare la denominazione di Primo Ministro, Cancelliere o Presidente) vengono inve-

libera a un Esecutivo guidato nuovamente da Rajoy, hanno portato allo scioglimento delle *Cortes* e alla convocazione di nuove elezioni.

stiti da un voto parlamentare, su iniziativa del Parlamento stesso⁶ o su designazione o proposta del Capo dello Stato – che in un momento successivo procede alla nomina – ovvero di un altro soggetto facente parte del circuito Parlamento-Governo⁷.

In Germania (artt. 63-64 GG), ad esempio, il Presidente federale propone al *Bundestag* un candidato, sulla base del risultato delle elezioni⁸: se la Camera bassa lo elegge a maggioranza assoluta, il Presidente lo nominerà Cancelliere⁹. Le peculiarità di tale meccanismo risiedono nelle modalità del voto, che avviene a scrutinio segreto e non è preceduto da un dibattito, per espressa disposizione costituzionale, non essendo neppure previsto che il candidato Cancelliere esponga in Parlamento il suo programma e che presenti la sua compagine di governo.

Anche in Spagna¹⁰ la proposta del candidato alla Presidenza del Governo (controfirmata dal Presidente del Congresso) spetta al Capo dello Stato, previo svolgimento – per espressa previsione costituzionale¹¹ – di consultazioni con i rappresentanti dei gruppi parlamentari. Il candidato proposto si presenta così al Congresso per esporre il programma politico di governo, su cui successivamente si apre il dibattito parlamentare, e per chiedere la fiducia. Una volta ricevuta l'investitura da parte del Congresso – a maggioranza assoluta in prima votazione o, trascorse quarantotto ore da questa, a maggioranza semplice¹² –,

⁶ Così, ad esempio, è in Giappone (artt. 6 e 67 della Costituzione del 1946), dove il Capo dello Stato (l'Imperatore), che successivamente alla deliberazione parlamentare provvede alla nomina, non ha alcun potere di iniziativa, neppure nella forma della proposta.

⁷ È il caso della Svezia (cap. VI, artt. 2 e 4 della Costituzione del 1974), dove il Presidente del *Riksdag*, previa consultazione dei gruppi costituiti, sottopone la sua proposta al Parlamento. Se questo la approva, il Presidente stesso procede all'investitura.

⁸ La scelta ricade sul *leader* di quello tra i partiti maggiori che ha più *chances* di formare un Governo di coalizione, non sussistendo alcuna regola (scritta o tacita) che imponga l'investitura del segretario del partito che ha ottenuto più seggi (VOLPI, 2016, 145). Sulla forma di governo tedesca, più in generale, v. MEZZETTI, BILLÈ (2007).

⁹ Così è avvenuto fino ad oggi, con l'elezione a maggioranza assoluta e alla prima votazione di tutti e gli otto i Cancellieri federali. Tuttavia, se non viene raggiunto tale *quorum*, nei quattordici giorni successivi potrà essere eletto – sempre a maggioranza assoluta – un diverso candidato, individuato dal *Bundestag* stesso. In caso di ulteriore esito negativo, se anche alla terza votazione nessun candidato raggiunge la maggioranza assoluta, il Presidente federale potrà scegliere se nominare chi ha ottenuto il maggior numero di voti o sciogliere il *Bundestag*.

¹⁰ Tutto il procedimento che porta all'incarico del Presidente – dalla designazione del candidato, al voto di investitura, al meccanismo di scioglimento «automatico» – è racchiuso nell'art. 99 della Costituzione del 1978. Per un approfondimento, v. tra gli altri REVENGA SÁNCHEZ (1988). Più in generale, sulla forma di governo spagnola, v. RUIZ-RICO RUIZ, LOZANO MIRALLES (2007).

¹¹ CACACE (2012, 333-334) sottolinea come il costituente del 1978 abbia scelto di positivizzare quella che in Italia rimane una convenzione (o, al più, una consuetudine) costituzionale.

¹² L'unico caso della storia repubblicana in cui un Presidente ha ottenuto la fiducia solo a maggioranza semplice si è avuto nel 2008, con l'investitura di José Luis Rodríguez Zapatero per il secondo mandato, sostenuto soltanto dal suo partito (PSOE). Anche in un'altra precedente circostanza – quando, nel

il Presidente viene nominato con decreto del Re. Se, decorsi due mesi dalla prima votazione, non è ancora stata accordata la fiducia ad alcun candidato Presidente, il Re deve sciogliere le Camere con atto controfirmato dal Presidente del Congresso e indire nuove elezioni¹³.

In entrambi gli ordinamenti appena esaminati, in cui l'investitura e il conseguente rapporto fiduciario riguardano solo la persona del Primo Ministro, è previsto un meccanismo di razionalizzazione della forma di governo che rafforza la stabilità dell'Esecutivo e la posizione preminente del suo vertice: si tratta dell'istituto della mozione di sfiducia (o di censura) che l'ordinamento spagnolo ha mutuato dal sistema tedesco¹⁴. Esso consiste nell'interrompere il legame fiduciario con il Presidente (o Cancelliere) in carica che, in caso di approvazione dell'atto a maggioranza assoluta dell'Assemblea, verrà sostituito da un altro soggetto. Presupposto per l'esito positivo dell'iniziativa proveniente dall'opposizione è che si coaguli una maggioranza alternativa attorno a un nuovo nome, circostanza politica certamente più complessa da realizzarsi rispetto a quella che sarebbe sufficiente per la «mera» sfiducia¹⁵.

2.2 Nei parlamentarismi a debole razionalizzazione

In altri sistemi parlamentari, caratterizzati da una minore razionalizzazione e, pertanto, da una maggiore elasticità della forma di governo, l'instaurazione del rapporto fiduciario – ugualmente richiesta tramite atto espresso – è preceduta dalla nomina del Primo Ministro da parte del Capo dello Stato. Tale scansione può indurre a pensare che i margini di discrezionalità di quest'ultimo nella scelta della persona da incaricare siano ampi: non è così nella generalità dei casi, per quanto ciò dipenda in gran

1981, Leopoldo Calvo-Sotelo subentrò al dimissionario Adolfo Suárez – l'investitura era arrivata in seconda votazione, tuttavia a maggioranza assoluta.

¹³ Situazione verificatasi a seguito delle elezioni del 20 dicembre 2015, in cui nessuna forza politica ottenne la maggioranza assoluta dei seggi.

¹⁴ Siffatto meccanismo è stato adottato anche in Belgio, Israele e Ungheria. Sull'istituto, in prospettiva comparata, v. SÁNCHEZ DE DIOS (1992).

¹⁵ Circostanza complessa, ma non impossibile da realizzarsi, come dimostra il successo – per la prima volta nella storia parlamentare spagnola – della mozione che il 1° giugno 2018 ha «impegnato la responsabilità politica» (per citare la formula che impiega l'art. 113 Cost. spagnola) del Governo di Mariano Rajoy e ne ha determinato la «sostituzione» con il *leader* socialista Pedro Sánchez. Anche in Germania una mozione di sfiducia (art. 67 GG) ebbe esito positivo, allorché nel 1982 venne approvata a maggioranza assoluta grazie all'uscita dal Governo Schmidt dei liberaldemocratici, al fine di sostenere l'investitura del cristiano-democratico Helmut Kohl.

parte da una serie di fattori e di circostanze politiche (elettorali e parlamentari) distinte dal dato giuridico, seppur influenti su di esso, di cui si darà conto nel prosieguo della trattazione¹⁶.

Nell'ordinamento italiano è il terzo comma dell'art. 94 Cost. a prescrivere che, una volta formato – a seguito della sua nomina e del giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica – il Governo (collegialmente) «si presenta alle Camere per ottenerne la fiducia». Fin dai primi anni del periodo repubblicano, la dottrina si è interrogata sulla natura dell'investitura parlamentare in rapporto al procedimento di formazione del Governo. Sebbene alcune risalenti tesi abbiano collocato il momento di concessione della fiducia all'interno di siffatto procedimento, individuando in essa un elemento di perfezionamento (Marchi, 1950, 130) ovvero una condizione – sospensiva (Virga, 1948, 57) o, in caso di reiezione, risolutiva (Mortati, 1958, 401) – della nomina, attualmente la dottrina assolutamente prevalente ritiene che l'Esecutivo entri in carica e assuma le spettanti funzioni (per quanto ancora con poteri «limitati») con il giuramento¹⁷. Tra gli argomenti a sostegno di quest'ultima tesi si possono annoverare quello *a contrario*, fondato sulla lettera dell'art. 93 Cost., ai sensi del quale i membri del Governo prestano giuramento «prima di assumere le funzioni» (che dunque assumono dopo tale adempimento) (Pitruzzella, 1994, 41); quello topografico, consistente nell'anteposizione della disposizione sul giuramento del Governo a quella inerente al momento fiduciario; infine quello storico, fondato sui lavori preparatori, nel cui ambito «i Costituenti sembrerebbero aver dato per scontata l'assunzione dei poteri di governo prima della fiducia iniziale» (Ibrido, 2015, 753). Pertanto, occorre restringere il procedimento di formazione del governo (Paladin, 1970, 680-691) alla seguente sequenza di fasi concatenate: i) le consultazioni; ii) l'assegnazione dell'incarico; iii) la nomina del nuovo Governo; iv) il giuramento.

¹⁶ Talvolta, invece, è la stessa Carta costituzionale a vincolare il Presidente della Repubblica nella scelta del capo del Governo. L'art. 37 della Costituzione greca, ad esempio, dispone che ad essere nominato Primo Ministro è il capo del partito che alla Camera ha ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi. Se nessun partito ne dispone, il Presidente incarica il capo del partito di maggioranza relativa di una missione esplorativa, finalizzata a verificare la possibilità di formare un governo che goda di una maggioranza parlamentare. In caso di insuccesso, un'analogha missione può essere assegnata al capo del secondo maggiore partito presente alla Camera, ovvero può essere nominato un altro deputato o una personalità esterna al Parlamento che, ad avviso del Capo dello Stato, potrebbe ottenere la fiducia.

¹⁷ Cfr., tra molti, PITRUZZELLA (1994). *Contra*, ELIA (1957, 1171 ss.), il quale si spinge oltre, escludendo anche il giuramento dal procedimento di formazione del governo. Sulla limitazione dei poteri del Governo in attesa di fiducia, v. GALIZIA (1972, 528 ss.) che individua alcune regole di correttezza costituzionale a cui l'Esecutivo dovrebbe attenersi.

2.3 Nei parlamentarismi non razionalizzati

Ad un livello ulteriormente inferiore di razionalizzazione della forma di governo si colloca l'ordinamento del Regno Unito¹⁸, in cui opera un meccanismo di fiducia «presunta». Qui il Primo Ministro è nominato dal Sovrano sulla base dei risultati elettorali della *House of Commons*: la nomina ricade, secondo una convenzione consolidata, sul *leader* del partito che ha ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi. Potrebbe tuttavia verificarsi la situazione politicamente delicata in cui nessuno dei partiti abbia raggiunto tale maggioranza (il c.d. *hung Parliament*): in un tale scenario la Corona, che riveste un ruolo di assoluta neutralità e ha funzioni prevalentemente formali, è chiamata a individuare un soggetto in grado di trovare un accordo tra più forze politiche che assieme raggiungano la maggioranza dell'assemblea¹⁹. In situazioni eccezionali, quali la mancanza di una maggioranza assoluta in Parlamento o le crisi del partito di governo²⁰, il Sovrano recupera pertanto una certa discrezionalità nella nomina del Primo Ministro, complice la mancanza in tali casi di convenzioni chiare e condivise (Delledonne, Ronga, 2012, 128-131).

Successivamente, su proposta del Primo Ministro, che detiene una posizione centrale e di assoluta preminenza all'interno del Governo, la Regina nomina i ministri, che successivamente, sempre su iniziativa del *Premier*, può anche revocare. Solo alcuni dei ministri – scelti dallo stesso Primo Ministro,

¹⁸ Si potrebbe discutere se un ordinamento come quello britannico, mancando di una costituzione scritta, possa (ancora) definirsi del tutto «non razionalizzato» (espressione utilizzata, tra gli altri, da VOLPI (2016, spec. 114) e qua ripresa, nel titolo del sottoparagrafo, per comodità classificatoria). Una parziale disciplina della relazione fiduciaria, infatti, è stata introdotta con l'approvazione del *Fixed-term Parliaments Act* del 2011, che subordina il potere di scioglimento anticipato della Camera bassa – precedentemente nella completa «disponibilità» del Primo Ministro, che se ne serviva per andare ad elezioni nel momento politicamente più favorevole al proprio schieramento – al verificarsi di due condizioni alternative: l'approvazione di una mozione di scioglimento da parte della *House of Commons*, a maggioranza dei due terzi dei membri, e l'approvazione di una mozione di sfiducia, salvo che la Camera stessa dia la fiducia ad un nuovo *Premier* entro quattordici giorni.

¹⁹ Dal secondo dopoguerra solo in tre occasioni si è verificata la circostanza dell'*hung Parliament*: alle elezioni dell'8 febbraio 1974 (in cui il conservatore Edward Heath, *leader* del secondo partito per numero di seggi, cominciò le trattative per un accordo di governo con il *leader* del partito liberale, ma in seguito al fallimento di queste, lasciò che il laburista Harold Wilson desse vita ad un governo di minoranza, che durò soltanto pochi mesi); a quelle del 6 maggio 2010 (in cui David Cameron strinse un accordo di coalizione con il *leader* dei *Lib Dems* Nick Clegg); a quelle dell'8 giugno 2017 (in cui Theresa May ha dovuto scendere a patti con gli unionisti nordirlandesi che, con i 10 seggi portati in dote, le hanno consentito il raggiungimento della maggioranza assoluta alla Camera dei Comuni).

²⁰ Stante la forte integrazione tra gli organi titolari della funzione di indirizzo politico, le cariche di Primo Ministro e di *leader* del partito di maggioranza, per convenzione, coincidono sempre. Di conseguenza, nei casi in cui perde il controllo del partito o si dimette dalla carica di segretario, il *Premier* è tenuto a rassegnare le dimissioni. Come scrive CARBONI (2014, 393), «è il partito di appartenenza la fonte del suo potere politico-istituzionale, ed è il partito che ne determina la permanenza nel ruolo di Primo Ministro».

generalmente tra quelli posti a capo dei *Departments* più importanti – fanno parte del *Cabinet*, l'organo considerato «comitato direttivo» del Parlamento (Mortati, 1973, 171), che assume le determinazioni politiche più rilevanti e che è, ovviamente, presieduto dal *Prime Minister*²¹.

Una volta nominato il Governo e all'inizio di ogni sessione annuale, il Sovrano tiene il c.d. «discorso della Corona», preparato in realtà dal Primo Ministro e contenente le linee dell'indirizzo politico-governativo. Subito dopo ha luogo un lungo dibattito parlamentare sul programma di governo, in cui l'opposizione può presentare emendamenti volti a sindacarne alcuni aspetti, cercando di mettere in crisi l'Esecutivo. In caso di sconfitta della maggioranza sul voto con cui si conclude il dibattito, tale manifestazione assume la valenza di una sfiducia nei confronti del Governo.

3. RECENTI EVOLUZIONI DEL SISTEMA POLITICO, ESITI ELETTORALI E MAGGIORANZE PARLAMENTARI

Dato comune e trasversale a tutti i sistemi parlamentari, è la diversa estensione dei poteri e della discrezionalità riconosciuti al Capo dello Stato nella scelta del vertice dell'Esecutivo da nominare o proporre al Parlamento. Uno dei fattori che influenzano l'esercizio di questa funzione, come già accennato, è la natura del sistema politico-partitico (Volpi, 2016, 152-154), nelle sue evoluzioni e mutazioni a seguito degli esiti elettorali e nella sua proiezione parlamentare. Laddove l'esito di una tornata elettorale consegna ad uno dei partiti la maggioranza dei seggi in Parlamento, il Presidente (o il Sovrano) sarà tenuto a scegliere il *leader* del partito di maggioranza (il più delle volte) o, comunque, quello indicatogli da tale partito. Nella generalità dei casi ciò avviene in virtù di una convenzione costituzionale consolidata²², esistente anche presso gli ordinamenti dotati di una costituzione scritta e volta a funzionalizzare il potere di nomina all'instaurazione del rapporto tra Parlamento e Governo. Tale configurazione è fisiologica nelle c.d. democrazie maggioritarie, dove il sistema politico è (almeno tendenzialmente) bipartitico o bipolare e l'indicazione della forza di governo proviene dal corpo elettorale, che attribuisce una chiara maggioranza a una determinata forza politica. Nelle società

²¹ Sulla forma di governo britannica, configurata come «governo di Gabinetto», v. tra i classici JENNINGS (1959) e nella dottrina italiana TORRE (2013).

²² Si potrebbe addirittura parlare di una consuetudine, attribuendo a tale regola valore di vera e propria norma giuridica, per quanto non scritta. Secondo alcuni autori, tuttavia, le stesse convenzioni appartengono alle fonti normative, pur se non giustiziabili (PALADIN, 1970, 678-679); *contra*, RESCIGNO (1972), che le qualifica come regole non giuridiche poste da soggetti sovrani per regolare i propri rapporti.

più eterogenee, in cui le divergenze – quando non autentiche fratture – ideologiche, sociali, religiose ed etniche sono forti, si sono affermate modalità di gestione cooperativa del potere, in cui anche le minoranze vengono coinvolte nelle più rilevanti decisioni politiche e, talvolta, prendono parte alla coalizione di governo, grazie a formule elettorali scarsamente selettive (quasi puramente proporzionali) che danno vita ad assetti politico-parlamentari in cui difficilmente un partito riesce a conquistare la maggioranza assoluta dei seggi (c.d. democrazie consensuali)²³. Ciò, come si può immaginare, ha indubbe ripercussioni sulla fase genetica dei Governi e sulla modulazione dei poteri presidenziali (o monarchici) di nomina o designazione. A tal proposito, occorre richiamare anche la risalente sottoclassificazione delle forme di governo parlamentari elaborata da Elia (1970, 645-657), che distingue quelle «a bipartitismo rigido», caratterizzante l'ordinamento britannico, in cui conservatori e laburisti tradizionalmente si «spartiscono» la quasi totalità dei seggi della *House of Commons* e, di fatto, il corpo elettorale esprime una chiara indicazione per un Primo Ministro; quelle «a multipartitismo temperato», in cui manca un'investitura «plebiscitaria» del capo dell'Esecutivo, ma al contempo si caratterizzano per una certa stabilità governativa²⁴; infine quelle «a multipartitismo estremo», di cui l'instabilità dei governi e la debolezza del *Premier*, determinate anche dalla presenza di coalizioni di governo eterogenee, sono tratti distintivi²⁵.

Tali elaborazioni, che al tempo avevano un'indubbia rilevanza pratica – oltre al valore tassonomico – per la comprensione di alcuni fenomeni e lo studio delle eventuali soluzioni alle criticità emerse, sono al giorno d'oggi da riconsiderare, riformulare o riadattare, alla luce delle repentine evoluzioni dei sistemi politici della gran parte delle democrazie occidentali²⁶. La perdita di voti di molti dei partiti tradizionali, nonché la nascita e l'esponentiale incre-

²³ La teorizzazione della distinzione politologica tra «democrazie maggioritarie» e «democrazie consensuali» si deve a LIPHART (2012). Nella letteratura giuspubblicistica c'è tuttavia chi segnala qualche difficoltà a darne una definizione chiara con gli strumenti del diritto costituzionale (BARTOLE, 2001, 346; CHESSA, 2004, 19).

²⁴ A loro volta, queste si dividono tra quelle in cui i partiti sono soliti concludere alleanze all'interno di una stessa area o schieramento politico, dando vita a un bipolarismo post-elettorale (Germania, Svezia), e quelle caratterizzate da governi di ampia coalizione (Belgio, Paesi Bassi). Come annotato, Elia include il sistema tedesco nella prima delle due sottocategorie, data la prevalenza, al tempo, di tale schema (solo il Governo Kiesinger, in carica dal 1966 al 1969, si reggeva su «larghe intese»); dal 2005 si è invece affermata la prassi dei governi di *Grosse Koalition* (dal 2005 al 2009 e dal 2013 ad oggi).

²⁵ Vengono portati gli esempi della Repubblica di Weimar, della Quarta Repubblica francese e dell'Italia.

²⁶ Si pensi al fatto che nella prima fase della storia repubblicana italiana (nota con il termine giornalistico di «Prima Repubblica»), tra una tornata elettorale e quella successiva, salvo casi eccezionali, si registravano scostamenti elettorali di pochissimi punti percentuali per ciascun partito (eppure si soleva comunque parlare di «avanzata» o «crollo»). Negli ultimi anni si assiste invece a variazioni, in positivo o in negativo, di molti punti percentuali (talvolta decine) e, a seconda dell'affluenza registrata, di parecchie centinaia di migliaia (se non di milioni) di voti «in entrata» o «in uscita» per ciascuna forza politica.

mento di consensi a favore di nuovi soggetti, portatori di istanze politiche, sociali, territoriali o sovraniste²⁷, hanno determinato la destrutturazione dell'originario sistema dei partiti e delle loro rappresentanze parlamentari. Nonostante la vigenza di sistemi elettorali selettivi, che da tempo caratterizzano un certo numero di democrazie contemporanee, l'«intensità» di questi fenomeni elettorali ha dato vita a parlamenti frammentati tra più forze politiche, ciascuna delle quali serba una rilevante rappresentanza numerica.

Un caso emblematico è rappresentato dalla Spagna, dove il sistema elettorale di impianto proporzionale (secondo espressa previsione costituzionale, di cui all'art. 68, comma 3) risente di una forte correzione in senso maggioritario, dovuta non solo alla soglia di sbarramento del 3% su scala circoscrizionale e alla formula d'Hondt, ma soprattutto al fatto che la ripartizione dei seggi avviene su base provinciale (ai sensi dell'art. 68, comma 2, Cost.). L'alto numero di circoscrizioni di piccole dimensioni, la maggior parte delle quali attribuisce pochi seggi (sei o meno), produce effetti fortemente disproporzionali, a danno di piccoli e medi partiti con consenso diffuso su tutto il territorio nazionale²⁸. Per un lungo periodo di tempo, ciò ha consentito al partito vincitore (UCD prima, PSOE e PP poi) di ottenere la maggioranza assoluta al Congresso o di avvicinarvisi molto, necessitando, in questi ultimi casi, di accordi governativi con piccoli partiti nazionalisti moderati²⁹. La crisi di tale sistema «bipolare imperfetto» si è verificata solo negli ultimi anni, in seguito alla comparsa sullo scenario politico di due nuovi partiti che hanno raccolto un significativo consenso elettorale, a discapito di popolari e socialisti. L'esito delle elezioni generali del dicembre 2015, in cui Podemos e Ciudadanos sono riusciti a conquistare rispettivamente 69 e 40 seggi, ha prodotto notevoli difficoltà nella formazione di una maggioranza di governo, il cui esito negativo ha portato all'inedito scioglimento del Parlamento – *ex art. 99 Cost.* – e alla convocazione di nuove elezioni. In aggiunta a questo, sono da segnalare altri due elementi di novità: in primo luogo, la rinuncia di Mariano Rajoy, *leader* del primo partito alla Camera bassa, al tentativo di ottenere l'investitura parlamentare e la conseguente decisione del Re di proporre al

²⁷ Detti soggetti sono talvolta sbrigativamente definiti «antisistema», includendo in una medesima categoria sia partiti che effettivamente propugnano la sostituzione del vigente sistema istituzionale democratico, sia forze politiche connotate da elementi di populismo più o meno accentuato. Nella dottrina politica, molti autori distinguono i due fenomeni: cfr. TARCHI (2000, 16 ss.). Da un punto di vista costituzionalistico e comparatistico, cfr. FERRARI (2015).

²⁸ Com'è evidente, infatti, «più è grande la circoscrizione maggiore sarà la proporzionalità. Al contrario, l'elezione in circoscrizioni pentanomiali e persino più piccole diventa un'elezione maggioritaria» (NOHLEN, 1981, 304). In senso critico verso tale sistema eccessivamente distorsivo, di cui propone modifiche, VIDAL PRADO (2011, spec. 185-201).

²⁹ V. *supra*, nt. 4.

Congresso Pedro Sánchez, capo della seconda forza parlamentare; in secondo luogo, la reiezione – per la prima volta nella Spagna post-franchista – del candidato proposto, che in entrambe le votazioni non ha ottenuto la fiducia. Le successive elezioni del giugno 2016 hanno sostanzialmente confermato il quadro politico-parlamentare emerso dalla tornata precedente, con limitati scostamenti in termini di distribuzione dei seggi. Si è confermata pertanto la difficoltà dei due principali partiti a coagulare una solida maggioranza attorno a sé, pure con il sostegno delle forze minori. Lo stallo questa volta è stato sbloccato dal cambio di linea – a seguito di crisi interna – del PSOE, che in seconda votazione ha propeeso per l’astensione (salvo 15 deputati «ribelli»), consentendo il via libera alla fiducia a Rajoy³⁰. Con l’approvazione della mozione di sfiducia che il 1° giugno 2018 ha provocato la crisi del Governo popolare di minoranza, è stato contestualmente investito il socialista Sánchez.

Sembrano costituire un caso a sé, in questo scenario, le vicende politiche britanniche dell’ultimo decennio. Delle tre situazioni di *hung Parliament* verificatesi dal dopoguerra ad oggi³¹, vero è che ben due (nel 2010 e nel 2017) si collocano in tale lasso di tempo, malgrado un sistema elettorale (uninomiale «secco» o «*first-past-the-post*») estremamente selettivo. Tuttavia, se si analizzano i risultati di queste tornate elettorali, emerge che la somma dei seggi ottenuti dai due principali partiti non è mai scesa sotto l’86% (2010), risalendo nelle ultime consultazioni ben oltre la quota raggiunta nelle votazioni del 2015, in cui, pur tuttavia, il Partito conservatore aveva vinto la maggioranza assoluta dei collegi. Nonostante i *leaders* conservatori Cameron e May siano stati costretti, in queste due occasioni, a ricorrere ad accordi post-elettorali con due forze minori per la formazione del governo e il contesto politico sia «divenuto più fluido e meno coeso rispetto al passato» (Volpi, 2016, 122), si può conclusivamente affermare che al momento il sistema britannico rimane di impianto saldamente bipartitico. Grazie ad una formula elettorale che penalizza fortemente chi dispone di un consenso non irrilevante ma diffuso (senza «picchi» in determinate aree territoriali³²), sia i liberal-democratici sia, in particolare, i nazionalisti euroscettici dell’UKIP, non sono quasi mai riusciti – salvo i casi sopra citati – a vincere un numero di collegi tale da «impedire» il *One Party Government*.

³⁰ Si trattava della seconda proposta dello stesso Rajoy avanzata dal Re al Congresso, dopo che una prima volta il *leader* dei popolari era stato sconfitto nelle due votazioni parlamentari. Sulle vicende politico-costituzionali qui brevemente riportate, cfr. *amplius* BLANCO VALDÉS (2018, 361-371).

³¹ V. *supra*, nt. 19.

³² Il Partito Nazionale Scozzese, invece, grazie al forte radicamento sul territorio di provenienza, è riuscito nelle ultime due tornate a conquistare la maggioranza dei collegi scozzesi, garantendosi una rappresentanza persino superiore, in proporzione, al consenso elettorale di cui gode nell’intero Regno Unito: nel 2015 ha ottenuto 56 seggi (sui 59 scozzesi), mentre nel 2017 ne ha vinti 35.

4. LE COALIZIONI POST-ELETTORALI TRA ACCORDI E CONTRATTI DI GOVERNO

In assenza di una chiara maggioranza parlamentare «uscita» dalle elezioni, si rendono necessarie intese tra i partiti rappresentati in Parlamento al fine di costituire una maggioranza che sostenga e – ove richiesto – conferisca la fiducia ad un Governo. Diverse sono le formule individuate per raggiungere un accordo che, nella maggior parte dei casi, ha forma scritta e viene reso pubblico³³.

Tra i più affermati accordi post-elettorali di coalizione spiccano i *Koalitionsverträge*, che di recente sono stati presi a modello (talvolta solo negli annunci) in altri ordinamenti. Si tenga presente che la storia costituzionale della Repubblica Federale Tedesca è da sempre caratterizzata da governi di coalizione: dal dopoguerra fino ai primi anni duemila questi erano composti dal primo partito assieme a forze politiche minori; dal 2005 ad oggi – complici il calo dei consensi dei due partiti maggiori (CDU e SPD) e la nascita, nonché il buon rendimento elettorale, degli ultranazionalisti dell'AFD – sono invece prevalsi gli Esecutivi di *Grosse Koalition*. Entrambe le varianti coalizionali hanno poggiano su tali documenti, ormai entrati nella prassi della formazione dei Governi tedeschi³⁴. La loro evoluzione storica, a partire (almeno pubblicamente) dagli anni '60, li ha portati ad assumere progressivamente un maggiore grado di formalizzazione e di dettaglio, raggiungendo la consistenza di centinaia di pagine e prendendo la denominazione di *Vertrag* (contratto)³⁵. Negli ultimi vent'anni, al di là dei loro contenuti politici, tali «contratti» si presentano molto simili, discostandosi solo per limitati aspetti, prevalentemente a seconda che si tratti di governi di *Grosse Koalition* ovvero di coalizione «classica». L'ultimo accordo di coalizione³⁶, resosi necessario a seguito delle elezioni del 2017, ha avuto una gestazione abbastanza complessa. Fallito il tentativo di dare vita ad un governo di c.d. *Jamaika Koalition*

³³ Lungo tutto il periodo proporzionalista dell'Italia repubblicana, così come nella prima fase della Repubblica Federale Tedesca, le trattative e gli accordi tra i partiti, perlopiù orali, rimanevano invece coperti da una «intangibile» aura di riservatezza.

³⁴ La dottrina maggioritaria ritiene che si sia formata una vera e propria convenzione costituzionale, considerando «la regolarità con la quale gli accordi sono conclusi in vista della formazione dei governi di coalizione e la ripetizione assai ampia delle clausole che stabiliscono le regole di comportamento dei partner dell'alleanza» (RIZZONI, 2014, 6). Anche l'orientamento che riconosce natura giuridica agli impegni sottoscritti ammette che non siano comunque giustiziabili.

³⁵ Come riporta RIZZONI (2014, nt. 13), è stato quello del 1998 tra SPD e Verdi l'ultimo a prendere il nome di *Vereinbarung* (accordo).

³⁶ Per la ricostruzione delle trattative post-voto e degli avvenimenti politico-istituzionali prodromici alla formazione del IV Governo Merkel, v. DE PETRIS (2018).

(CDU/CSU, Liberali e Verdi), grazie all'attiva opera di *moral suasion* del Presidente federale sono cominciate le trattative tra CDU/CSU e SPD per dare nuovamente vita ad una coalizione larga. Dopo varie sedute, alla presenza dello stesso Presidente Steinmeier, si è raggiunto un «pre-accordo», contenente i principali temi programmatici alla base del futuro «contratto», che la SPD ha sottoposto all'approvazione di un'assemblea di delegati del partito. Ottenuto il via libera, le trattative sono proseguite fino ad arrivare a definire un formale *Koalitionsvertrag* di 177 pagine, reso poi pubblico, il quale riporta le linee di indirizzo politico che il nascente Esecutivo intende di realizzare. Detto contratto è stato poi sottoposto, da parte della SPD, ad una consultazione dei propri iscritti – come già successe per quello del 2013 – che lo hanno approvato ad ampia maggioranza.

Anche nel complesso *iter* di formazione del Governo Conte, il «Contratto per il Governo del cambiamento» – che, nelle dichiarate intenzioni, si ispira al modello del *Koalitionsvertrag* – ha assunto un ruolo di primissimo piano. Stipulato dai capi politici di M5S e Lega, autenticato da un notaio e infine approvato dagli iscritti del primo partito (con voto *online*) e dal Consiglio federale del secondo, il documento contiene le linee programmatiche che il Governo intende perseguire, nonché la procedura di soluzione di eventuali divergenze su temi controversi, a mezzo di un «Comitato di conciliazione», la cui composizione è demandata a un accordo tra le parti. Molti sono i rilievi che sono stati mossi sotto vari profili, soprattutto di metodo³⁷. Purtroppo, malgrado l'inusualità di alcune modalità procedurali e l'eccentricità di talune previsioni, sembra si tratti più di uno strumento «promozionale» di un asserito «cambiamento» invocato e promesso, che una preoccupante forzatura delle regole costituzionali (scritte e convenzionali)³⁸.

Nell'esperienza del Regno Unito, come si è visto, i governi di coalizione restano (per ora) un'eventualità eccezionale, verificatasi – a partire dal dopoguerra – soltanto dal 2010 al 2015. L'accordo di coalizione raggiunto in breve

³⁷ Alcuni autori criticano la marginalizzazione del ruolo del Capo dello Stato nell'ambito della procedura e la violazione nei suoi confronti di «due principi non scritti ma molto chiari: riservatezza e leale collaborazione» (AZZARITI, 2018, 3); altri contestano la natura privatistica dell'accordo, la «legittimazione plebiscitaria cui è stato sottoposto» e «l'effetto rilevante e distorsivo sul piano istituzionale con particolare riferimento, ma non solo, alla figura e al ruolo rivestito dal Presidente del Consiglio che ne risultano fortemente sviliti» (MOSCHELLA, 2018, 36-37); altri ancora interpretano il ruolo del «Comitato di conciliazione» come «struttura parallela al Parlamento e al Governo e tale da interferire con le funzioni del Presidente della Repubblica» (PINELLI, 2018, 5).

³⁸ PERTICI (2018, 9) riconduce tale «accordo di coalizione» (usando una terminologia che ritiene maggiormente opportuna) nell'ambito del consentito, affermando che con esso «non si stava costituendo il Governo al di fuori delle modalità pur sommariamente dettate dalla Costituzione, ma si stava formando, in sostanza, una maggioranza parlamentare, che non era risultata dalle urne».

tempo, all'indomani delle elezioni, tra conservatori e liberal-democratici fu suggellato per iscritto in un documento di poche pagine, che scandisce i principali punti programmatici da attuare – individuati tra quelli comuni al Manifesto di entrambi i partiti – e disciplina altresì i rapporti tra alleati, nel rispetto della *collective responsibility* dell'Esecutivo, prevedendo su alcuni temi la facoltà di dissenso da parte del *partner* minore di governo, da esprimere con una dichiarazione in aula e con un voto di astensione³⁹. Per effetto dell'accordo in questione, «il Primo Ministro ha perso il monopolio della scelta dei ministri» (Carboni, 2014, 383), dovendo concordare i nomi con l'alleato di governo, in modo da rispettare, va da sé, gli equilibri all'interno della coalizione. Dal *coalition agreement* si distingue il *confidence-and-supply agreement*, l'accordo raggiunto dal partito di maggioranza relativa con un partito minore – che non entra a far parte dell'Esecutivo –, al fine di assicurarsi il sostegno al proprio governo di minoranza mediante l'astensione o il voto a favore nei *key votes* (quali l'approvazione del bilancio o i voti di fiducia). Recente esempio ne è quello stipulato a seguito delle elezioni del giugno 2017 – poi approvato dal Parlamento il successivo 11 settembre – tra i conservatori e gli unionisti nordirlandesi⁴⁰.

5. LINEE DI TENDENZA E PROSPETTIVE FUTURE: SPUNTI CONCLUSIVI

Occorre, infine, tracciare alcune brevi osservazioni conclusive, mettendo a fuoco talune linee di tendenza, in relazione al procedimento di formazione degli Esecutivi, caratterizzanti le democrazie parlamentari nelle più recenti fasi politico-costituzionale.

In primo luogo, emerge come le legislazioni elettorali tendano ad esercitare una minore influenza, rispetto a un tempo, sui sistemi politico-partitici. Si è infatti rilevato come la comparsa sullo scenario politico di nuove formazioni che riescono a conquistare un significativo consenso elettorale e la correlativa perdita di voti da parte dei partiti tradizionali rappresentino fenomeni che, in

³⁹ A tale accordo ha fatto seguito un più dettagliato programma di governo, che ha costituito il vero e proprio programma della coalizione. Rispetto ad un Manifesto, le peculiarità di quest'ultimo consistono nel fatto di essere «da un lato più vincolante [...], al fine di garantire la stabilità, dall'altro più rigido, nel senso che per modificare il contenuto è necessaria una nuova trattativa e un nuovo accordo» (CARBONI, 2014, nt. 32). Per un esame dei punti di rilevanza costituzionale del *Coalition Agreement* tra conservatori e liberal-democratici, cfr. MARTINELLI (2010).

⁴⁰ In cambio della concessione del sostegno parlamentare, il DUP ha ottenuto significativi impegni (prevalentemente economici) da parte del Governo a favore dell'Irlanda del Nord.

qualche misura, «superano» le potenzialità selettive delle formule elettorali, le quali pertanto si dimostrano non (sempre) in grado di garantire il *One Party Government* o, quanto meno, il funzionamento maggioritario della forma di governo. Peraltro, si tenga presente che non c'è formula elettorale che garantisca, di per sé, l'attribuzione della maggioranza assoluta dei seggi al partito che arriva primo alle elezioni: nessun ordinamento democratico occidentale infatti adotta un sistema *majority assuring* per l'elezione delle assemblee parlamentari. Tale carattere era proprio delle formule con premio di maggioranza «assicurato», introdotte nel nostro ordinamento dalle leggi 270/2005 e 52/2015 e dichiarate incostituzionali, sotto tale profilo, rispettivamente dalle sentenze 1/2014 e 35/2017 della Corte costituzionale⁴¹.

In connessione a ciò, viene in luce la centralità del ruolo delle forze politiche rappresentate in Parlamento nell'individuazione di una maggioranza che possa esprimere un Esecutivo, attraverso trattative svolte secondo un leale spirito di collaborazione tra i vari attori istituzionali, che abbiano un momento di emersione pubblica nella veste di accordi programmatici di governo, in grado di attivare meccanismi di responsabilità politica tramite cui gli stessi governanti siano chiamati a rispondere delle scelte compiute. Al contempo, in questo scenario, recupera rilevanza anche la posizione del Capo dello Stato, i cui poteri «maieutici» di riattivazione del circuito politico-istituzionale e di sblocco del sistema, trovano nuova linfa ed estensione in contesti di stallo governativo.

In questo quadro, non si può che condividere l'auspicio che il superamento delle crisi istituzionali parta dalla «ricostruzione della politica e quindi di partiti non personali né oligarchici, ma portatori di valori e di programmi capaci di rappresentare esigenze sociali e di assicurare il confronto parlamentare e le necessarie mediazioni. Questa è anche l'unica strada per togliere spazio a movimenti populistici e nazionalisti che prosperano cavalcando lo scontento e il distacco popolare dalle istituzioni» (Volpi, 2018, XI).

⁴¹ Nella prima delle citate pronunce (Corte cost., n. 1 del 2014, spec. *Cons. dir.*, punto 3.1) – in seguito ampiamente ripresa dalla seconda (Corte cost., n. 35 del 2017, spec. *Cons. dir.*, punto 9.2) – i giudici costituzionali affermano che il meccanismo premiale, tramite cui al partito (o coalizione) di maggioranza relativa veniva assegnata la maggioranza assoluta dei seggi, era tale da consentire «una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.)», ciò determinando sia la violazione del principio democratico, a causa dell'«eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'art. 1, secondo comma, Cost.», sia una lesione del principio di eguaglianza di cui all'art. 48, secondo comma, Cost., il quale impone che «ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi».

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AZZARITI, G. (2018). L'abbandono delle regole non scritte. *Osservatorio costituzionale*, 2, 1-4.
- BARTOLE, S. (2001). Democrazia maggioritaria. *Enciclopedia del diritto*. V – aggiorn. Milano: Giuffrè, 346-356.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (2018). Spagna: La fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 349-378.
- CACACE, E. (2012). Regime parlamentare, nomina del Governo e Costituzione di riserva. *Rassegna parlamentare*, 2, 319-344.
- CARBONI, G. G. (2014). Gli effetti del *Coalition Government* sul ruolo e le funzioni del Primo Ministro del Regno Unito. *Rassegna parlamentare*, 2, 373-395.
- CHESSA, O. (2004). La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo. *Diritto pubblico*, 1, 19-60.
- D'ANDREA, A. (1991). *Accordi di governo e regole di coalizione*. Torino: Giappichelli.
- DELLEDONNE, G.; RONGA, U. (2012). Regole elettorali e *prerogative powers* nelle più recenti dinamiche della forma di governo britannica. *Rassegna parlamentare*, 1, 121-144.
- DE PETRIS, A. (2018). *There must be some way out of here...* Costituzione, istituzioni e partiti nella prima crisi post-elettorale in Germania. *Osservatorio costituzionale*, 1, 1-23.
- ELIA, L. (1957). Appunti sulla formazione del governo. *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1170-1208.
- (1970). Governo (forme di). *Enciclopedia del diritto*. XIX. Milano: Giuffrè, 634-675.
- GALIZIA, M. (1972). *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*. Milano: Giuffrè.
- FERRARI, G. F. (2015). Partiti antipartito e partiti antisistema: nozione e tipologie alla prova del diritto comparato. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 921-938.
- IBRIDO, R. (2015). I Governi privi della fiducia iniziale: precedenti costituzionali, riferimenti comparativi e ipotesi interpretative. *Diritto pubblico*, 3, 749-808.
- JENNINGS, W. I. (1959). *Cabinet Government*. Cambridge University Press. Cambridge.
- LIJPHART, A. (2014). *Le democrazie contemporanee*. Trad. it. Bologna: Il Mulino.
- MARCHI, T. (1950). Il Governo. In P. Calamandrei, P. Levi (a cura di), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*. II. Firenze: Barbera. 125 ss.
- MARTINELLI, C. (2010). Le principali riforme costituzionali alla luce del *Coalition Agreement*. *Quaderni costituzionali*, 3, 645-658.
- MEZZETTI, L.; BILLÈ, R. (2007). La forma di governo tedesca. In S. Gambino (a cura di), *Forme di governo. Esperienze europee e nord-americane*. Milano: Giuffrè, 93-145.
- MORTATI, C. (1958). *Istituzioni di diritto pubblico*. IV ed. Padova: Cedam.
- (1973). *Le forme di governo*. Padova: Cedam.

- MOSCHELLA, G. (2018). Risultati elettorali, ristrutturazione del sistema politico e formazione del Governo all'inizio della XVIII legislatura. *Consulta Online*, 3, 35-39.
- NOHLEN, D. (1981). *Sistemas electorales del mundo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PALADIN, L. (1970). Governo italiano. *Enciclopedia del diritto*. XIX. Milano: Giuffrè. 675-711.
- PERTICI, A. (2018). Dalle elezioni del 4 marzo 2018 alla formazione del Governo Conte. *Osservatorio costituzionale*, 2, 1-18.
- PINELLI, C. (2018). Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza. *Osservatorio costituzionale*, 2, 1-10.
- PITRUZZELLA, G. (1994). Art. 92-93. In G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*. Bologna-Roma: Zanichelli-Soc. Ed. Il Foro Italiano. 1-236.
- RESCIGNO, G. U. (1972). *Le convenzioni costituzionali*. Padova: Cedam.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (1988). *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- RIZZONI, G. (2014). I contratti di coalizione nella Repubblica Federale Tedesca fra politica e diritto. *Rivista AIC*, 1, 1-8.
- RUIZ-RICO RUIZ, G.; LOZANO MIRALLES, J. (2007). La forma di governo spagnola. In S. Gambino (a cura di), *Forme di governo. Esperienze europee e nord-americana*. Milano: Giuffrè, 49-91.
- SÁNCHEZ DE DIOS, M. (1992). *La moción de censura: un estudio comparado*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- TARCHI, M. (2000). L'ascesa del neopopulismo in Europa. *Trasgressioni*, 1, 3-22.
- TORRE, A. (2013). *Regno Unito*. Bologna: Il Mulino.
- VIDAL PRADO, C. (2011). Riformare il sistema elettorale spagnolo?. *Rassegna parlamentare*, 1, 177-201.
- VIRGA, P. (1948). *La crisi e le dimissioni del Gabinetto*. Milano: Giuffrè.
- VOLPI, M. (2016). *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*. Torino: Giappichelli.
- (2018). Democrazie senza Governo?. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, X-XII.

RIFLESSIONI ATTORNO A GRUPPI PARLAMENTARI, TRANSFUGHISMO E LIBERO MANDATO

OMAR CARAMASCHI*
Università degli Studi di Genova

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La mobilità parlamentare all'interno della rappresentanza politica. 3. (*segue*): la sua compatibilità con il libero mandato parlamentare. 4. Le principali disposizioni sui Gruppi parlamentari in alcuni ordinamenti europei (Spagna, Germania, Francia, Portogallo). 5. La riforma del Regolamento del Senato: i principali contenuti in tema di Gruppi parlamentari. 6. (*segue*): alcuni nodi irrisolti. 7. Riferimenti bibliografici.

* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale interno, comparato ed europeo.

1. INTRODUZIONE

Le recenti dinamiche politiche italiane hanno visto un ritorno in auge del tema del libero mandato parlamentare¹: così, la maggioranza governativa formata a seguito delle elezioni del 4 marzo 2018 ha proposto nel proprio programma l'introduzione di alcune forme di vincolo di mandato per contrastare il fenomeno del transfughismo. È davvero il libero mandato parlamentare la causa della migrazione di parlamentari da un Gruppo ad un altro, sempre più frequente soprattutto nelle ultime legislature, benché questo principio sia previsto in tutte le principali democrazie europee?

Dopo alcune riflessioni sul rapporto tra mobilità, rappresentanza e mandato parlamentare, si intende analizzare il diritto positivo italiano e di alcuni sistemi europei, così da farne emergere gli elementi peculiari quanto alla disciplina dei Gruppi parlamentari, specialmente in tema di contrasto alla mobilità parlamentare. Fondamentale sarà tenere conto della riforma regolamentare approvata nel dicembre del 2017 dal Senato italiano, nonché degli attuali nodi irrisolti sia in relazione alle soluzioni adottate, che da un punto di osservazione più generale, ovverosia circa il rapporto, e quindi la compatibilità, tra il vincolo partito-Gruppo parlamentare e la libertà di mandato, elemento cardine della democrazia rappresentativa.

2. LA MOBILITÀ PARLAMENTARE ALL'INTERNO DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA

Un fenomeno preoccupante nella vita delle istituzioni parlamentari, attraverso cui si manifesta la crisi della rappresentanza politica, è l'elevata mobilità all'interno delle Aule parlamentari. Sia chiaro, quello che risulta allarmante non è tanto una certa mobilità parlamentare², per così dire, «fisiologica», quanto il livello «patologico» che questo fenomeno ha assunto via via in tutte le legislature dell'ultimo ventennio, fino ad arrivare ai livelli record della XVII

¹ L'idea di svincolare il deputato dal proprio collegio elettorale trova la sua origine storica nel «Discorso agli elettori di Bristol» di Edmund Burke del 1774. Per un inquadramento più approfondito sul tema, si vedano, nella dottrina costituzionalistica italiana, MORTATI, 1986; RESCIGNO, 1995; ZANON, 1991.

² Nonostante non sia questa la sede per indagarne le cause, occorre ugualmente evidenziare come il fenomeno sia favorito dalla crisi del modello «partitocentrico», dall'elevata variabilità del quadro partitico e da regole sulla formazione dei gruppi rimaste sostanzialmente inalterate a partire dal primo dopoguerra (LUPO, 2017, 14).

legislatura³: al Senato vi sono stati 253 cambi di Gruppo, relativi a 140 senatori; si è passati dai sette Gruppi costituiti ad inizio legislatura ai dodici finali, Misto compreso, con la nascita in corso di legislatura di otto nuovi Gruppi e lo scioglimento di tre⁴, senza considerare che diversi Gruppi hanno spesso cambiato denominazione a seguito dell'adesione o defezione di singoli senatori (Curreri, 2018a, 183).

La mobilità parlamentare può assumere una veste individuale, nonché la forma della proliferazione di nuovi Gruppi in corso di legislatura. Nel primo caso, si possono determinare passaggi di Gruppo trasversali alla divisione tra maggioranza ed opposizione, con conseguenze politiche che possono incidere, in maniera considerevole, sulla connotazione del rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo. Diverso è il caso in cui il singolo parlamentare soffra di un certo disagio politico nei confronti del Gruppo, quando è quest'ultimo a discostarsi dagli impegni elettorali contenuti nel programma, sicché in questi casi il comportamento del parlamentare transfuga sarebbe da ritenere un gesto di coerenza verso i propri elettori (Ciancio, 2008, 257), nonostante, secondo alcuni, sussistano diverse difficoltà nello stabilire se sia il singolo transfuga ovvero il Gruppo o lo stesso partito a non rispettare gli impegni programmatici ed elettorali (Zanon, 2001, 139-140). Risulta vero, altresì, che molto spesso il transfughismo parlamentare appare sostenuto da motivazioni meno nobili, dettate da logiche di potere, dal calcolo individuale e dal tornaconto personale, divenendo, così, sintomo deprecabile di trasformismo politico (Ciancio, 2008, 258).

Quanto alla manifestazione collettiva, si osserva come la nascita durante la legislatura di Gruppi sia spesso dovuta a scissioni prodottesi in altri raggruppamenti: in tal maniera, si vengono a creare Gruppi parlamentari privi di una chiara corrispondenza con partiti o movimenti politici (Lupo, 2017, 15), così come di una qualsiasi legittimazione elettorale (Ciancio, 2008, 256), i quali solo successivamente, e in via eventuale, si sottoporranno al vaglio degli elet-

³ Alla fine di tale legislatura, 88 senatori su 319 (poco più di uno su quattro) non solo fanno parte di Gruppi diversi da quelli corrispondenti al partito di elezione, ma di Gruppi nati in corso di legislatura; invece, se si esclude il Gruppo misto, non sono stati registrati passaggi di Senatori tra Gruppi costituitisi ad inizio legislatura (rielaborazioni dell'A. sulla base dei dati di Openpolis, disponibili su parlamento17.openpolis.it/i-gruppi-in-parlamento/senato e del Senato, disponibili su senato.it/leg/17/BGT/Schede/GruppiStorici/Grp.html). Inoltre, nessuno dei Gruppi costituitisi durante la XVII legislatura è presente nella attuale XVIII legislatura (se si esclude la componente del Gruppo misto «Liberi e Uguali», riconducibile al Gruppo «Articolo 1 - Movimento democratico e progressista»; dati Senato, disponibili su senato.it/leg/18/BGT/Schede/Gruppi/00000009.htm).

⁴ I dati sono di Open Polis (v. nota precedente). Il Gruppo misto ha chiuso la legislatura come quarto Gruppo per consistenza con 28 senatori. A norma dell'art. 156-bis.1 del Regolamento del Senato, il Gruppo misto ha visto la creazione di ben 21 componenti politiche, di cui 12 giunte a fine legislatura, tutte facenti capo a singoli senatori.

tori. Così, questo fenomeno determina una lesione del sistema rappresentativo, proprio nel rapporto che si deve mantenere tra il momento elettorale e la proiezione parlamentare della volontà popolare, quindi nella corrispondenza tra i soggetti elettorali e quelli che agiscono in Parlamento: non più un percorso che parte dai cittadini per approdare nelle Aule parlamentari attraverso la mediazione di partiti e Gruppi, ma un processo che parte dalle Assemblee, per poi procedere verso gli elettori (Caretta, 2001, 56); non più una rappresentanza fondata sulla sovranità popolare, in base alla quale sono i partiti a costituirsi in Gruppo (*bottom up*), ma, viceversa, un sistema in cui sono i parlamentari a riunirsi in Gruppo per costituire un partito (*up down*), come accaduto ampiamente nella XVII legislatura (Curreri, 2018a, 183).

3. (SEGUE): LA SUA COMPATIBILITÀ CON IL LIBERO MANDATO PARLAMENTARE

La questione cardine è quella della legittimità costituzionale di tali comportamenti, ovvero se il parlamentare sia libero di mutare il proprio orientamento politico, conseguentemente abbandonando il partito da cui è stato candidato e il Gruppo per cui è stato eletto, senza con ciò andare incontro ad alcuna sanzione (Curreri, 2001, 89). Risulta, quindi, pregiudiziale affrontare il tema della portata da riconoscere, all'interno dell'attuale assetto di democrazia rappresentativa, al divieto di mandato imperativo, previsto dalla seconda parte dell'art. 67 Cost. (Ciancio, 2018, 19).

Secondo alcuni l'art. 67 Cost. non può continuare ad avere lo stesso significato che aveva nello Stato liberale, ma occorre interpretarlo in correlazione con il principio della partecipazione democratica, il quale emerge dalla lettura combinata degli artt. 1, 48 e 49 Cost. (Curreri, 2001, 92-93; Mannino, 2001, 69-70). In base a tale ricostruzione, il sistema sarebbe realmente democratico solo nel momento in cui lo Stato recepisce la volontà del corpo elettorale attraverso la fondamentale intermediazione dei partiti, istituzionalizzati all'interno delle assemblee elettive nei Gruppi parlamentari, così come la rappresentanza sarebbe effettiva solo quando il singolo parlamentare è in sintonia con il Gruppo parlamentare e il partito.

La libertà del parlamentare è effettivamente riconosciuta e garantita nei confronti di tutti quei soggetti e rapporti estranei ai partiti e ai Gruppi parlamentari, ma cede invece nei confronti delle direttive politiche fondamentali di questi ultimi; il divieto di mandato, di fatto, rafforza il vincolo di partito e di Gruppo (Mannino, 2001, 68-70). Così, gli eletti rappresenterebbero gli eletto-

ri che hanno votato il partito con cui si sono candidati, condividendone, quindi, la visione particolare dell'interesse nazionale, sicché vi sarebbe un obbligo per questi di conformarsi alla linea politica del partito di elezione, in quanto coerente sviluppo del ruolo indispensabile dei partiti per il corretto funzionamento del sistema democratico (Curreri, 2001, 92).

A questa lettura si oppone quella della dottrina maggioritaria, secondo cui il divieto di mandato imperativo è un principio strutturale dei moderni sistemi di democrazia rappresentativa, un elemento cardine dell'ordinamento costituzionale che taluni hanno collocato tra i «principi supremi dell'ordinamento costituzionale» di cui parla la Corte costituzionale, per esempio, nella sentenza n. 1146 del 1988 (Martinelli, 2018, 3) 5. Ugualmente, risulta condivisibile l'opinione di chi ritiene che l'art. 67 Cost. non vada letto in un'ottica liberale ottocentesca che assolutizzi il principio della libertà del parlamentare sacrificando quello della sovranità popolare, ma nemmeno in un'ottica «plebiscitaria» che ruoti esclusivamente attorno alla dimensione della volontà popolare (Scuto, 2018, 8). Il divieto di mandato imperativo e l'essenziale funzione riconosciuta ai partiti risultano entrambi fondamentali per il modello di democrazia rappresentativa delineato dalla Costituzione (Curreri, 2004, 32): così, come non è accettabile una interpretazione assoluta dell'art. 67 Cost. tale da negare il ruolo dei partiti, eliminando ogni rapporto tra eletti ed elettori, ugualmente non è concepibile una lettura dell'art. 49 Cost. che riduca i parlamentari a meri interpreti di una non ben chiara volontà popolare (Scuto, 2018, 8). Questa lettura dell'art. 67 Cost. si ricava anche dalla sentenza n. 14 del 1964 nella quale la Corte costituzionale sostiene che il divieto di mandato imperativo «è rivolto ad assicurare la libertà dei membri del Parlamento», da ciò derivando che «il parlamentare è libero di votare secondo gli indirizzi del suo partito ma è anche libero di sottrarsene; nessuna norma potrebbe legittimamente disporre che derivino conseguenze a carico del parlamentare per il fatto che egli abbia votato contro le direttive del partito». Interpretazione, questa, del libero mandato parlamentare che è stata fatta propria anche dalla dottrina prevalente, per la quale il divieto di mandato imperativo funge da garanzia della reale dialettica parlamentare e della effettiva democraticità del sistema (Ciancio, 2018, 6), maggiormente nel momento in cui si pone come limite ad

⁵ Per questi AA. si tratterebbe di un principio costituzionale supremo, sottratto al potere di revisione costituzionale perché facente parte della «forma repubblicana» ex art. 139 Cost., la quale implica la presenza di un'assemblea elettiva i cui componenti non devono essere vincolati da mandati particolari. Tale conclusione troverebbe conferma nell'art. 4.1.c) della l. 165/2004 «Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione» che include il divieto di mandato imperativo tra i «principi fondamentali» che le Regioni devono rispettare nel disciplinare il sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale e dei consiglieri (CURRERI, 2018b, 14).

una interpretazione eccessiva dell'art. 49 Cost. volta a legittimare un potere assoluto dei partiti sugli eletti (Pinelli, 2018, 3).

Ora, a fronte di tali posizioni dottrinarie troviamo, specularmente e sempre più di frequente, diverse forze politiche che propongono iniziative di revisione costituzionale volte ad abrogare il divieto di mandato imperativo, considerato come una delle cause, se non la principale, del fenomeno della mobilità parlamentare (Ciancio, 2018, 4). Da ultimo, il c.d. «Contratto per il governo del cambiamento» tra Lega e M5S, al paragrafo n. 20 in tema di «Riforme istituzionali, autonomia e democrazia diretta», afferma la necessità di «introdurre forme di vincolo di mandato per i parlamentari, per contrastare il sempre crescente fenomeno del trasformismo», prendendo come esempio le previsioni costituzionali portoghesi o la disciplina spagnola dei Gruppi parlamentari.

Secondo la prevalente dottrina, l'ipotesi di eliminare il divieto di mandato imperativo non solo non si concilierebbe con la necessità di tutelare la libertà d'azione degli eletti (Caretto, 2001, 57), ma rischierebbe, finanche, di condannare le assemblee elettive alla paralisi decisionale a causa della reciproca incomunicabilità tra le forze politiche, troppo legate al rispetto di un determinato mandato ricevuto dagli elettori; in questo modo si finirebbe per negare il valore stesso della rappresentanza politica e delle istituzioni parlamentari, fondate sulla mediazione e sul confronto (Curreri, 2018b, 14). La centralità del divieto di mandato imperativo, che si riflette nel suo essere funzionale alla stessa democrazia rappresentativa, porta a ritenere prive di fondamento giuridico le ipotesi di introduzione del mandato imperativo, sia immaginando vincoli verso gli elettori, sia verso i partiti di appartenenza (Martinelli, 2018, 3). Così, la maggioranza dei costituzionalisti nega la praticabilità di vere e proprie sanzioni giuridiche nei confronti dei parlamentari che abbandonano il Gruppo in corso di legislatura; in modo particolare, ad essere respinte sono alcune ipotesi come l'automatica decadenza dalla carica o la revoca del seggio da parte degli elettori (Zanon, 2001, 139-140; Martinelli, 2018, 4), benché la proposta della decadenza per il parlamentare transfuga trovi ugualmente qualche sostenitore (Mannino, 2001, 78-79).

Queste considerazioni non impediscono, ovviamente, di pensare a soluzioni in grado di arginare il fenomeno del transfughismo parlamentare, introducendo forme di controllo del mandato parlamentare nel rispetto dell'art. 67 Cost., così come è stato più volte sostenuto (Ciancio, 2008, 274-275; Catelani, 2017, 32). In tal maniera, potrebbe superarsi la secca alternativa tra l'assoluta libertà dei parlamentari e il totale controllo dei partiti su questi ultimi, mirando alla ricerca di soluzioni intermedie, che tendano a penalizzare le alterazioni della corrispondenza tra parlamentare e Gruppo della lista in cui questo

è stato eletto (Curreri, 2001, 94-95; Mannino, 2001, 73), e che tengano conto di alcuni principi generali di riferimento, come il necessario rispetto della volontà dell'elettore, la tutela della libertà d'azione degli eletti e la salvaguardia della funzionalità dell'organo parlamentare (Caretti, 2001, 56-57). La strada, da più parti indicata, è quella dell'intervento sui regolamenti parlamentari al fine di scoraggiare il cambio di Gruppo parlamentare e la creazione di nuovi Gruppi, e in questo senso viene da molti valutata positivamente la riforma del Regolamento del Senato (Scuto, 2018, 7; Calvano, 2018, 5) approvata sul finire della XVII legislatura (v. *infra*).

4. LE PRINCIPALI DISPOSIZIONI SUI GRUPPI PARLAMENTARI IN ALCUNI ORDINAMENTI EUROPEI (SPAGNA, GERMANIA, FRANCIA, PORTOGALLO)

Prima di focalizzare l'attenzione su tali modifiche «interne», risulta opportuno uno sguardo comparato ad alcuni ordinamenti europei che condividono il problema della mobilità parlamentare. Due avvertenze, però, appaiono imprescindibili: la prima è relativa allo strumento della comparazione, il quale ovviamente non è diretto ad importare istituti e modelli sorti in contesti politico-istituzionali diversi, quanto piuttosto ad allargare lo spettro della riflessione a sistemi che affrontano un problema analogo a quello italiano, così da analizzare le soluzioni adottate, alla luce delle quali verranno in seguito vagliati gli interventi regolamentari del Senato italiano. La seconda, invece, riguarda l'analisi degli ordinamenti europei: dalla comparazione emerge che tutte le Costituzioni di questi Paesi conservano il libero mandato parlamentare⁶, in quanto principio coesistente alle dinamiche costituzionali, la cui negazione implicherebbe il ritorno a forme di rappresentanza di matrice feudale (Martinielli, 2018, 3). Non sarà, perciò, questo il punto centrale dell'analisi comparata, quanto piuttosto ciò che differenzia questi ordinamenti, ossia la concreta disciplina regolamentare e le soluzioni adottate per contrastare la mobilità parlamentare.

Il sistema più simile a quello italiano è rappresentato dall'ordinamento spagnolo (Canitano, 2001, 49). I Gruppi parlamentari⁷, menzionati incidentalmente in Costituzione, vengono disciplinati dai regolamenti delle *Cortes*, i

⁶ Per una panoramica del divieto di mandato imperativo, con particolare attenzione alle democrazie europee, si veda SCARCIGLIA, 2005.

⁷ Si vedano, più approfonditamente, nella dottrina italiana: CANITANO, 2001; MARSOCCHI, 2001; CURRERI, 2005.

quali stabiliscono l'obbligo per i parlamentari di organizzarsi in un Gruppo o in alternativa confluire nel Gruppo misto (Saiz Arnaiz, 1988, 98), che si configura così come necessario, mentre non viene contemplata la figura del parlamentare «non iscritto» (Ciancio, 2008, 56). L'unica condizione per poter costituire un Gruppo autonomo è il requisito quantitativo, dal momento in cui si richiede solamente la presenza di quindici deputati (art. 23.1 R. C.) o dieci senatori (art. 27.1 R. S.), anche in assenza di affinità politica. Al Congresso dei deputati tale soglia numerica può essere derogata, e quindi ridursi notevolmente, in presenza di un «criterio ideologico»: è infatti possibile costituire un Gruppo formato da almeno cinque deputati, a condizione che rappresentino una formazione politica che abbia ottenuto almeno il 15% dei voti nelle circoscrizioni in cui ha presentato candidati, ovvero il 5% a livello nazionale (art. 23.1 R. C.): nella sua applicazione concreta ciò implica che in Spagna ogni Gruppo parlamentare coincide con l'analogo partito (Curreri, 2005, 178-179). Non esiste un esplicito divieto per il singolo parlamentare di aderire ad un Gruppo corrispondente ad un partito diverso da quello di elezione, né potrebbe essere diversamente, considerata la previsione del divieto di mandato imperativo (art. 67.2 CE). Tuttavia, è evidente la tendenza dei regolamenti a favorire la conformità tra partito e Gruppo valorizzando l'identità politica, come emerge anche da altre disposizioni tra cui l'impossibilità di costituire Gruppi separati per i parlamentari di uno stesso partito (art. 23.2 R. C.) o di una stessa federazione/coalizione (art. 27.3 R. S.), oppure per i deputati che al momento delle elezioni appartenevano a formazioni politiche che non si erano presentate di fronte all'elettorato (art. 23.2 R. C.). Queste disposizioni determinerebbero, secondo la prevalente dottrina, il divieto di costituire Gruppi in corso di legislatura⁸, ossia di creare Gruppi da parte di forze politiche prive di identità elettorale, fenomeno che viene visto con sfavore dai regolamenti parlamentari, orientati al contenimento del *transfuguismo* (Curreri, 2005, 288-292). Sulla base di tali previsioni possono costituirsi solamente Gruppi collegati ai partiti presentatisi alle elezioni, oltre al Gruppo misto, sicché il parlamentare può confluire esclusivamente in uno di questi⁹. Tuttavia, i rego-

⁸ Sulla limitazione alla formazione di nuovi Gruppi si veda CURRERI, 2005, 252. Inoltre, sulla possibilità di costituire nuovi Gruppi si rimanda al dibattito dottrinario (CANITANO, 2001, 57) circa l'interpretazione delle norme sulla loro costituzione, quindi sulla perentorietà o meno del termine di cinque giorni per la formazione dei Gruppi. La dottrina maggioritaria considera il termine di cinque giorni un limite inderogabile per formare un Gruppo parlamentare, facendo da ciò derivare che non può essere consentita la creazione di Gruppi in corso di legislatura.

⁹ Con alcune risoluzioni delle Presidenze delle Cortes tra il 1986 e il 1987 venne autorizzata la formazione di raggruppamenti (*agrupaciones*) all'interno del Gruppo misto, simili alle componenti politiche italiane e composti da almeno cinque membri (SAIZ ARNAIZ, 1988, 117), ma il fenomeno riguardò

lamenti ammettono la figura del deputato *asociado* (o *adherido*, art. 24.3 R. C.) e del senatore *incorporado* (art. 29 R. S.): trattasi di parlamentari che, pur non essendo membri di quel partito, aderiscono al rispettivo Gruppo parlamentare con il duplice obiettivo di evitare di confluire nel Misto e godere dei vantaggi procedurali derivanti dall'appartenenza ad un Gruppo parlamentare, senza però subirne la disciplina (Ciancio, 2008, 58-59).

In Germania, i Gruppi parlamentari (o *Fraktionen*) sono previsti indirettamente nella Legge fondamentale (*Grundgesetz*), mentre la loro formazione, considerata facoltativa dalla legge sui parlamentari (*Abgeordnetengesetz*), viene disciplinata dal Regolamento del *Bundestag* dove si prevede che questi siano formati da almeno il 5% dei parlamentari che appartengano allo stesso partito o a partiti diversi, purché condividano la stessa linea politica e non siano concorrenti in nessuno dei *Länder*, mentre in assenza di tali requisiti la costituzione di una *Fraktion* deve essere approvata dal Parlamento. In mancanza del numero minimo di parlamentari vi è la possibilità di costituirsi in *Gruppe*, pur sempre organismo interno del Parlamento, ma privo di diritti e competenze propri dei Gruppi: di fatto trattasi di una sorta di «raggruppamento parlamentare» che però non partecipa alla formazione degli organi interni al *Bundestag*, né alla ripartizione del tempo di parola (Ciancio, 2008, 63-64). Viene, infine, prevista una ulteriore possibilità, quella per il parlamentare di aderire ad un Gruppo già costituito come deputato «ospite» (*gäste*), adesione quest'ultima rilevante quanto alla composizione delle Commissioni parlamentari (§ 10, terzo comma, Regolamento *Bundestag*). In base a tali disposizioni è possibile ritenere che un cambio di Gruppo in corso di mandato sia difficilmente possibile, soprattutto considerata la corrispondenza tra *Fraktion* e partito politico tale per cui può essere membro di un determinato Gruppo soltanto chi è stato eletto nelle liste del partito corrispondente, risultando così impossibile per i parlamentari espulsi o transfughi l'ingresso pieno in un nuovo Gruppo (Scarciglia, 2005, 118; Bilancia, 2001, 167). Questi, infatti, non potendo aderire ad altri Gruppi e non essendo previsto il Gruppo misto, si troveranno nella posizione di «senza gruppo» o al massimo potranno costituire un *Gruppe*, con tutte le limitazioni pratiche che ne derivano, pur nella pienezza del mandato (Curreri, 2005, 308-309).

Nel sistema francese non vi è nessun riferimento espresso ai Gruppi parlamentari nella Costituzione del 1958, pertanto la loro disciplina si ricava dalle disposizioni dei Regolamenti parlamentari (Biagi, 2001, 109). La formazio-

solo la III legislatura e non venne mai regolamentato. Per alcuni cenni si vedano CANITANO, 2001, 60; CIANCIO, 2008, 59-60.

ne di un Gruppo prevede, oltre al tradizionale requisito numerico, ossia 20 deputati (art. 19.1 Regolamento Assemblea Nazionale) e quindici senatori (art. 5.4 Regolamento Senato), anche un requisito politico in quanto ai Gruppi viene richiesta una dichiarazione di politica comune. Entrambi i Regolamenti considerano l'adesione ad un Gruppo parlamentare facoltativa, non prevedono il Gruppo misto e tutelano la scelta del singolo parlamentare di non iscriversi ad alcun Gruppo. In questo senso, è prevista la figura dell'apparentamento che si verifica quando un parlamentare si associa al Gruppo corrispondente ad un partito di cui non è membro, e questo avviene sia per i vantaggi amministrativi che ne derivano, nonché per la possibilità di essere designati come membri di una Commissione parlamentare (Ciancio, 2008, 69).

Infine, merita un cenno il caso portoghese. La disposizione che viene in rilievo è l'art. 160 della Costituzione lusitana, il quale prevede, al primo comma, la perdita del mandato parlamentare per i deputati che si iscrivono ad un partito diverso da quello nel quale sono stati eletti. Invero, tale articolo non costituzionalizza nessun vincolo di mandato, in quanto la prevalente dottrina portoghese ricava dal combinato disposto degli artt. 152 e 155 della Costituzione il principio del divieto di mandato imperativo (Damele, 2017, 6) 10. Con la *anti-defection clause* dell'art. 160, primo comma, la Costituzione intende impedire ad un deputato che esce volontariamente o che viene espulso dal partito la sua iscrizione ad un diverso partito, ma non stabilisce per questo la perdita del seggio: così, il deputato può restare in Parlamento come indipendente (Orrù, 2015, 1103-1104), status che non prevede alcuna sottoposizione a qualsivoglia disciplina partitica, mentre l'unica possibile sanzione per il transfuga è quella «politica», ossia la non candidatura nelle liste del partito dal quale è fuoriuscito o è stato espulso (Damele, 2017, 8). Il modello portoghese è stato spesso richiamato nelle recenti proposte di modifica dell'art. 67 Cost., ma l'evocazione di tale esperienza risulta discutibile per quella dottrina che spesso ha sostenuto che occorre valutare tale previsione nel contesto costituzionale in cui si inserisce; così, la lettura delle disposizioni portoghesi sul tema pone in evidenza una specificità di tale sistema, il quale non determina affatto l'introduzione di un vincolo di mandato, bensì è la conseguenza di una diversa concezione del ruolo costituzionale dei partiti sia nella società che nelle istituzioni parlamentari (Martinelli, 2018, 3).

¹⁰ L'art. 152, secondo comma, prevede che «i deputati rappresentano il Paese intero e non le circoscrizioni nelle quali sono stati eletti», mentre l'art. 155, primo comma, stabilisce che deputati «esercitano liberamente il proprio mandato».

5. LA RIFORMA DEL REGOLAMENTO DEL SENATO: I PRINCIPALI CONTENUTI IN TEMA DI GRUPPI PARLAMENTARI

Venendo al caso italiano, la disciplina dei Gruppi parlamentari risulta considerevolmente mutata a seguito della «riforma organica»¹¹ del Regolamento del Senato, approvata il 20 dicembre 2017 a maggioranza assoluta dei componenti, come richiesto dall'art. 64, primo comma, Cost. Le misure più innovative, per questa trattazione, sono certamente quelle relative alla nuova disciplina dei Gruppi parlamentari, ovverosia quelle disposizioni inserite al fine di limitare il transfughismo parlamentare. La riforma regolamentare –proponendo disincentivi e sanzioni che rendono meno conveniente abbandonare il Gruppo di appartenenza, contestualmente impedendo di crearne di nuovi– cerca di bilanciare il principio del libero mandato parlamentare con la necessità di arginare un fenomeno divenuto patologico, che rischia di mettere in crisi l'organizzazione stessa del sistema parlamentare.

La disposizione più rilevante risulta essere quella dell'art. 14 che disciplina la formazione del Gruppo, la quale affianca, al tradizionale requisito quantitativo, un ulteriore requisito politico-elettorale che allinea le nostre regole parlamentari a quelle di gran parte delle assemblee europee (v. *supra*) che prevedono, pur con diverse soluzioni, la necessaria corrispondenza dei Gruppi parlamentari ai partiti presentatisi alle elezioni. Il nuovo requisito risulta aderente al disegno costituzionale, in base al quale i Gruppi parlamentari devono connotarsi politicamente, come emerge anche dalla necessità di formare Commissioni parlamentari che, in base al principio della corrispondenza proporzionale alla consistenza dei Gruppi *ex artt.* 72, quarto comma, e 82 Cost., riproducano gli stessi rapporti di forza esistenti tra le formazioni politiche presenti in Assemblea, sebbene in una dimensione numericamente ridotta (Ciancio, 2018, 9).

Fatto salvo il principio per cui tutti i Senatori devono appartenere ad un Gruppo parlamentare¹², questo viene poi irrigidito dal momento che ciascun Gruppo, oltre a dover avere una consistenza minima di 10 senatori, deve «rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di Senatori» (art. 14.4). Di fatto, al solo requisito quantitativo si aggiunge quello qualitativo-politico della necessaria corrispondenza tra Gruppo parlamentare e

¹¹ La stessa Giunta per il Regolamento ha definito questo intervento come «Riforma organica del Regolamento del Senato» (XVII leg., doc. II, n. 38, 14 novembre 2017).

¹² Vi è, però, una eccezione rilevante, in quanto si attribuisce la facoltà ai senatori a vita, sia di diritto che di nomina presidenziale, di non appartenere ad alcun Gruppo parlamentare (art. 14.1).

soggetto politico presentatosi alle elezioni, al fine di evitare la nascita, in corso di legislatura, di nuovi Gruppi parlamentari privi di una effettiva presenza politica sul territorio (Carboni-Magalotti, 2018, 14). In forza di tali nuove regole, i Senatori restano liberi di iscriversi o trasferirsi in un Gruppo diverso da quello del partito in cui sono stati eletti, ma non potranno più costituirne di nuovi corrispondenti a forze politiche che non hanno preso parte alle elezioni (Currieri, 2018a, 182).

La necessaria identità tra soggetto elettorale e parlamentare emerge anche dall'abolizione dei Gruppi «autorizzati» o «in deroga», con le due sole eccezioni dei Senatori appartenenti alle minoranze linguistiche riconosciute dalla legge – ed eletti nelle Regioni di insediamento di tali minoranze – e dei Senatori eletti nelle Regioni speciali che possono costituire un Gruppo composto da almeno cinque iscritti (art. 14.5), anche durante la legislatura (art. 15.3). Di fatto, in corso di legislatura non sarà più possibile costituire nuovi Gruppi parlamentari, a meno che questi, fermo restando il requisito numerico, non risultino dalla fusione di Gruppi già costituiti (art. 15.3) o non corrispondano a «singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati» (art. 14.4 terzo periodo), derivando quindi dalla rottura di coalizioni composte da partiti o movimenti che si erano presentati alle elezioni con il proprio simbolo (Lupo, 2018, 23), o comunque dalla scissione di formazioni che si erano presentate congiuntamente alle elezioni (Carboni-Magalotti, 2018, 15).

Oltre che con le norme relative alla costituzione dei Gruppi, la riforma del Regolamento del Senato è intervenuta anche con misure sanzionatorie «individuali». Infatti, in caso di cambio di Gruppo, quindi di iscrizione ad un Gruppo diverso rispetto a quello di appartenenza al momento dell'elezione, è prevista la decadenza del Senatore da alcune cariche: in modo particolare, vengono a decadere i Vice Presidenti e i Segretari d'Assemblea¹³ (art. 13.1bis), così come tutte le cariche dell'Ufficio di Presidenza delle Commissioni permanenti (art. 27.3bis). In entrambi i casi, le disposizioni regolamentari precisano

¹³ L'esclusione del Presidente del Senato da questa misura è stata spiegata sulla base del fatto che l'appartenenza del Presidente ad un Gruppo parlamentare diverso dal Gruppo misto dovrebbe essere una circostanza quantomeno eccezionale (LUPO, 2018, 23). Vi sono state altre giustificazioni in dottrina, tra cui un collegamento tra questa esclusione dalla decadenza e il ruolo di «supplente» del Presidente della Repubblica (CARBONI – MAGALOTTI, 2018, 17). Diversa, e più discutibile, risulta l'esclusione dei Senatori questori in base al fatto che finora i membri del Consiglio di Presidenza godevano di un trattamento omogeneo a prescindere dall'incarico e che l'appartenenza di un questore ad un certo Gruppo valeva a garantire la presenza di quel Gruppo all'interno del Consiglio di Presidenza, evitando di dover eleggere ulteriori segretari di Presidenza *ex art. 5, commi 2-bis e 2-ter* (LUPO, 2018, 24). Per altri, l'esclusione dei questori si baserebbe sulla necessità di salvaguardare la continuità amministrativa dell'istituzione (CARBONI – MAGALOTTI, 2018, 17).

che tali misure sanzionatorie non si applicano nel caso in cui il cambio di Gruppo non dipenda dalla volontà del Senatore, ossia «quando la cessazione sia stata deliberata dal Gruppo di provenienza, ovvero in caso di scioglimento o fusione con altri Gruppi parlamentari».

6. (SEGUE): ALCUNI NODI IRRISOLTI

L'obiettivo di eliminare gli incentivi alla frammentazione e alla mobilità –attraverso la corrispondenza tra liste elettorali e Gruppi parlamentari, e tramite la decadenza da alcune cariche in caso di cambio di Gruppo¹⁴– viene perseguito senza violare il divieto di mandato imperativo, in quanto tali misure non limitano eccessivamente il Senatore transfuga, il quale, decidendo di abbandonare il Gruppo corrispondente alla lista con cui si è presentato alle elezioni, resta comunque libero di iscriversi ad altro Gruppo esistente o al Misto (Lupo, 2018, 24; Manetti, 2018, 6-7; Gianfrancesco, 2018, 11).

Nonostante la riforma sia stata accolta positivamente dalla maggioranza dei commentatori, non è mancato chi in dottrina, pur condividendone l'impianto, ne ha messo in luce alcuni aspetti problematici. A cominciare da chi rileva come le misure sulla formazione dei Gruppi parlamentari conducano ad un irrigidimento del panorama parlamentare¹⁵ come emerge dal fatto che la cristallizzazione dei Gruppi parlamentari al momento elettorale porti a negare qualsiasi rilievo agli eventi politici che avvengono durante la legislatura (Gianfrancesco, 2018, 11; Curreri, 2018a, 183-184); in questo modo non sarà più possibile proiettare istantaneamente in Parlamento eventuali scissioni interne ai partiti, considerato che gli «scissionisti» non potranno formare un nuovo Gruppo, ma solamente iscriversi ad uno di quelli esistenti e, con maggiore probabilità, sarà il Gruppo misto quello più interessato da questi fenomeni,

¹⁴ È prevalsa una soluzione meno severa rispetto a quelle proposte in dottrina; tra queste si possono ricordare l'obbligo per i Senatori che escono dal Gruppo di appartenenza di iscriversi al Gruppo misto, la possibilità di iscriversi ad altri Gruppi senza che questa adesione rilevi ai fini della valutazione della consistenza numerica del Gruppo (CURRERI, 2017, 139), oppure la previsione che la consistenza dei Gruppi parlamentari venga quantificata esclusivamente all'inizio della legislatura (CATELANI, 2017, 34). È stata avanzata anche la possibilità di prevedere l'iscrizione implicita del deputato nel Gruppo parlamentare del partito nelle cui liste è stato eletto, salva la facoltà di adesione ad altro Gruppo (CURRERI, 2015, 18), ma tale soluzione viene giudicata eccessiva e, probabilmente, in contrasto con l'art. 67 Cost. (LUPO, 2018, 25).

¹⁵ Per PICCIRILLI, 2017 vi sarebbe un eccesso di rigidità, il cui rischio principale è che significative evoluzioni del quadro partitico nel corso della legislatura conducano a un ingrossamento abnorme del Gruppo misto (e dunque a un Senato difficilmente «governabile»), che si presterebbe altresì ad essere «aggravata mediante la costruzione *ex post* di identità posticce su liste magari marginali al momento del voto».

potendosi così immaginare un accrescimento di questo tale da renderlo difficilmente gestibile (Lupo, 2018, 24; Curreri, 2018a, 184)¹⁶.

Quanto invece al singolo membro, è stata accolta con favore l'introduzione della figura del parlamentare c.d. «indipendente», benché limitatamente ai soli Senatori a vita, di nomina presidenziale quanto di diritto (art. 14.1), dal momento che apre alla possibilità per alcuni parlamentari di esercitare singolarmente le proprie attribuzioni, senza ledere il principio del libero mandato (Ciancio, 2018, 8). Questa possibilità, analogamente a quanto previsto in alcuni ordinamenti europei dalle varie figure del parlamentare «senza gruppo», «non iscritto» o «indipendente» (v. *supra*), si sarebbe potuta – e in futuro si potrebbe – estendere a tutti i senatori, in quanto funzionale ad istituzionalizzare il dissenso individuale, riconducendo la mobilità all'interno di un completo esercizio della libertà del mandato parlamentare. La valorizzazione del carattere facoltativo dell'adesione ai Gruppi attraverso la figura del parlamentare «non iscritto» dovrebbe accompagnarsi, inoltre, alla completa eliminazione del Gruppo misto¹⁷, sicché il membro del Parlamento che abbandona volontariamente¹⁸ il proprio Gruppo in corso di legislatura avrebbe una doppia possibilità, ossia confluire in un altro Gruppo politico esistente ovvero mantenere il seggio come «non iscritto», seppure senza i vantaggi procedurali, logistici ed economici dell'appartenenza al Gruppo: in questo modo verrebbe fatto salvo il principio del divieto di mandato imperativo, consentendo al parlamentare di dissociarsi dal proprio Gruppo senza cessare dal mandato e al contempo evitando di far degenerare la mobilità parlamentare in trasformismo politico (Ciancio, 2018, 10).

¹⁶ Un'alternativa poteva essere quella di innalzare le soglie numeriche per la costituzione di un Gruppo in corso di legislatura (CURRERI, 2017, 139). Per evitare operazioni strumentali circa la nascita di nuovi Gruppi vi è chi aveva immaginato, oltre alla previsione di una ragionevole «franchigia» iniziale, la condizione per cui la nascita del Gruppo non poteva limitarsi ad un fatto solo «parlamentare», ma che alla nascita del nuovo Gruppo doveva corrispondere la formazione di un nuovo partito (GIANFRANCESCO, 2018, 11-12). Questa soluzione avrebbe comportato maggiore semplicità ed elasticità, ma non sarebbe risultata coerente con la legge elettorale (LUPO, 2018, 25), in quanto l'A. evidenzia come questa preveda soglie di sbarramento al 3% dei voti e che quindi innalzare la soglia per formare il Gruppo, per esempio, a 20 senatori avrebbe portato al 6% la soglia di senatori necessari perché una lista possa godere di autonomia.

¹⁷ Eliminazione dovuta al fatto che questo è privo della necessaria caratterizzazione politica valida per tutti i Gruppi, nonché per il fatto di consentire al parlamentare transfuga di collocarsi in un Gruppo che mantiene, come gli altri, vantaggi economici e logistici. Inoltre, da notare che, tra gli ordinamenti europei analizzati, il Gruppo misto è presente solo in Spagna dove non esiste la figura del parlamentare «non iscritto», mentre negli altri ordinamenti il Gruppo misto viene escluso proprio in quanto si prevede la figura del parlamentare «indipendente».

¹⁸ Qui ci riferiamo ai parlamentari che intenzionalmente escono dal Gruppo. Nel caso, invece, di membri del Parlamento espulsi dal Gruppo si potrebbe pensare a figure intermedie quali quelle viste precedentemente nel panorama comparato, come ad esempio le figure spagnole di parlamentare *asociado/ incorporado* o quella francese dell'apparentamento (v. *supra*).

Infine, emerge una ulteriore problematicità relativa al fatto che la riforma regolamentare ha riguardato soltanto il Regolamento del Senato, mentre alla Camera nessun tentativo di intervento normativo è andato a buon fine. Si tratta di una asimmetria particolarmente vistosa che disattende il monito della Corte costituzionale contenuto nella sentenza n. 35 del 2017 secondo cui il «corretto funzionamento della forma di governo parlamentare» e la «formazione di maggioranze parlamentari omogenee» rischiano di essere compromesse non solo da sistemi elettorali differenti, ma anche da regole parlamentari non armonizzate, per effetto delle quali la dinamica politica si delinerebbe in una maniera ricercatamente diversa tra Camera e Senato (Lupo, 2018, 31). In questo senso, infatti, la stessa dottrina si augura che anche la Camera dei deputati predisponga un intervento regolamentare volto ad inserire il requisito politico-elettorale nella formazione dei Gruppi parlamentari, per lo meno in merito alla costituzione dei nuovi Gruppi che potranno formarsi nel corso della attuale legislatura (Lupo, 2018, 31).

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BIAGI, R. (2001), «I gruppi parlamentari in Francia», in Merlini, S. (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto europeo*, I, Torino: Giappichelli.
- BILANCIA, F. (2001), «I regolamenti dei gruppi parlamentari del Bundestag», in Merlini, S. (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto europeo*, I, Torino: Giappichelli.
- CALVANO, R. (2018), «La democrazia interna, il libero mandato parlamentare e il dottor Stranamore», in *Federalismi.it*, n. 13.
- CANITANO, E. (2001), «Rappresentanza politica e gruppi parlamentari nella costituzione spagnola del 1978», in *Nomos*, n. 1, 49-73.
- CARBONI, A.-MAGALOTTI, M. (2018), «Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato», in *Federalismi.it*, n. 1.
- CARETTI, P. (2001), «I gruppi parlamentari nell'esperienza della XIII legislatura», in Carlassare, L. (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova: Cedam, 53-60.
- CATELANI, E. (2017), «Manutenzione dei Regolamenti parlamentari come strumenti di inizio di una mediazione politica», in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 25-44.
- CIANCIO, A. (2008), *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano: Giuffrè.
- (2018), «Disciplina di gruppo e tutela del parlamentare dissenziente», in *Federalismi.it*, n. 13.

- CURRERI, S. (2001), «Rappresentanza politica e mobilità parlamentare», in Carlassare, L. (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova: Cedam, 89-96.
- (2004), *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze: Firenze University Press.
- (2005), *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*, Firenze: Firenze University Press.
- (2015), «Considerazioni critiche sull'autorizzazione del Gruppo parlamentare Per l'Italia – Centro democratico alla Camera dei Deputati», in *Rivista AIC*, n. 3.
- (2017), «Gruppi parlamentari e norme anti-transfughismo», in Lippolis, V. – Lupo, N. (a cura di), *Il Filangieri, Quaderno 2015-2016, Il Parlamento dopo il referendum costituzionale*, Napoli: Jovene, 117-144.
- (2018a), «Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato)/2», in *Quad. cost.*, n. 1, 181-184.
- (2018b), «Costituzione, regolamenti parlamentari e statuti dei gruppi politici: un rapporto da ripensare», in *Federalismi.it*, n. 13.
- DAMELE, G. (2017), «Vincoli di mandato dei parlamentari e carattere democratico dei partiti. Spunti a partire dall'articolo 160 della Costituzione portoghese», in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 maggio 2017.
- GIANFRANCESCO, E. (2018), «La riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali», in *Federalismi.it – Focus Fonti*, n. 1.
- LUPO, N. (2017), «La disciplina dei gruppi parlamentari, nel mutare delle leggi elettorali», in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 1-21.
- (2018), «Funzioni, organizzazione e procedimenti parlamentari: quali spazi per una riforma (coordinata) dei regolamenti parlamentari?», in *Federalismi.it – Focus Fonti*, n. 1.
- MANETTI, M. (2018), «Regolamenti di Camera e Senato e la trasformazione dell'assetto politico-parlamentare», in *Federalismi.it*, n. 1.
- MANNINO, A. (2001), «La mobilità parlamentare tra principi democratico, rappresentanza nazionale e divieto di mandato», in Carlassare, L. (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Cedam: Padova, 61-80.
- MARSOCCI, P. (2001), «I gruppi parlamentari in Spagna», in Merlini, S. (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto europeo*, I, Giappichelli: Torino.
- MARTINELLI, C. (2018), «Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale», in *Federalismi.it*, n. 13.
- MORTATI, C. (1986), «Le Camere (sub. art. 67)», in Branca, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, Roma: Società Editoriale del Foro Italiano, 179-184.
- ORRÙ, R. (2015), «Divieto di mandato imperativo e anti-defection laws: spunti di diritto comparato», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 1097-1116.

- PICCIRILLI, G. (2017), «Finalmente una (prima) riforma del regolamento del Senato. Luci e ombre di un intervento che necessita di essere completato», in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3.
- PINELLI, C. (2018), «Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo», in *Federalismi.it*, n. 13
- RESCIGNO, G. U. (1995), «Alcune note sulla rappresentanza politica», in *Pol. dir.*, n. 4, 543-560.
- SAIZ ARNAIZ, A. (1988), «El carácter obligatorio de la pertenencia a un grupo parlamentario: el grupo mixto y las agrupaciones en el Congreso de los Diputados», in *Rev. Cortes Gen.*, n. 13, 90-136.
- SCARCIGLIA, R. (2005), *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Padova: Cedam.
- SCUTO, F. (2018), «I pericoli derivanti da uno svuotamento dell'art. 67 Cost. unito ad un «irrigidimento» dell'art. 49 Cost. Alcune considerazioni a partire dalla vicenda dello Statuto del Gruppo parlamentare «Movimento 5 Stelle», in *Federalismi.it*, n. 13.
- ZANON, N. (1991), *Il libero mandato parlamentare: saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano: Giuffrè.
- (2001), «Il transfughismo parlamentare: attenti nel toccare quel che resta del libero mandato», in *Quad. cost.*, n. 1, 137-140.

LA ¿PRERROGATIVA? DEL FUERO JURISDICCIONAL

PATRICIA GARCÍA MAJADO*
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Breve aproximación. 2. Ámbito subjetivo: la extensa nómina de sujetos aforados. 3. La funcionalidad del fuero. 4. Un ámbito objetivo exorbitante. 5. La erosión del derecho a la doble instancia penal. 6. A modo de conclusión: un mecanismo innecesario. 7. Bibliografía.

1. BREVE APROXIMACIÓN

Como es bien sabido, el aforamiento es una prerrogativa carácter jurisdiccional que no supone una exención al deber generalizado de sujeción al ordenamiento jurídico. No constituye, por tanto, un límite a la jurisdicción, sino que supone una sujeción *sui generis*, diferente a aquélla que rige para la generalidad, como sucede también, por ejemplo, con el instituto de la inmunidad parlamentaria. El fuero jurisdiccional altera las reglas procesales penales –y en algunos casos, como se verá, también civiles– de competencia objetiva *ratione personae*, atribuyendo a una jurisdicción superior (Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias Provinciales) el enjuiciamiento

* Este trabajo ha sido realizado al amparo del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU).

de determinados asuntos en atención al cargo público que ostentan determinados sujetos (Almagro Nosete, 1988, 134; García Mahamut, 2000, 118).

El ordenamiento jurídico crea, tal y como ha admitido el Tribunal Constitucional, «una excepcionalidad procesal»¹, en la medida en que altera de forma singular las reglas de competencia judicial que resultan aplicables a la generalidad de la ciudadanía. Tal excepción, en cuanto dispensa o exoneración frente al criterio general, para ser aceptable en términos democráticos debe aparecer razonablemente justificada. Lo determinante, por tanto, es que la prerrogativa albergue una funcionalidad democrática, es decir, que sea necesaria para salvaguardar el correcto funcionamiento del sistema en su conjunto. El propio Tribunal ha declarado, al hilo de las prerrogativas parlamentarias, que éstas, en cuanto «sustracciones al Derecho común»², deben estar «conectadas a una función»³, es decir, que sólo son constitucionalmente admisibles cuando estén *funcionalizadas*. En dicha funcionalización reside la distinción, indispensable en democracia, entre prerrogativa y privilegio³. El objetivo de las siguientes páginas consiste precisamente en analizar la funcionalidad de este mecanismo dentro de nuestro sistema democrático, al fin de determinar si constituye una garantía que se pone a al servicio de su funcionamiento o deviene en una anomalía que no contribuye a salvaguardar o mejorar éste.

2. ÁMBITO SUBJETIVO: LA EXTENSA NÓMINA DE SUJETOS AFORADOS

La primera cuestión que debe dilucidarse a la hora de abordar el fuero jurisdiccional es a quién le corresponde su titularidad. La Constitución, como es bien sabido, prevé el aforamiento para los Diputados y Senadores (art.71.2 CE), y el Presidente y demás miembros del Gobierno –Vicepresidente, en su caso, y Ministros (art.102 CE)⁴-. No obstante, esta prerrogativa posee una *vis expansiva* desmedida dado que, merced a la ampliación llevada a cabo, principalmente, por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y por los Estatutos de Autonomía, ha rebasado los márgenes constitu-

¹ STC 166/1993, de 20 de mayo (FJ 3.º).

² STC 51/1985, de 10 de abril (FJ 6.º).

³ Con carácter general, sobre la distorsión de las prerrogativas parlamentarias se ha ocupado con detalle, entre otros, PRESNO LINERA, 2014, 106 y ss. Asimismo, un extenso y minucioso estudio sobre los privilegios procesales de los altos cargos puede encontrarse en GÓMEZ COLOMER, ESPARZA LEIBAR, 2009.

⁴ Sobre la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno, véase más extensamente, entre otros, GARCÍA MAHAMUT, 2000; OBREGÓN GARCÍA, 1996.

cionales resultando aplicable a multitud de otros cargos públicos. En efecto, el fuero estrictamente político es el menos relevante en términos cuantitativos.

Ante el Tribunal Supremo también están aforados, además de los anteriores sujetos, los Presidentes del Congreso y del Senado, el Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Presidente y los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del CGPJ, el Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia y sus respectivos Magistrados, el Fiscal General del Estado, los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, el Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas, el Presidente y los Consejeros del Consejo de Estado y el Defensor del Pueblo, así como aquellos otros que determinen los Estatutos de Autonomía (art. 57.1.2.º y 3.º LOPJ)⁵ y los parlamentarios europeos⁶. También, actualmente, la Reina consorte, la Princesa de Asturias y su consorte, así como el Rey abdicado y su consorte (art. 55 bis LOPJ)⁷.

Ante los Tribunales Superiores de Justicia están aforados los Defensores del Pueblo autonómicos y sus adjuntos (art. 1.1 y 3 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas –LDPCA–); los jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal; y aquellos otros sujetos que pudieran especificar los Estatutos de Autonomía (art. 73.3 LOPJ) que, con carácter general comprenden los parlamentarios autonómicos y miembros de los respectivos Consejos de Gobierno⁸. Por último, podrían incluirse las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, nacionales y autonómicas, de cuyas causas conocerán las

⁵ Véase a este respecto la nota 8.

⁶ De acuerdo con el Protocolo n.º 7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, los diputados del Parlamento europeo gozarán en su territorio nacional de los privilegios e inmunidades reconocidas a los parlamentarios de su país (art. 9)

⁷ Esta previsión fue introducida por la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁸ Con carácter general, en los aforamientos autonómicos el enjuiciamiento de los delitos cometidos por los parlamentarios y miembros de los respectivos Consejos de Gobierno le corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia si los delitos son cometidos en la Comunidad Autónoma y al Tribunal Supremo si son cometidos en el resto del territorio nacional. De ahí que la jurisprudencia haya señalado que en estos casos no se produce solo una rectificación de la competencia objetiva *rationae personae*, sino también de la competencia territorial, debiéndose acumular ambos criterios (entre otras, ATS 10229/2017, de 31 de octubre, FJ 2.º). Así sucede en Aragón (art. 38.2 y 55), Asturias (art. 26.2 y 35 bis.1), Cantabria (art. 11.1 y 20), Castilla la Mancha (art. 10.3 y 17.1), Castilla y León (art. 22.2 y 29), Cataluña (art. 57.2 y 70.2), Comunidad Valenciana (art. 23.3 y 31), Extremadura (art. 18.2 y 35.2c), Galicia (art. 11.3 y 18), Islas Baleares (art. 44.1, 56.7 y 57.5), La Rioja (art. 17.7 y 24.4), País Vasco (art. 26.6 y 32.2) y Murcia (art. 25.2 y 33.7). Madrid (art. 11.6 y 25) y Andalucía (art. 101.3, 118.5, 122.1) observan estas mismas reglas salvo para los respectivos Presidentes, aforados directamente ante el Tribunal Supremo. Asimismo, en el caso de Navarra, el Presidente y resto de miembros de la Diputación Foral están aforados directamente ante el Tribunal Supremo (art. 14 y 27).

Audiencias Provinciales (art. 8 la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado –LFCSE–), si bien el Tribunal Constitucional ha entendido que, en este caso, no estamos ante «un aforamiento en sentido técnico» sino ante el establecimiento de reglas especiales de competencia y procedimiento que califica de «parciales»⁹.

El resultado que deja el fuero jurisdiccional en términos numéricos es elevadísimo. Aun dejando fuera a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado –que sólo ellas afectan ya a 232.000 sujetos– 17.603 aforados pertenecen a instituciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, dentro de las cuales el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal acaparan la mayor parte de esos miles, y 5 a la Familia Real¹⁰. Solamente en términos numéricos, el mecanismo jurídico-procesal que ahora nos ocupa arroja unas cifras ciertamente alarmantes. La pregunta resulta obligada: y esto, ¿para qué?

3. LA FUNCIONALIDAD DEL FUERO

El Alto Tribunal ha puesto tempranamente de manifiesto que el fin del fuero jurisdiccional –aunque hablando concretamente del parlamentario– es «proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña» actuando así como un «instrumento para la salvaguarda de la in-

⁹ STC 55/1990, de 28 de marzo (FJ 4.º). Ello es así, de acuerdo con el parecer del Tribunal, porque tales reglas sólo afectan a los delitos cometidos en el ejercicio de la función y además, porque en buena parte de los casos la regla competencial, especialmente en lo que se refiere al conocimiento y fallo, es la común, situándose la especialidad en lo relativo a la instrucción y procesamiento. No obstante, si lo que determina la existencia de fuero jurisdiccional es la alteración de las reglas procesales de competencia judicial en función del cargo que ostenta un determinado sujeto, podría considerarse que este supuesto cae dentro de lo que ahora nos ocupa. El hecho de que la prerrogativa sea parcial y afecte sólo a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo, no le priva de dicha naturaleza. En efecto, lo mismo le sucede a los jueces y fiscales y siguen considerándose aforados. Hechas estas apreciaciones, conviene poner de manifiesto que le corresponde a las Audiencias Provinciales es el enjuiciamiento de las causas, no su instrucción. La atribución a aquéllas de ambas funciones es algo que se preveía en la redacción inicial de la ley (párr. 2.º art.8.1). Sin embargo, tal previsión fue declarada inconstitucional por el Alto Tribunal (STC 55/1990, de 28 de marzo) al entender que resultaba contraria al derecho a un Juez imparcial la asignación de la instrucción, procesamiento, conocimiento y fallo a un mismo órgano judicial, por contaminación inquisitiva. En el caso de las faltas, el art. 8 LOFCSE atribuye la instrucción a los Jueces de instrucción. No obstante, con la reforma del Código Penal de 2015, este segundo aforamiento parece que queda vacío de contenido dado que las faltas desaparecen de la regulación penal. El fuero sólo opera para los delitos, ciñéndose únicamente y en los términos expresados, a las Audiencias Provinciales.

¹⁰ Estos datos han sido tomados de la intervención de Carlos Lesmes en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, disponible en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 157, sesión núm. 11, celebrada el 15 de marzo de 2017, p. 15.

dependencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial»¹¹. Esta justificación del fuero parlamentario resulta extensible al resto, pues la razón última de su existencia no es otra sino la protección de la «independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes»¹², sean o no legislativas, dotando a sus titulares de «un plus o protección máxima, en beneficio de su función»¹³. Para ello, se atribuye el conocimiento de las causas a órganos jurisdiccionales susceptibles de recibir menos presiones o influencias y, por ende, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional, de adoptar «una decisión judicial más ajustada a Derecho», debido al «incremento de garantías» o a «la mayor idoneidad técnica» de aquéllos¹⁴. En el fondo, esta prerrogativa pretende reportar una protección bidireccional y refleja: al velar por la neutralidad e independencia del proceso judicial, no solamente salvaguarda la función jurisdiccional, sino que se protege la función del cargo público encausado.

Esta aparente funcionalidad debe analizarse, sin embargo, desde el prisma democrático. Por un lado, viendo el inmenso alcance subjetivo de la prerrogativa, podría llegar a justificarse, bajo el mantra de la protección del cargo público, una extensión total del fuero. Por otro, no deja de provocar cierto desasosiego que el fundamento último de aquélla se base en una suerte de recelo hacia la independencia e imparcialidad del juez natural, como si estas cualidades fueran una cuestión de nivel jurisdiccional y no de sumisión única y exclusiva al ordenamiento jurídico (art.117 CE) predicable del Poder Judicial en su conjunto (De Otto, 1989, 61). Incluso ha llegado a justificarse el aforamiento en la defensa de ciertos cargos públicos frente al abuso de la acusación popular, operando así como un mecanismo de contrapeso. Sin embargo, no se acierta a comprender de qué manera el conocimiento de una causa por un tribunal jerárquicamente superior evitaría la interposición de querellas insidiosas si el aforamiento no constituye una exención jurisdiccional (López Aguiar, 2000, 39; García Mahamut, 2000, 159).

Aunque el Alto Tribunal haya descartado que el fuero conculque el derecho al juez predeterminado por la ley, dado que si existe previsión normativa previa y general del órgano jurisdiccional competente¹⁵, aquél sigue siendo cuestionable en términos de igualdad procesal (Gómez Colomer 2009, 531 y

¹¹ STC 22/1997, de 11 de febrero (FJ 6.º). Esta misma función del fuero como herramienta de protección de la imparcialidad judicial es defendida por ALZAGA VILLAMIL, 2016, 490; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, 2000, 71-72; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1989, 375.

¹² STC 22/1997, de 11 de febrero (FJ 6.º).

¹³ STC 166/1993, de 20 de mayo (FJ 3.º).

¹⁴ STC 55/1990, de 28 de marzo (FJ 6.º).

¹⁵ STC 22/1997, de 11 de febrero (FJ 6.º).

ss.) –como, por cierto, el mismo reconoce¹⁶– que, para ser admisible, debe estar justificado en términos objetivos y razonables (Pizzorusso, 1984, 48). Tal justificación no parece hallarse pues no existe razón democrática para considerar que a mayor nivel de jurisdicción existan mayores garantías jurisdiccionales. De ser así, estaría más que justificado un aforamiento absolutamente generalizado. En todo caso, puestos a aceptar reticencias, existirían quizá más razones para desconfiar de la mayor idoneidad técnica de los grados más altos de jurisdicción –teniendo que en cuenta que son órganos de enjuiciamiento, no de instrucción– y también de su cualificada independencia e imparcialidad, debido a las vinculaciones políticas de sus miembros (Sáinz Arnáiz, 2001, 83). Frente a esto, no cabe decir que, mientras el justiciable se mantenga dentro de la jurisdicción, no existe distorsión porque será igualmente «bien juzgado». El problema reside justamente en que lo que debe justificarse es la excepción, no la regla general. La cuestión no es por qué necesita *volver* el aforado al juez natural, sino por qué se le separó de éste.

El fuero jurisdiccional, en definitiva, parece poner de manifiesto la desconfianza del sistema hacia sus propios jueces naturales. Desvela los recelos de éste hacia la fiabilidad de sus leyes procesales y la solidez de su propia judicatura, algo que el Estado de Derecho no puede admitir sin ponerse él mismo en tela de juicio. El desempeño de las funciones públicas que trata de proteger la prerrogativa, parece que no padecería en un sistema democrático del s. XXI si de las causas de tales cargos públicos se ocupase el juez determinado por las reglas procesales generales de competencia judicial (Montero Aroca, 1995, 277; Martínez Elipe, 2000, 69; Presno Linera, 2014, 115; Santaolalla López, 2018, 110). ¿Acaso el sistema se defiende de sí mismo?

Por ello, no resulta extraño que esta institución sea absolutamente desconocida en otros ordenamientos jurídicos¹⁷ como Estados Unidos, Alemania o Reino Unido. Incluso aquellos países que contemplan esta prerrogativa la han dotado de un alcance significativamente más restringido. En Francia, por ejemplo, sólo están aforados ante la *Cour de justice de la République* los miembros del Gobierno¹⁸ (arts. 68-1, 2 y 3 *Constitution de la République Française*); en Italia, el Presidente de la República ante la *Corte Costituzionale* (arts. 90 y 134 *Costituzione della Repubblica Italiana*)¹⁹ –aunque los miem-

¹⁶ STC 55/1990, de 28 de marzo (FJ 4.º).

¹⁷ Para un análisis de la prerrogativa a nivel comparado véase MARTÍNEZ ALARCÓN, 2015, 437 y ss.

¹⁸ El Presidente de la República francesa no está aforado, sino sometido al *impeachment* en caso de incumplimiento incompatible de sus deberes con el ejercicio de su mandato, el cual le corresponde llevar a cabo al Parlamento constituido en la *Haute Cour* (art. 68 *Constitution de la République Française*).

¹⁹ En el caso italiano, la acusación del Presidente de la República ante la *Corte Costituzionale* le corresponde al Parlamento en sesión conjunta de sus miembros y con mayoría absoluta de éstos (art. 90

bros del Gobierno gozan de un aforamiento menor y *sui generis* (art. 96)²⁰— y en Portugal, el fuero especial ante el *Supremo Tribunal de Justiça* sólo afecta al Presidente de la República (art. 130 *Constituição da República Portuguesa*), aunque la ley lo ha extendido al Presidente de la Asamblea de la República y al Primer Ministro (art. 11.3 DL n.º 78/87, de 17 de *Fevereiro*).

El Derecho Comparado más cercano evidencia sobradamente que el funcionamiento ordinario del sistema democrático no se ve menoscabado por la general atribución al juez ordinario de las causas de los cargos públicos. Además, resulta esperanzador que determinadas Comunidades Autónomas ya hayan suprimido el fuero jurisdiccional para sus diputados autonómicos, como Canarias²¹, y que otras estén en vías de hacerlo en un futuro próximo, como Murcia²², Cantabria²³, Baleares²⁴ o La Rioja, que ya han presentado ante las Cortes Generales propuestas de reforma de sus respectivos Estatutos de Autonomía, actualmente en tramitación²⁵.

Costituzione della Repubblica Italiana). No obstante, dado que la Corte no se limita a decidir sobre la destitución del Presidente sino que exige la correspondiente responsabilidad penal, no estamos propiamente ante un caso de *impeachment* sino de aforamiento pues, para el enjuiciamiento de este sujeto, el ordenamiento francés ha alterado las reglas generales de competencia judicial.

²⁰ Respecta a los miembros del Gobierno, la *Legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1. - Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'art. 96 della Costituzione*, estableció que el Presidente del Consejo de Ministros y los ministros son sometidos a la jurisdicción ordinaria por el delitos cometidos en el ejercicio de su cargo -aún cuando hayan cesado- previa autorización del Senado o de la Cámara de los Diputados (art. 96). A partir de esa previsión, la ley constitucional estableció una suerte de aforamiento, relativo tanto a la instrucción como al enjuiciamiento. Respecto a lo primero, la investigación no le corresponde al Ministerio Fiscal, sino a un Tribunal especializado cuya composición se detalla en el art. 7 de dicha ley. Respecto a lo segundo, el tribunal encargado del enjuiciamiento en primer grado es el de la capital de provincia del distrito de la Corte de Apelación competente en razón del territorio (art. 11).

²¹ Modificación operada por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. Previamente, el fuero jurisdiccional se recogía en los arts. 10.2 y 19.2 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias.

²² Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (*BOCG*, serie B, núm. 22-1, de 10 de junio de 2019).

²³ Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, para la eliminación del aforamiento de los Diputados y Diputadas del Parlamento y del Presidente y Consejeros del Gobierno (*BOCG*, serie b, núm.191-1, de 22 de diciembre de 2017).

²⁴ Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, para la supresión del aforamiento de los Diputados y las Diputadas del Parlamento de las Illes Balears y de los miembros del Gobierno de las Illes Balears (*BOCG*, serie B, núm. 23-1, de 10 de junio de 2019).

En «La Rioja» insertar la siguiente nota al pie: Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (*BOCG*, serie B, núm.24-1, de 11 de junio de 2019).

²⁵ Debe señalarse, también, que a nivel nacional ha habido ciertos intentos de reforma. El Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia presentó en 2013 una Proposición no de Ley relativa a la supresión de los privilegios de la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento de los políticos y otros cargos públicos (*BOCG*, serie D, núm. 271 de 13 de mayo de 2013). También se presentaron algunas mociones a este respecto, como la Moción consecuencia de interpelación urgente sobre las medidas que piensa llevar a cabo el Gobierno para suprimir el aforamiento de los diputados, senadores y Gobierno (*BOCG*, serie D,

4. UN ÁMBITO OBJETIVO EXORBITANTE

Además de haber incorporado un mecanismo innecesario, el ordenamiento jurídico español ha dotado al fuero jurisdiccional de una cobertura jurídica exorbitante, no solamente en términos cuantitativos, como se ha visto, sino también cualitativos. Por un lado, salvo en el caso de los jueces, fiscales y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 73.3 LOPJ y art. 8 LFCSE), el aforamiento es extrafuncional. Comprende todos los delitos cometidos por el sujeto en cuestión mientras ocupe un cargo público –decaendo la protección *a posteriori*²⁶– estén o no aquéllos vinculados a éste, como si exigen, por ejemplo, Portugal o Francia para sus contados aforados. Esto implica dos cosas. Por un lado, que el fuero afecta a los delitos de naturaleza exclusivamente privada. Por otro, que comprende aquéllos cometidos con anterioridad al desempeño de funciones públicas. Al aforamiento le preocupa cuándo se *persigue* el delito (durante el ejercicio del cargo), independientemente de si está o no conectado con el cargo público o si se ha cometido durante o antes de su mandato²⁷. Y es que, si esta prerrogativa debe estar funcionalizada, es decir, vinculada a la salvaguarda de una determinada función pública, resulta de todo pun-

núm. 612 de 18 de febrero de 2015); la Moción consecuencia de interpelación urgente sobre propósitos del Gobierno en relación a las reformas legales necesarias a fin de eliminar distintos supuestos de aforamiento y otros privilegios procesales de políticos y cargos públicos (BOCG, serie D, núm. 297, de 26 de junio de 2013); o más recientemente, la Moción consecuencia de interpelación urgente sobre las medidas de regeneración democrática que pretende impulsar el Gobierno, entre otras la supresión de los aforamientos políticos (BOCG, serie D, núm. 419, de 26 de septiembre de 2018).

²⁶ La limitación temporal de la prerrogativa la puso de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 22/1997, de 11 de febrero), con ocasión del fuero parlamentario, al entender que resultaba constitucional devolver una causa al Juzgado de Instrucción ante la pérdida sobrevenida de la condición de parlamentario pues lo contrario supondría «una extensión del ámbito temporal de la prerrogativa, convirtiéndola predominantemente en privilegio personal, que redundaría en una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal» (FJ 8.º). Asimismo, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que «el fuero va unido al cargo, de modo que despliega su eficacia desde que se accede a él hasta que se cesa en el mismo» (AATS 76/2007, de 9 de enero, FJ 2.º; 4802/2014, de 22 de mayo, FJ 2.º). Véase también la jurisprudencia citada en estas sentencias.

²⁷ El Tribunal Constitucional ha sostenido, en relación con el art. 71.3 CE que «*cualquiera que sea la causa*, esta pasará al Tribunal Supremo desde el momento en que la misma afecte a un diputado o senador, y mientras no se pierda la condición de miembro de la Cámara» (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 8.º). Con palmara claridad lo ha expresado el Tribunal Supremo al sostener que «este fuero especial de la competencia objetiva opera respecto de delitos anteriores que no hubieran sido todavía enjuiciados o hubieran motivado ya un proceso pendiente de decisión previo a la adquisición de la condición de Diputado o Senador electo y subsiste en relación con todos los delitos cometidos por el mismo mientras dura su condición» (ATS 2015/1993, de 15 de diciembre, FJ 2.º). Un supuesto particular lo constituyen, no obstante, aquellas ocasiones en las que el cargo se abandona cuando el procedimiento judicial contra un aforado ya está en marcha. El Tribunal Supremo ha tomado el Auto de apertura de juicio oral como momento procesal que fija definitivamente la competencia judicial. Por tanto, si el cargo público se abandona una vez abierto aquél, se produce la *perpetuatio iurisdictionis* (Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014).

to disfuncional que ofrezca cobertura a actividades que nada tienen que ver con el desempeño de aquélla (Martínez Alarcón, 2015, 439) y que incluso pueden ser anteriores en el tiempo. De ahí que la reciente propuesta de reforma constitucional, avalada por el Consejo de Estado en su Informe 1/2018, trate precisamente de acotar la prerrogativa a «los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo»²⁸. Lógicamente, si se exige que el fuero se contemple para aquello relativo al ejercicio del cargo, el presupuesto previo y necesario es que exista cargo. Por eso, aún más incomprensible resulta el aforamiento de sujetos que ni si quiera ejercen funciones públicas, como es el caso paradigmático del Rey abdicado (art. 55 bis LOPJ).

En el caso de los jueces, fiscales y también, si así se considera, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el fuero, por el contrario, solo opera si el delito se ha cometido «en el ejercicio del cargo» (art. 73.3 LOPJ y art. 8 LFCSE). En consecuencia, no se prevé ni para los delitos de naturaleza privada ni para los previos al desempeño de funciones públicas. Sin embargo, la prerrogativa puede extenderse *ultra officium* pues, de acuerdo con el Tribunal Supremo, «debe entenderse que la competencia se perpetúa y dura tras la cesación del magistrado en su cargo, y precisamente porque no se trata de un especial aforamiento derivado de privilegio personal alguno, sino porque lo que determina y justifica el aforamiento es el propósito de alcanzar una especialmente fundada y unificada resolución de casos penales de la más elevada relevancia para los ciudadanos»²⁹. Por tanto, si bien el fuero que se prevé es funcional, no decae con el cese del cargo, sino que produce efectos *ultra vires*³⁰.

Por otro lado, lejos de operar únicamente en el ámbito penal, el fuero jurisdiccional se ha hecho extensivo al ámbito civil –aunque, esta vez sí, para hechos realizados en el ejercicio de sus cargos– en el caso de los parlamentarios, miem-

²⁸ Puede consultarse aquí la propuesta de reforma de la Constitución planteada: http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/documents/2018/refc20181130e_1.pdf; y también el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1/2018 acerca de la misma: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Informe%20Consejo%20de%20Estado>. PDF (última consulta el 30 de enero de 2019). Asimismo, conviene destacar que el Anteproyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (2014) mencionado anteriormente, también trataba de ceñir el aforamiento «a hechos realizados en el ejercicio de su condición o cargo» (arts. 88-89).

²⁹ Entre otras, véanse las SSTS 1245/2000, de 5 de noviembre; 380/2001, de 4 de abril; 8598/2001, de 5 de noviembre. Véase al respecto también CUBILLO LÓPEZ, 2015, 145-147.

³⁰ A este respecto, merece la pena subrayar que el Anteproyecto de Ley de reforma de la LOPJ (2014) si bien trataba de vincular el fuero a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo en todos los supuestos, también preveía expresamente que se mantuviese «aun cuando no se ostentare ya tal condición o se hubiere cesado en dicho cargo» (arts. 88 y 89). Consúltese aquí: http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_aspx?crypt=xh%8.%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjr o%86ok%A3%91 Esta extensión de la prerrogativa fue, sin embargo, ampliamente criticada por el CGPJ en su Informe al citado Anteproyecto (p.167), disponible aquí: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Poder-Judicial> (última consulta 30 de enero de 2019).

bros del Gobierno y el resto de las altas instituciones del Estado del art. 57.1.2.º LOPJ (art. 56.2 y 3 LOPJ), de los Magistrados de las Audiencias Provinciales (art. 73.2 LOPJ), de la Familia Real (art. 55 *bis* LOPJ)³¹ y de algunos parlamentarios autonómicos y miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas³². Esta extensión es ciertamente cuestionable pues la Constitución solo establece el fuero jurisdiccional penal (arts. 71.2 y 102.2 CE) –para parlamentarios y miembros del Gobierno– (Martínez Alarcón, 2015, 439). Conviene recordar que, al hilo de la extensión de la inmunidad parlamentaria al ámbito civil, el Tribunal Constitucional consideró que aquello apuntalaba una «exorbitante prerrogativa»³³ dado que «al carecer de consagración constitucional, solamente podría introducirse a través de una especie de vía analógica que no consiente la interpretación estricta que merecen todas las prerrogativas»³⁴ y que, en todo caso, carecía de fundamento dado que no afectaba a la privación de libertad del parlamentario. No sería descabellado apuntar que la misma *vis extensiva*, contraria a ese espíritu restrictivo³⁵, se aprecia en el caso del fuero civil. Asimismo, dicha ampliación, además de desbordar claramente los márgenes constitucionales –pues si resulta una extralimitación para los sujetos aforados constitucionalmente, *a fortiori* para los que disfrutaban de la prerrogativa por disposición legal– tampoco parece albergar demasiada justificación, pues no acierta a comprenderse de qué manera un procedimiento en materia civil conocido por el juez natural puede poner en tela de juicio la independencia de éste y la del sujeto encausado.

5. LA EROSIÓN DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA PENAL

El fuero jurisdiccional, tal y como se ha expuesto, no conculca únicamente la igualdad en términos procesales, sino que, en el caso del fuero ante el Tribunal

³¹ El fuero penal solo opera para los jueces, fiscales (art.73.3 LOPJ), Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 8 LOFCSE), los adjuntos del Defensor del Pueblo (art. 2.3 LODP) –éste ostenta fuero civil según el art.56.2 LOPJ- y los Defensores del Pueblo autonómicos y sus adjuntos (art. 1.1 y 3 LDPCA)

³² En algunas Comunidades Autónomas, el fuero jurisdiccional civil está previsto sólo para los miembros del Ejecutivo autonómico, como en Andalucía (art. 122.2 y 118.5), Asturias (art. 35.bis.2), Castilla- La Mancha (art. 17.2), Madrid (art. 25.2) y Extremadura (art. 35.2 c). En otras, como en la Comunidad Valenciana, el aforamiento civil se extiende también a los parlamentarios (art. 23.3 y 31). Sin embargo, esta extensión del fuero jurisdiccional no se ha llevado a cabo en Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, La Rioja, Navarra, País Vasco y Murcia, donde se ciñe exclusivamente al ámbito penal.

³³ STC 9/1990, de 18 de enero de 1990 (FJ 5.º).

³⁴ SSTC 243/1988, de 19 de diciembre (FJ 4.º); 9/1990, de 18 de enero de 1990.

³⁵ La necesidad de interpretar con carácter restrictivo esta prerrogativa la ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, entre otras, en las SSTC 55/1990, de 28 de marzo (FJ 4.º); 68/2001, de 17 de marzo (FJ 2.º); 69/2001, de 17 de marzo (FJ 6.º).

Supremo, también lesiona el derecho a la doble instancia penal³⁶, incardinado en el derecho a un proceso con *todas* las garantías (art. 24.2 CE)³⁷ o en el derecho general a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)³⁸, debido a la conexión entre los arts. 24 CE y 10.2 CE, que abre la puerta a la interpretación del primero de acuerdo con el art. 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP)³⁹ y al art. 2.1 del Protocolo núm.7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH)⁴⁰. A pesar del carácter imperativo de este derecho en el orden penal, la jurisprudencia constitucional ha entendido, por un lado, que este derecho no crea por sí mismo recursos inexistentes⁴¹. Por otro –y en cierto modo de forma contradictoria– tras reconocer que el art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales en única instancia, ha entendido que la garantía jurisdiccional que supone el fuero disculpa la falta de un segundo grado de jurisdicción⁴².

Esta excepción, recogida en el art. 2.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH⁴³ ofrecería cobertura jurídica a la limitación de la doble instancia penal, aunque

³⁶ Este es el «derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado» (SSTC 16/2011, de 28 de febrero, FJ 3; 13/2014, de 30 de enero, FJ 2.º; 14/2014, de 30 de enero, FJ 2.º; 15/2014, de 30 de enero, FJ 2.º; 16/2014, de 30 de enero, FJ 2.º; 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 5.º, entre muchas otras). Fuera del orden penal, el Tribunal ha considerado que no existe el derecho a una doble instancia procesal, pues este es un derecho de configuración legal. No obstante, cuando un recurso ha sido reconocido por el legislador, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Entre otras, SSTC 116/1986, de 8 de octubre (FJ 3.º); 187/1989, de 13 de noviembre (FJ 2.º); 5/1988, de 21 de enero (FJ 2.º); 129/1990, de 16 de julio (FJ 1.º); 160/1993, de 17 de mayo (FJ 2.º); 342/1993, de 22 de noviembre (FJ 2.º); 376/1993, de 20 de diciembre (FJ 2.º); 89/1995, de 6 de junio (FJ 4.º); 169/1996, de 29 de octubre (FJ 2.º); 129/2012, de 18 de junio (FJ 2.º); 130/2012, de 18 de junio (FJ 2.º).

³⁷ SSTC 42/1982, de 5 de junio (FJ 3.º); 76/1982, de 14 de diciembre (FJ 5.º); 60/1985, de 6 de mayo, (FJ 2.º); 140/1985, de 21 de octubre (FJ 2.º); 30/1986, de 20 de febrero (FJ 2.º); 190/1994, de 20 de junio (FJ 2.º); 185/1998, de 28 de septiembre (FJ 3.º); 66/2001, de 17 de marzo (FJ 4.º); 65/2001, de 17 de marzo (FJ 4.º); 64/2001, de 17 de marzo (FJ 5.º).

³⁸ Entre otras, SSTC 170/1997, de 14 de octubre (FJ 4.º); 190/1994, de 20 de junio (FJ 2.º); 133/2000, de 16 de mayo (FJ 5.º); 136/1999, de 20 de julio (FJ 10.º); 120/1999, de 28 de junio (FJ 2.º).

³⁹ «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

⁴⁰ «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley».

⁴¹ SSTC 42/1982, de 5 de julio (FJ 3.º); 51/1985, de 10 de abril (FJ 3.º); 30/1986, de 20 de febrero (FJ 2.º); 37/1988, de 3 de marzo (FJ 5.º); 120/1999, de 28 de junio (FJ 2.º).

⁴² SSTC 51/1985, de 10 de abril (FJ 3.º); 33/1989, de 13 de febrero (FJ 4.º); 120/1999, de 28 de junio (FJ 2.º); 126/1999, de 20 de julio (FJ 11.º). Una crítica a la jurisprudencia constitucional sobre fuero jurisdiccional y doble instancia puede encontrarse en SÁINZ ARNÁIZ, 2001, 71 y ss.

⁴³ «Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano

aquél no había sido ratificado por España cuando el Tribunal Constitucional se pronunció. Aún así, España sigue vinculada por el art. 14.5 PIDCP que no prevé excepciones y al que tampoco hemos formulado reservas⁴⁴. Conforme al principio *favor actionis*, recogido en el art. 53 CEDH y en la propia jurisprudencia constitucional, que ha entendido que «deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género [ante un Tribunal superior] todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento», no resulta tan clara la adecuación del aforamiento a los estándares internacionales.

Al margen de esta cuestión, no deja de causar cierto desasosiego que el Alto Tribunal justifique esa prerrogativa, no en base a su funcionalidad democrática, sino a los efectos nocivos que provoca en la tutela judicial efectiva de sus titulares⁴⁵. En otras palabras: no es un «privilegio» porque causa un «perjuicio» y, entonces, es «aceptable». Parece que el sistema, consciente de que ha creado un mecanismo en buena medida disfuncional o al menos innecesario en un Estado democrático de Derecho, trata de justificar tal anomalía –conculcación de la igualdad procesal– apuntado a otra –derogación de la doble instancia penal–, lo que contribuye a poner de relieve el carácter pernicioso de este instrumento. La lesión que el fuero inflige al sistema democrático no deja de ser tal porque restringe, en ciertos supuestos, los derechos procesales de sus beneficiarios, pues esto no hace otra cosa sino reforzar su perversidad.

El carácter parasitario de la institución se pone aún más de manifiesto cuando se advierte que el aforamiento también limita el derecho al juez preterminado por la ley y a la doble instancia penal de los sujetos que compartan causa con los aforados⁴⁶ –cuestión que fue avalada, por cierto, por el Alto Tribunal⁴⁷– debido a la *vis atractiva* que ostenta el fuero especial (art. 17.1

jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución».

⁴⁴ No obstante, el Tribunal quiso ver, en la existencia de reservas formuladas por otros países, razones para justificar la limitación española del derecho en juego. Véase la crítica realizada a este respecto por el Voto Particular del Magistrado Vives Antón a la STC 66/2001, de 17 de marzo.

⁴⁵ El propio Tribunal Constitucional ha sostenido que el seguimiento de una distinta tramitación procesal de las causas contra Diputados y Senadores, «no se configura con ventajas especiales, ya que en este proceso es viable, excepcionalmente, la inexistencia de un segundo grado jurisdiccional» (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6.º) y que «el privilegio del fuero, que es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia» (STC 166/1993, de 20 de mayo, FJ 3.º). En términos similares se expresa asimismo el ATC 1309/1988, de 12 de diciembre.

⁴⁶ De «perturbadora consecuencia» ha calificado el CGPJ -en el Informe ya citado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (2014)- la limitación del acceso a los recursos que el aforamiento provoca sobre personas no aforadas. Críticos asimismo con esta restricción se muestran, entre otros, FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, 2000, 149-152; QUINTERO OLIVARES, JARIA I MANZANO, 2015, 169-170.

⁴⁷ El Tribunal declaró expresamente la constitucionalidad de esta restricción considerándola proporcionada al fin que persigue el fuero y a las exigencias de una buena administración de justicia (SSTC 64/2001, de 17 de marzo, FJ 5.º; 65/2001, de 17 de marzo, FJ 4.º; 66/2001, de 17 de marzo, FJ 4.º).

y 272 LECrim)⁴⁸. La consecuencia es que el fuero, y todas sus consecuencias jurídico-procesales, acaban aplicándose a sujetos que no desempeñan ningún cargo público, cuya protección es la justificación inicial de la prerrogativa. No obstante, el Tribunal Supremo, consciente de las lesiones que la conexidad produce no sólo sobre el sistema de recursos sino también, y especialmente, sobre el derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2), ha tratado de limitar el fuero a los sujetos, extendiéndolo solo a los no aforados en casos de «conexidad material inescindible»⁴⁹.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN MECANISMO INNECESARIO

El análisis llevado a cabo permite concluir que el fuero jurisdiccional en el ordenamiento jurídico español es un mecanismo jurídico-procesal con un régimen jurídico exorbitante y, en sí mismo, democráticamente innecesario. Configurado como un instrumento que trata de proteger la independencia judicial y, en consecuencia, las concretas funciones públicas de los sujetos aforados, atribuyendo a un tribunal jerárquicamente superior el conocimiento de determinadas causas en las que resultan implicados ciertos cargos públicos,

⁴⁸ Conviene poner de manifiesto que el TEDH ha considerado que el enjuiciamiento de las causas penales de ciertos sujetos por un órgano jurisdiccional distinto al natural u ordinario, por razones de conexidad procesal, debe estar expresamente previsto en la ley para no constituir una violación del derecho al tribunal establecido por la ley (art. 6 CEDH). Véase SSTEDH *Cöeme et autres c. Belgique*, de 22 de junio de 2000; *Claes et autres c. Belgique*, de 2 de junio de 2005.

⁴⁹ AATS 8514/2009, de 23 de junio (FJ 7.º); 11520/2012, de 31 de octubre (FJ 2.º); 7787/2013, de 25 de julio (FJ 2.º); 8248/2014, de 13 de noviembre (FJ 5.º); ATS 4809/2015, de 24 de junio (FJ 5.º); 5688/2012, de 21 de mayo (FJ 4.º); 6775/2015, de 9 de septiembre (FJ 4.º); 2209/2016, de 25 de febrero (FJ 2.º); 702/2017, de 26 de enero (FJ 3.º); 7802/2017, de 7 de julio (FJ 3.º); 5929/2018, de 31 de mayo (FJ 1.º), entre muchos otros. Esta restricción se agudizó aún más tras la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales pues no solo exige, para que exista un solo proceso, que los hechos revistan la apariencia de delitos conexos -como lo hacía el anterior art. 300 LECrim- sino que además se requiere que el órgano judicial aprecie que «la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes», en cuyo caso se procederá a la acumulación procesal, «salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso». Así lo ha subrayado en varias ocasiones el Tribunal Supremo (AATS 702/2017, de 26 de enero, FJ 3.º; 7802/2017, de 7 de julio, FJ 3.º). Esta restricción a la hora de interpretar la conexidad no ha venido únicamente propiciada por la conveniencia de respetar el derecho al juez predeterminado por la ley sino también por la necesidad de aligerar el trabajo judicial en el caso de los llamados macroprocesos. A partir de la STS 6695/2013, de 30 de diciembre (FJ 12.º) -reflejándose luego en AATS 8248/2014, de 13 de noviembre (FJ 5.º); 6775/2015, de 9 de septiembre (FJ 3.º)- el Tribunal Supremo ha ido poniendo de manifiesto que las pretendidas ventajas de esa acumulación son, en realidad, mucho menores que los privilegios que conllevan teniendo en cuenta las dilaciones procesales, el debilitamiento de la intermediación, etc.; inconvenientes que ahora, el art.17 LECrim parece tomar en consideración para no declarar la acumulación procesal.

dado que –tal y como se esgrime– aquéllos son menos susceptibles de recibir presiones y, por lo tanto, más independientes y neutrales en el ejercicio de su función jurisdiccional, es un argumento que el sistema democrático no puede admitir sin ponerse el mismo en tela de juicio. Ni la independencia judicial depende del nivel jurisdiccional, sino de la sumisión única y exclusiva al imperio de la ley; ni los únicos que, aceptando esa lógica, merecen enjuiciamientos sujetos a Derecho son los sujetos aforados, sino el conjunto de los ciudadanos. Siendo esta la crítica basal de la institución resulta asimismo muy cuestionable, en primer lugar, la inmensa nómina de sujetos aforados, que no encuentra parangón en el Derecho Comparado de nuestro entorno. En segundo lugar, su régimen jurídico posee un carácter expansivo injustificado, dado que se aplica a los delitos cometidos por el cargo público en cuestión, estén o no conectados con el ejercicio de éste y, en otras ocasiones, también resulta aplicable a la vía civil. En tercer lugar, esta pretendida garantía erosiona de manera inevitable el derecho a la doble instancia penal, restringiendo de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos aforados y, por conexión, de aquellos otros que no siéndolo compartan causa con éstos.

En definitiva, parece que la buena salud de nuestra democracia, en general, y de nuestro sistema jurisdiccional, en particular, no depende de la existencia del fuero jurisdiccional, sino que más bien pasaría, en parte, por su supresión –algo que exige reforma, esencialmente, de la LOPJ, los Estatutos de Autonomía y sólo de la Constitución para parlamentarios y miembros del Gobierno– o, de no ser posible, su limitación a casos estrictamente puntuales como lo han hecho algunos ordenamientos del entorno. Nuestro sistema constitucional, después de cuarenta años, parece suficientemente maduro como para confiar en la solidez y solvencia de su judicatura natural.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J. (1988), *Derecho procesal, T. II. Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALZAGA VILLAMIL, O. (2016), *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. 2.ª Ed. Madrid, Marcial Pons.
- CUBILLO LÓPEZ, I. J. (2015), «La determinación del órgano competente en el orden penal: algunos problemas pendientes», en CHOZAS ALONSO, J. M. (Coord.): *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Madrid: Dykinson.
- DE OTTO, I. (1989): *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2000), *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica.

- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. (2000), *El juez natural de los parlamentarios*. Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. (1989), «Artículo 71», en Alzaga Villamil, O.: *Comentarios a las leyes políticas*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- GARCÍA MAHAMUT, R. (2000), *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2000), «Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del S. XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38.
- (2009), «Sobre aforamientos y principio de igualdad». *Revista de Derecho Procesal*.
- GÓMEZ COLOMER, J. L.; Esparza Leibar, I. (2009), *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ AGUIAR, J. F. (2000), «Encuesta sobre determinados status privilegiados por la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm.5.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (2015), «El aforamiento de los cargos públicos: Derecho español y Derecho Comparado». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35.
- MARTÍNEZ ELIPE, L. (2000), «Prerrogativas parlamentarias». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5.
- MONTERO AROCA, J. (1995), «Los privilegios en el proceso penal». *Poder Judicial*, núm. 39.
- OBREGÓN GARCÍA, A. (1996), *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- PIZZORUSSO, A. (1984): «Las inmunidades parlamentarias: un enfoque comparatista». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2.
- PRESNO LINERA, M. (2014), «Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas para revitalizarlo», en Pinelli, C., Presno Linera, M.: *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- QUINTERO OLIVARES, G.; JARIA I MANZANO, J. (2015), *Derecho Penal Constitucional*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- SÁINZ ARNÁIZ, A. (2001), «Aforamiento y doble grado de jurisdicción». *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5.
- SANTOLALLA LÓPEZ, F. (2018): «Artículo 71», en RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M. E: *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*. Tomo II. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

RECENTI EVOLUZIONI DELLE FUNZIONI NON LEGISLATIVE DEL PARLAMENTO ITALIANO: IL CASE STUDY DELLA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DEI POTERI PARLAMENTARI DI ELEZIONE E DI NOMINA

PIERO GAMBALE
Luiss Guido Carli Roma

SOMMARIO: 1. Il contesto: una rinnovata centralità delle funzioni non legislative dei Parlamenti nazionali, segnatamente di quella di controllo, e i possibili fattori esplicativi. 2. Il *parliamentary appointing power*: brevi cenni sulle sue origini storiche, sulle fonti di disciplina e sui soggetti titolari della prerogativa. 2.1 Quando il Parlamento italiano individua direttamente (elezione o nomina) la carica pubblica: i profili evolutivi e i tentativi di procedimentalizzazione nella recente prassi. 3. Qualche considerazione conclusiva sul possibile ruolo della Camera Alta nella riconfigurazione delle funzioni non legislative, anche alla luce della recente bocciatura della riforma costituzionale. 4. Riferimenti bibliografici.

1. IL CONTESTO: UNA RINNOVATA CENTRALITÀ DELLE FUNZIONI NON LEGISLATIVE DEI PARLAMENTI NAZIONALI, SEGNOTAMENTE DI QUELLA DI CONTROLLO, E I POSSIBILI FATTORI ESPLICATIVI

Tra le evoluzioni che investono più di recente i moderni Parlamenti sembra evidenziarsi una rinnovata centralità delle funzioni c.d. non legislative, nel tentativo di addivenire ad una loro più puntuale definizione «in positivo»¹. Se si guarda al passato, può forse parlarsi di una sorta di «ritorno alle origini» per i parlamenti nazionali, dal momento che, con particolare riferimento alla genesi della forma di governo parlamentare, W. Bagshot, nella sua tradizionale classificazione, già evidenziava una evidente «marginalità» della stessa funzione legislativa, considerata soltanto una (e non la prima) tra le cinque². Il tema delle funzioni «altre» dei moderni Parlamenti è poi indubbiamente un versante che consente di approfondire meglio quel crescente «*dialogue amongst parliaments*», per citare una pubblicazione di qualche anno fa: in tale ottica, è sicuramente interessante l'esame di esperienze di altri ordinamenti, nelle quali la forma di governo è diversa da quella parlamentare ed il ruolo della Seconda Camera è quasi sempre ricostruibile proprio non facendo riferimento esclusivo alla funzione legislativa³.

Quali ragioni possono porsi, ai giorni nostri, alla base di questa necessità di «riscoprire», valorizzandole, le funzioni non legislative del Parlamento, *in primis*, come si vedrà, quella del controllo parlamentare? Con ogni probabilità, tale esigenza discende dal fatto che la decisione sulla legislazione non è più da tempo «monopolio» del Parlamento, avendo progressivamente lasciato il campo a nuove configurazioni delle funzioni parlamentari.

In effetti, la situazione sembra ad oggi in significativo mutamento per una serie di fattori: in primo luogo, sul piano sovranazionale, l'evoluzione istituzionale dell'Unione europea, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sembra confermare il *trend* di una trasformazione/innovazione dei caratteri di alcune funzioni proprie dei Parlamenti nazionali⁴, anche per adattare queste ultime al perseguimento di nuovi obiettivi che il quadro comunitario ha indi-

¹ STAIANO, 2009, 6 e ss. Più di recente, GRIGLIO, 2017, 105 e ss. e GIANNITI, LUPO, 2018, 176 e ss.

² Lo evidenzia, con particolare riferimento alla c.d. *expressive function*, TORRE, 2009, 271 e ss.

³ LUPO, SCAFFARDI, 2014.

⁴ Sul punto, per un ampio ed esaustivo inquadramento del ruolo e delle funzioni dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea, con una rassegna aggiornata fino al 2012, v. su tutti, OLIVETTI, 2012, 485 e ss.

cato, quali il controllo in materia di finanza pubblica e quello sul riparto di competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri⁵, ma anche per dare corso a nuove forme di produzione legislativa comunitaria, come l'iniziativa legislativa dei cittadini europei⁶. Con un bilancio in chiaroscuro, se, come è stato efficacemente notato, «i canali definiti a Lisbona per favorire un rapporto diretto fra Parlamenti nazionali e le istituzioni dell'Unione sono apparsi più esaltare il ruolo dei Parlamenti nazionali come guardiani delle competenze nazionali che come fattori di propulsione dell'integrazione europea»⁷.

In secondo luogo, la necessità di riequilibrare i riflessi istituzionali derivanti dall'introduzione di sistemi elettorali maggioritari o proporzionali con effetti maggioritari (in particolare ciò vale per l'Italia, ma si pensi anche alle riforme costituzionali in Francia) comporta una costante esigenza di riconfigurare i contorni delle funzioni non legislative dei parlamenti nazionali. Al rafforzamento del ruolo degli esecutivi che ne è derivato, si è, per la verità senza grande successo, se si pensa all'Italia, tentato di contrapporre il c.d. statuto delle opposizioni, un complesso di attribuzioni, prevalentemente ruotanti intorno all'esercizio di funzioni parlamentari «altre», in primo luogo quelle di controllo.

Nuove funzioni di controllo da parte dei parlamenti nazionali paiono dunque delinearci e si tratta di un processo che è in divenire e del quale possono essere colte soltanto alcune tendenze, essendosi in presenza, come è stato efficacemente detto, di un processo «a due direzioni»: da un lato, si tenta di «trapiantare» moduli del controllo parlamentare dal livello nazionale a quello europeo, dall'altro, la stessa architettura istituzionale dell'Unione europea «retroagisce», in qualche modo, mostrandosi refrattaria agli schemi classici del controllo parlamentare⁸.

Sicuramente può dirsi che si assiste ad un ampliamento degli oggetti e dei parametri nell'esercizio di funzioni non legislative già esistenti, come quelle di indirizzo e di controllo⁹; in secondo luogo, si registra, come detto, la creazione di nuove funzioni in capo alle assemblee parlamentari nazionali, rispetto alle

⁵ V. sul punto, MANZELLA, LUPO, 2014.

⁶ Sul punto, v. interventi di A. MANZELLA, *La democraticità del processo legislativo UE* e N. LUPO, *L'iniziativa legislativa nel sistema istituzionale dell'Unione ed il ruolo dei parlamenti nazionali*, al convegno *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, 18 marzo 2015.

⁷ Così RIZZONI, 2018, 289.

⁸ In questi termini, GRIGLIO, 2018, 209 e ss.

⁹ In questo senso cfr. LUPO, 2015. V. in particolare, SICLARI, 2008, 339 e ss.

quali decisiva appare l'influenza del diritto comunitario, come quelle legate alla evoluzione della *governance* economica dell'Unione europea¹⁰.

Vi è poi una ulteriore questione della quale occorre tenere conto, in linea generale, anche rispetto all'esercizio di funzioni non legislative delle assemblee rappresentative: i procedimenti decisionali tendono a diventare sempre più procedimenti a «partecipazione plurima» in ragione del crescente numero di soggetti istituzionali che vi sono coinvolti¹¹. In questo senso, può utilmente guardarsi al livello territoriale, sia regionale che locale, dove il tentativo di creare canali decisionali alternativi al *continuum* Presidente-maggioranza consiliare si è tradotto in una pratica di modelli in parte fortemente innovativi¹². Tuttavia, ciò non significa necessariamente che gli apporti dei soggetti coinvolti nei procedimenti decisionali siano sufficienti a garantire una reale apertura dei procedimenti ad interessi diversi rispetto a quelli dei rappresentanti istituzionali. Anzi, tale apertura non scongiura il rischio che alla fine il procedimento si chiuda in poche ed asimmetriche sedi, finendo per ridurre ulteriormente, come è stato giustamente detto a proposito dei Parlamenti nazionali, lo stesso «policentrismo parlamentare»¹³.

Ecco allora che, con ogni probabilità, il tentativo di realizzare una nuova *actio finum regundorum* delle funzioni «altre» delle assemblee parlamentari finisce per riproporre l'attualità delle analisi di una parte della dottrina costituzionalistica, che individuava il *proprium* delle assemblee parlamentari nell'essere sede di incontro e di comunicazione dei soggetti istituzionali e sociali, ovvero nel «processualizzare» gli interessi sociali¹⁴.

Ciò, come già evidenziava Elia, tale visione finisce per avere ricadute ben più ampie proprio sulle funzioni diverse da quella legislativa¹⁵ che devono dunque essere esaminate attentamente perché, con ogni probabilità, proprio attraverso di esse, perso il controllo prevalente sui meccanismi della decisione

¹⁰ In questo senso, sottolinea come «dal processo di verticalizzazione delle decisioni imposto dalla Grande Crisi, i parlamenti nazionali debbano ritrovare un ruolo attivo in quattro direzioni («dialogo politico», «dialogo economico», cooperazione interparlamentare con il Parlamento europeo, «guardiani» del principio di sussidiarietà), MANZELLA, 2014, 72 e ss.

¹¹ Sul punto, v. ALLEGRETTI, 2009, 1675. Sul punto, DE MARTIN & BOLOGNINO, 2010.

¹² Sul piano dell'attuazione regionale e locale degli strumenti di «democrazia partecipativa», cfr. VALASTRO, 2009, 92 ss., diffusamente DE SANTIS, 2013, spec. 197 e ss. e nonché da ultimo CARRER, 2014. Sull'apertura dei procedimenti decisionali regionali, v. TARLI BARBIERI, 2010; BIFULCO, 2012, 510; GIANFRANCESCO, 2012, 494-495, nonché, volendo, GAMBALE, 2012, 615 e ss.

¹³ Lo segnala RIVOSECCHI, 2012.

¹⁴ V. PREDIERI, 1975, 276.

¹⁵ V. JÖRG, 2009, 1047-1075.

legislativa, il Parlamento possa passare «dall'autorità della legge all'autorevolezza delle Assemblies»¹⁶.

2. IL PARLIAMENTARY APPOINTING POWER: BREVI CENNI DI INQUADRAMENTO SULLE SUE ORIGINI STORICHE, SULLE FONTI DI DISCIPLINA E SUI SOGGETTI TITOLARI DELLA PREROGATIVA

Alla luce delle considerazioni che si sono svolte nel paragrafo introduttivo, nel quale si è evidenziato come alcune importanti funzioni non legislative delle assemblee parlamentari siano legate storicamente alle origini stesse di queste ultime, non sorprende l'importanza che il coinvolgimento delle assemblee parlamentari nei procedimenti di designazione a quelle che, in via di prima approssimazione possiamo definire, cariche pubbliche ha avuto, affermandosi proprio in un contesto diverso da quello della forma di governo parlamentare, vale a dire negli Stati Uniti d'America.

In tale ambito, il c.d. *parliamentary appointing power* venne considerato, nelle parole di J. Madison nel *The Federalist*, una sorta di «passaggio obbligato» sul tema delle nomine, rappresentando, sia in caso di spostamento totale della nomina dall'area dell'esecutivo a quella parlamentare sia nel caso della procedura di «parere e consenso» parlamentare, un momento di maggiore trasparenza, evitando i rischi delle lottizzazioni e, nel secondo caso, addirittura innescando una sorta di «controllo sociale», in ragione del raccordo che l'organo parlamentare svolge tra esecutivo e collettività.

Se dunque le origini storiche mostrano come questa funzione dei parlamenti si affermi in una logica di *divided government* tipica dei regimi presidenziali o semipresidenziali, cosa succede quando, come nel caso italiano, tale coinvolgimento nelle procedure di designazione avviene nell'ambito della forma di governo parlamentare?

In primo luogo, occorre procedere ad una prima netta distinzione tra: 1) elezioni o nomine di membri di collegi per le quali la Costituzione o le leggi ne attribuiscono la competenza diretta alle Camere (e che possono chiamare in causa articolazioni delle Camere diverse dal *plenum*, come la Presidenza d'Assemblea o le singole Commissioni parlamentari) e 2) procedimenti di designazione a carattere non elettivo, ad esempio, come quelli concernenti le nomine la cui titolarità spetti ad altri soggetti (*in primis*, il Governo). Nel primo caso si pensi ai procedimenti di composizione di altri organi costituzionali, quali le

¹⁶ Cfr. PACINI, 2015, 9-32.

Corti costituzionali, o a rilevanza costituzionale, quali gli organi di autogoverno della magistratura; si pensi ancora alle nomine di componenti delle *Authorities* o di altri organi che svolgono controlli sui contributi pubblici a partiti politici e gruppi parlamentari e che richiedono che il Parlamento individui, sotto forma di votazioni elettive, una quota dei componenti di tali organi¹⁷; nel secondo a quelli di nomina delle più alte cariche di enti e amministrazioni diverse dai dicasteri.

Come si può facilmente intuire, si tratta di competenze e procedimenti la cui disciplina è articolata anche su più livelli, sul piano delle fonti, spesso ad «intarsio» tra loro: si va, ad esempio guardando al caso italiano, dal piano costituzionale – come nel caso dell’elezione dei componenti degli organi costituzionali o a rilevanza costituzionale (Corte costituzionale, CSM) – a quello della legislazione ordinaria sia di attuazione del dettato costituzionale, come accade con la legge n. 243 del 2013 (dove si prevede la nomina dei componenti dell’Ufficio Parlamentare del Bilancio), sia semplicemente ordinaria, come accade per le previsioni che disciplinano, nell’ambito delle cosiddette legislazioni elettorali di «contorno», gli organi deputati alla verifica sul congruo utilizzo di risorse pubbliche nella fase della campagna elettorale e in quella di controllo sulle risorse destinate a partiti politici e gruppi parlamentari (si pensi, da ultimo, alla legge n. 96 del 2012 che istituisce una Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici). A tali fonti si aggiungano poi quelle dei regolamenti parlamentari che predispongono, in taluni casi nel dettaglio, le fasi procedurali dell’intervento parlamentare ma che più spesso codificano le soluzioni e le prassi che si formano sul punto. Infine, non bisogna dimenticare anche l’esistenza di una sorta di *soft law*, costituita da atti di indirizzo, quali mozioni e risoluzioni approvate dal Parlamento, sulla base delle quali vengono adottate direttive ministeriali. Anche sul piano degli organi che, all’interno del «policentrismo parlamentare», sono coinvolti nell’esercizio di tali prerogative, si assiste ad una pluralità di soluzioni: come si è detto in precedenza, in alcuni casi, ad essere chiamate in causa sono le commissioni parlamentari, in altri il *plenum* dell’Assemblea, in altri ancora il Presidente dell’Assemblea.

Si intende qui focalizzare l’attenzione maggiormente sul primo ambito (quello nel quale il Parlamento elegge o designa direttamente i diversi soggetti) piuttosto che sul secondo ambito (quello delle nomine adottate da altri soggetti), dove tuttavia si segnala, almeno nel caso italiano, se non proprio l’emergere di una funzione di indirizzo-controllo del Parlamento sull’attività del

¹⁷ Cfr. Aa. Vv., 2005, 25.

Governo, quantomeno l'esigenza che l'attività che si traduce nell'espressione di un parere sulla nomina tenga conto dell'osservanza dei requisiti previsti dalla legge per la nomina¹⁸.

2.1 Quando il Parlamento italiano individua direttamente (elezione o nomina) la carica pubblica: i profili evolutivi e i tentativi di procedimentalizzazione nella recente prassi

Nei meccanismi di individuazione diretta (elezioni o nomina) si è espresso, nel corso del tempo, un diverso grado di incidenza del Parlamento ed è dunque ricavabile da essi un diverso insieme di *rationes*¹⁹; ciò evidenzia come, al di là della astratta previsione normativa, il modello dell'investitura (elezioni o nomina) possa essere condizionato da una serie di variabili istituzionali, anche collegate alla forma di Stato²⁰.

Nello specifico, i meccanismi impiegati per la designazione (non soltanto delle Autorità amministrative indipendenti)²¹ nel loro concreto operare, hanno risentito in Italia dell'evoluzione dei rapporti tra Governo e Parlamento e, in particolare, dell'introduzione di un sistema elettorale proporzionale: ciò ha fatto in modo che il profilo garantistico delle procedure operasse esclusivamente nei riguardi delle forze politiche²².

Successivamente, soprattutto a partire dal coinvolgimento del Parlamento nelle procedure di designazione di alcune Autorità amministrative indipendenti (segnatamente quelle della c.d. «seconda generazione») si è inteso dislocare sempre più la potestà di nomina dall'alveo governativo alla sede parlamentare, così rispondendo all'esigenza di individuare, come è stato detto, un *pouvoir neutre* rispetto all'organo titolare della funzione di indirizzo politico (il Governo), esigenza che trovava soddisfazione nell'attribuzione ai Presidenti d'Assemblea di una funzione di garanzia.

E' evidente che per le procedure di nomina nelle quali l'intervento del Parlamento è esclusivo, si sono registrate, con l'avvento della dinamica maggiorita-

¹⁸ V. LABRIOLA, 1980, 549; Criticamente A. BALDASSARRE, 1978, 71 ss. Sul punto, cfr. MANETTI, 1991, 389 e da ultimo SANTORO, 2013, 599-720.

¹⁹ V. PINELLI, 1997, 217.

²⁰ Come evidenza per l'Italia, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, GRASSO, 2006, 357.

²¹ Secondo quanto, con riferimento all'elezione dei giudici costituzionali, dei membri laici del Consiglio superiore della Magistratura e delle stesse Presidenze d'Assemblea, sottolinea, G. U. RESCIGNO (1994, 15-16, 22).

²² Sul punto, cfr. GRASSO, 2006, 112-113.

ria della forma di governo, una serie di criticità²³, legate al venir meno di alcune convenzioni costituzionali che avevano una diretta influenza sulle modalità parlamentari di nomina delle *Authorities*, tra le quali quella di affidare la presidenza di un'Assemblea al principale partito d'opposizione. Ciò ha conseguentemente attenuato il carattere garantistico e di sintesi politica presente nell'atto congiunto di nomina dei componenti delle *Autorithies* da parte dei Presidenti d'Assemblea, che ha così progressivamente perduto la logica di «alta investitura», mostrando che non esiste una correlazione necessaria tra nomina parlamentare e maggiore indipendenza delle Autorità amministrative indipendenti²⁴.

Non meraviglia quindi che sia cominciato un processo di razionalizzazione nell'esercizio di tali prerogative parlamentari, poste per definizione «a cavallo» tra le funzioni di controllo e quella di garanzia. Si tratta infatti di una delle «zone» dove l'area della politica e quella del diritto vengono necessariamente a contatto²⁵ e più stringente appare la necessità di definire, tenendo conto delle evoluzioni della politica, un adeguato sistema di garanzie procedurali, anche per evitare, come mostra proprio l'esperienza italiana, casi particolarmente problematici²⁶. Nel caso specifico poi della nomina dei componenti (compreso il Presidente) delle *Authorities*, il rafforzamento delle garanzie procedurali rappresenterebbe uno dei «contrappesi» alla naturale assenza di responsabilità politica in senso stretto delle Autorità» medesime²⁷.

In questa direzione, sembra muovere l'esperienza registratasi dapprima alla Camera dei deputati, dove la Presidenza ha assunto la decisione, in occasione di votazioni parlamentari riguardanti componenti delle *Authorities* (si trattava, nel caso di specie delle nomine a componenti del Garante per la protezione dei dati personali e di quelle all'AGCOM) di consentire la presentazione di candidature con annessi relativi *curricula*. Sulla scorta di tale decisione,

²³ Sul punto cfr. RIVOCCHI, 2005.

²⁴ GRASSO, 2006, 112-113.

²⁵ Sottolinea come l'influenza della forma di governo sia tra fattori che incidono sull'indipendenza delle autorità indipendenti, GRASSO, 2001, 120; rimarca come il «profilo genetico esprime, forse, il momento di maggior collegamento con la politica», Id., 2006, 36. Considera «l'impetuosa proliferazione» di autorità indipendenti degli anni Novanta una strategia messa a punto dal Parlamento per superare la propria crisi di legittimazione, arrivando ad attribuire loro un vero e proprio «mandato in bianco», LUCIANI, 2001, 437-438.

²⁶ Si fa riferimento in questo caso al seguito, anche «istituzionale», della elezione del Parlamento in seduta comune di un componente del Consiglio Superiore della Magistratura, Teresa Bene, priva dei requisiti previsti dalla Costituzione e quindi dichiarata, in sede di «verifica dei poteri» da parte del CSM, ineleggibile, v. sul punto, D. STASIO, 2014.

²⁷ Si veda in particolare il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti deliberata nella seduta del 2 febbraio 2010 dalla I Commissione Affari costituzionali, spec. pp. 24 ss. e pp. 38 ss.

è stata attivata una procedura «sperimentale», nel corso della quale sono stati vagliati i *curricula* dei candidati presentati da gruppi, singoli deputati e «società civile», in seno alla Conferenza dei presidenti di gruppo. Vagliate tali candidature, sono stati selezionati alcuni nominativi che sono stati successivamente sottoposti alla votazione dell'Assemblea. Sul piano procedurale, la vicenda ha avuto un seguito in seno alla Giunta per il regolamento, nel corso della seduta del 29 maggio 2012, durante la quale è stata rimarcata l'esigenza di definire un quadro procedurale ancora più articolato, che «garantisca maggiore trasparenza alle elezioni di componenti delle Autorità amministrative», sottolineando la necessità di «valorizzare il ruolo istruttorio delle Commissioni», così come accade per le proposte di nomina avanzate dal Governo (vedasi successivamente il parere della Giunta per il regolamento della Camera dei Deputati del 26 giugno 2013).

Di tale innovazione procedimentale, sperimentata in via di prassi, si è poi tentata una «codificazione» nel diritto parlamentare «scritto»: infatti, nelle proposte di riforma del regolamento della Camera dei deputati avanzate nel corso della XVII Legislatura, la disciplina fissata dall'art. 56-*bis* razionalizzava la prassi registratasi presso la Camera con riferimento ad elezioni di competenza di questo ramo del Parlamento (ma anche presso il Senato) rispetto alle quali erano emerse, in modo particolarmente evidente, forti esigenze di trasparenza e di accurato vaglio delle indicazioni nominative pervenute²⁸. La soluzione prospettata individuava nelle commissioni parlamentari permanenti competenti per materia le sedi nelle quali si svolge la fase istruttoria delle elezioni di competenza della Camera. Nel dettaglio, si individuavano le seguenti soluzioni:

A) *Modalità dell'istruttoria e tempistica*. Sette giorni prima dell'elezione, la Presidenza trasmette alla Commissione competente per materia le indicazioni nominative pervenute con annessi i *relativi curricula*. Vi è dunque un preliminare *screening* da parte della Presidenza che, se verrà confermata la prassi sino ad ora sperimentata, si incentrerà sull'attività dell'Ufficio di Presidenza, che dovrebbe limitarsi ad una mera certificazione dei requisiti stabiliti per l'elezione, dichiarando irricevibili quelli sprovvisti di tali requisiti.

B) *Forme di pubblicità e di attività conoscitiva*. Si prevede poi la pubblicazione sul sito *Internet* della Camera dei nominativi e dei relativi *curricula* (come già sperimentato in via di prassi in occasione delle elezioni dei componenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e del Garante per la pro-

²⁸ V. MONTEDORO, 2012.

tezione dei dati personali, svoltesi il 6 giugno 2012, e per l'elezione suppletiva di un membro dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni svoltasi il 14 novembre 2013), nonché la possibilità che la Commissione decida di procedere all'audizione di alcuni candidati. Tale previsione rientra nel più generale potenziamento dello strumento dell'audizione previsto dalle riforme in esame e, nel caso in esame, esso si configura anche quale strumento conoscitivo a disposizione dell'opposizione, potendovi ricorrere un quinto dei componenti della Commissione.

C) *Esito del procedimento istruttorio in Commissione e votazione in Assemblea.* Il lavoro istruttorio della Commissione parlamentare competente si conclude con una relazione nella quale viene dato conto dell'esame svolto in sede all'organo parlamentare, con particolare riferimento ai seguenti profili: l'idoneità a ricoprire la carica e l'assenza di cause di conflitti d'interessi. La relazione è poi trasmessa alla Presidenza della Camera entro i due giorni antecedenti lo svolgimento dell'elezione ed è pubblicata in allegato all'ordine del giorno della seduta.

Questo atipico lavoro istruttorio della Commissione competente per materia, pur restando piena la titolarità del potere di elezione in capo all'Assemblea costituita in seggio elettorale, avrebbe potuto in qualche modo interferire sui tempi di esercizio dello stesso, secondo quanto disponeva il comma 5 dell'articolo 56-*bis*, dove si prevedeva che la Commissione avrebbe potuto chiedere al Presidente della Camera, ove ciò si fosse reso necessario per concludere l'istruttoria, il rinvio dell'elezione per una sola volta e per non più di una settimana.

L'inedito ruolo referente/istruttorio che con la disposizione di riforma del regolamento della Camera si configurava presenta tuttora diversi profili di interesse pur sollevando, sotto il profilo costituzionale, qualche perplessità. Sotto il primo profilo, la riforma ipotizzata rappresentava il tentativo di applicare alle elezioni di componenti di collegi di competenza della Camera il modello di intervento parlamentare (e le sue più recenti evoluzioni) previsto per le nomine effettuate dal Governo, al fine di rendere maggiormente responsabili le forze politiche al momento della scelta e mettere i cittadini nelle condizioni di valutare tale scelta (v. da ultimo, sul punto, il parere adottato dalla Giunta per il regolamento della Camera nella seduta del 26 giugno 2013 già richiamato).

Sotto il secondo profilo, è chiaro che tale modello potrebbe essere forse più utile per le elezioni di componenti di organi, quali le *Authorities*, rispetto alle quali gli esiti di un'istruttoria tecnica sui candidati può rendere il voto dell'Assemblea più «informato» e, con ogni probabilità, avere anche un'incidenza in chiave deflattiva sui possibili contenziosi che possono instaurarsi da-

vanti agli organi della giurisdizione in ordine alla legittimità degli atti di nomina.

Diverso e più problematico appare il discorso per quanto riguarda le elezioni di competenza della Camera riguardanti altri organi costituzionali o a rilevanza costituzionale per le quali la stessa Carta costituzionale fissa i relativi requisiti, come accade per i giudici costituzionali o i componenti del Consiglio superiore della magistratura o, in estrema analisi, per lo stesso Presidente della Repubblica. Per tali elezioni, lo stesso legislatore costituzionale ha fissato sì alcuni requisiti ma, evidentemente, per la loro certificazione non si è mai sino ad ora posto il tema di un'approfondita attività istruttoria, forse nella consapevolezza che essa finiva in qualche modo per limitare o la piena discrezionalità politica dell'elezione (nel caso del Presidente della Repubblica) o la pienezza della prerogativa della c.d. «verifica dei poteri» (nel caso della Corte costituzionale o del Csm).

Ferme restando tali questioni, occorre sottolineare come, al momento in cui si chiude questo contributo, le due Presidenze delle Camere abbiano fissato, rispetto alle procedure di nomina dei vertici dell'Antitrust, ad esempio, come per altre nomine che la legge attribuisce ai Presidenti delle Camere (da ultimo v. quella per un componente del Consiglio della magistratura militare) la regola generale della predisposizione di un avviso di «sollecitazione pubblica», che, una volta pubblicato su *Internet*, consenta a chiunque ritenga di essere in possesso delle competenze e dei requisiti richiesti dalla legge di proporre la propria candidatura²⁹.

²⁹ Nel caso della Presidenza dell'Antitrust, i Presidenti della Camera, Fico, e del Senato, Casellati, hanno sottolineato l'importanza del metodo adottato definito «eccezionale» per giungere alla designazione, quale presidente dell'Antitrust, del magistrato ordinario Roberto Rustichelli. In particolare il Presidente della Camera dei deputati Fico ha testualmente affermato: «Abbiamo messo in campo una pratica pubblica che prima ad ora non era mai stata possibile. Si è partiti da un avviso pubblico poi ci sono stati trenta giorni per presentare i curricula e due mesi dopo sono stati visionati per fare una selezione e la scelta. «Alla fine – ha aggiunto - siamo arrivati a Rustichelli, che è un magistrato ordinario, con competenza specifica di Antitrust». Ricorda come siano pervenute in totale 112 candidature: 89% uomini, 11% donne, 51 avvocati, 21 magistrati, 42 professori universitari, 7 dipendenti pubblici, 3 imprenditori, 6 pensionati, 109 laureati». Anche la Presidente del Senato Casellati ha rimarcato come la procedura seguita abbia consentito di valutare, testualmente: « il requisito della terzietà, ricorrendo al parametro dell'indipendenza politica in relazione all'attività professionale che ciascun candidato ha svolto»; altri requisiti valutati sono stati la competenza tecnica nella materia specifica dell'antitrust e l'esperienza istituzionale di ciascun candidato. La Presidente Casellati ha precisato inoltre che la procedura ha consentito una comparazione dei singoli profili e l'oggettività dei criteri ha consentito di avviare e concludere questi lavori in un'assoluta sintonia».

3. QUALCHE CONSIDERAZIONE CONCLUSIVA SUL POSSIBILE RUOLO DELLA CAMERA ALTA NELLA RICONFIGURAZIONE DELLE FUNZIONI NON LEGISLATIVE, ANCHE ALLA LUCE DELLA RECENTE BOCCIATURA DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE

La riscrittura dei caratteri strutturali e funzionali del bicameralismo che si è tentata, senza successo, di realizzare nella scorsa Legislatura³⁰, comportava una necessaria rivisitazione del novero delle c.d. «funzioni non legislative dei due rami del Parlamento. «Disegnare un nuovo sistema di interlocuzione inter-istituzionale», che muova evidentemente intorno alla fondamentale scelta sulle modalità di elezione e composizione del nuovo Senato, e «rafforzare l'efficienza dei processi decisionali» attraverso la riscrittura di un procedimento legislativo nel quale la seconda Camera non abbia più poteri paritari di intervento rispetto alla Camera bassa, portava con sé l'inevitabile esigenza di ridisegnare anche il profilo delle c.d. funzioni non legislative, in particolare con riferimento alla Camera Alta e proprio nell'ottica di una auspicata azione di compensazione/riequilibrio rispetto alle nuove funzioni attribuite alla Camera Bassa³¹. Più in generale, la ridefinizione del ruolo della Seconda Camera chiamava in causa, proprio se guardiamo all'esperienza del diritto comparato, le maggiori e più delicate funzioni non legislative: si pensi, in questo senso, al Senato americano al quale tocca proprio un ruolo cruciale di condivisione di importanti funzioni presidenziali (*advice and consent* per le nomine dei funzionari dello Stato).

La «nuova» Seconda Camera sarebbe stata chiamata a svolgere un ruolo cruciale quale destinataria di funzioni «non legislative» la cui ampiezza e le cui relative modalità procedurali avrebbero determinato la stessa nuova struttura e le funzioni della Camera alta. Un profilo, quest'ultimo, che era maggiormente chiamato in causa nei ddl di riforma costituzionali presentati da alcuni senatori e non in quello del Governo (si veda Chiti (A. S. 1420 presentato da Chiti, spec. art. 13. «Funzioni di controllo») nei quali si faceva riferimento espressamente al Senato come elemento centrale di un «bicameralismo di garanzia» (non a caso definito, nel disegno di legge Chiti come «Senato delle Autonomie e delle Garanzie»).

Il provvedimento di riforma costituzionale sul bicameralismo presentato dal Governo individuava nello specifico la competenza del Senato sul piano del-

³⁰ Per una ricostruzione dettagliata delle vicende intervenute sino ad ora nel corso dell'iter procedurale di esame e approvazione della riforma costituzionale in corso, v. l'Osservatorio curato da Fabrizzi e Piccirilli in *Federalismi.it*.

³¹ Come auspicato dallo stesso Presidente del Senato Piero Grasso in intervento del 21/11/2013 «Il ruolo del Senato nelle trasformazioni del parlamentarismo, in *www. Amministrazioneincammino*. In questa ottica, v. le osservazioni di G. M. Salerno (2014).

le nomine quale possibile «laboratorio» per sperimentare la definizione di un *pouvoir neutre* di nomina, come accadeva nell'ambito del progetto di riforma della parte II della Costituzione predisposto dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali c.d. «D'Alema» (A. C. 3931, spec. articolo 109).

In questo senso, alcuni elementi presenti nella nuova composizione del Senato che si ipotizzava nel testo di riforma costituzionale bocciato dal referendum del 2016 – segnatamente la previsione di un numero, anche cospicuo di senatori di nomina presidenziale – e il non essere inserito nel circuito fiduciario, potrebbero ancora essere ritenuti utili, corredati da quell'apporto istruttorio da svolgersi prevedendo nei regolamenti parlamentari la possibilità di vere e proprie *hearings* dei candidati (cosa che ora avviene espressamente, v. il Senato), in modo da tenere in considerazione i pareri resi dai soggetti operanti nei settori da regolare.

Pertanto, sia dalla bocciata riforma costituzionale sia dalla mancata realizzazione di quella regolamentare avviata in particolar modo presso la Camera dei deputati, sono emersi elementi che vanno nella direzione di una razionalizzazione nell'esercizio di quell'*appointing power* che diviene negli ultimi decenni sempre più rilevante tra le funzioni parlamentari di carattere non legislativo.

In questo senso, si provava a riprendere, sul piano costituzionale, il tentativo di attribuire ad un solo ramo del Parlamento il potere in questione, unitamente al controllo sulle nomine effettuate dal Governo.

Pur rendendosi conto che la via della riforma costituzionale appare sul punto, nel momento in cui si scrive, non più percorribile, occorre dire che la procedura sperimentale seguita dalle Presidenze di Camera e Senato con riferimento in particolare alla nomina della Presidenza dell'Antitrust ha mostrato indubbiamente una maggiore «apertura» attraverso la fase di individuazione all'esterno dei potenziali candidati: cosa che ha sicuramente consentito di superare l'imbarazzo che alcuni episodi nel recente passato avevano suscitato (nel caso si trattava di organismi diversi dalle *Authorities*³²). La necessità di rendere sempre più trasparente la presentazione delle candidature degli aspiranti al vertice delle *Authorities*, effettuando audizioni dei candidati per valutarne l'adeguatezza è tanto più importante quanto maggiore è la competenza tecnica e specialistica e l'indipendenza che è richiesta ai vertici di tali strutture.

³² Come nel caso accaduto nel corso della seduta antimeridiana del Senato del 28 marzo 2012, durante la quale, al momento della votazione a scrutinio segreto per l'elezione di un componente laico del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, una senatrice chiede alla Presidenza di «chiarire identità, qualifica e competenze del signor A. M., il cui nominativo, alcuni minuti prima dell'inizio della seduta, Le è stato proposto per l'elezione, tramite sms, senza che sia stata presentata una lista precompilata di candidati o di *curricula*, da sottoporre al vaglio dei senatori, e senza far ricorso a pubbliche audizioni».

Una maggiore procedimentalizzazione della nomina, incentrata, secondo quanto si è andato affermando nelle pagine precedenti, anche sul ruolo istruttorio di organismi parlamentari paritetici, magari istituiti all'interno delle stesse commissioni consentirebbe con ogni probabilità una più agevole valutazione tecnica sui requisiti di professionalità.

Si tratta di profili la cui definizione può contribuire ad individuare le c.d. «nuove frontiere» del parlamentarismo, dando risposta a quell'attività estremamente attuale di ricerca di «nuovi confini» delle funzioni parlamentari, che non casualmente investe da ultimo in misura maggiore proprio le funzioni non legislative del Parlamento, per le ragioni che si sono ricordate nel paragrafo introduttivo³³. Così applicando in qualche modo il monito del pittore Edgard Degas – *Il faut être de notre temps* – alla indispensabile modernizzazione del ruolo e delle funzioni dei Parlamenti.

4. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV., (2005). *Diritto parlamentare*, Milano.

ALLEGRETTI, U. (2009). «Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione» in Brunelli, G., Pugiotto, A., Veronesi, P. (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 5 (1).

BALDASSARRE, A., (1978). «Il controllo sulle nomine negli enti pubblici tra le misure di indirizzo-controllo del parlamento» in AA. VV., *L'altro potere in economia. La questione delle nomine negli enti pubblici*, Bari, 71 ss.

BIFULCO, R., (2012). «L'«apertura» dei procedimenti legislativi regionali», *Quaderni regionali*, 3, 510 ss.

CARRER, M., (2014). «Partecipazione e controllo. Il rapporto tra democrazia e partecipazione alla prova del livello regionale e locale», testo della relazione presentata al convegno annuale dell'associazione «gruppo di Pisa» su *il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, Bergamo 6-7 giugno 2014.

DE MARTIN, G. C. & BOLOGNINO, D. (a cura di) (2010), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova.

DE SANTIS, V. (2013). *La partecipazione democratica nell'ordinamento regionale*, Torino.

³³ Sulla ridefinizione delle procedure parlamentari, che avrebbero perduto i tradizionali «confini», v. Palanza, 2001, 1211 ss.. Si tenga anche conto che, nel corso dell'ultimo decennio, si sono registrati diversi tentativi di modificare, attraverso la riscrittura di alcune parti dei regolamenti parlamentari, le procedure; ad oggi, questi non hanno sortito alcun effetto, dando luogo ad un processo di «deformalizzazione» delle procedure parlamentari, sempre più disciplinate facendo ricorso a sperimentazioni e a prassi (come dimostra anche la vicenda che in questo scritto si richiama). Si veda, più in generale, G. Rizzoni (2009, 88 ss.) e, da ultimo, N. Lupo (2014).

- GAMBALE, P. (2012). «Apertura dei procedimenti decisionali regionali e nuove occasioni di dialogo tra «tecnica e politica», *Quaderni Regionali*, 3, 615 e ss.
- GIANFRANCESCO, E., (2012). «I consigli regionali italiani e la partecipazione al procedimento legislativo», *Quaderni Regionali*, 3, 494-495.
- GIANNITI, L., LUPO, N. (2018), *Corso di diritto parlamentare*, terza edizione, 176 e ss.
- GRASSO, G., (2001). «L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di Stato, forma di Governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata», in *Il Parlamento, Atti del XV Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Padova.
- (2006). *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 357.
- GRIGLIO, E., (2017). «La tassonomia delle funzioni non legislative delle Camere: una prova per il bicameralismo differenziato», in *St. Parl. Pol. Cost.*, 187-188, 105 ss.
- (2018). «I circuiti e i «buchi neri» del controllo parlamentare sull'esecutivo frammentato dell'Unione europea», in Ibrido, R, Lupo, N. (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, 209 e ss.
- JÖRG, L., (2009). «Il contributo di Leopoldo Elia al bicameralismo», *Rassegna Parlamentare*, 4, 1047-1075.
- LABRIOLA, S., (1980). «Il controllo parlamentare sulle nomine negli enti pubblici», *Politica del diritto*, 1980.
- LUCIANI, M., (2001). «Il parlamento negli anni novanta», in Violante, L. (a cura di), *Il parlamento, Annali della storia d'Italia*, vol. 17, Torino, 437-438.
- LUPO, N., SCAFFARDI, L., (2014). *Comparative law in legislative drafting: the increasing importance of dialogue amongst parliaments*, The Hague.
- LUPO, N. (a cura di) (2014). *Il precedente parlamentare tra politica e diritto*, Bologna.
- (2015). «Il controllo parlamentare sui governi degli Stati membri dell'Unione Europea, tra trasparenza e privacy», *Federalismi*, 3.
- MANETTI, M., (1991). «Il Parlamento nell'amministrazione: dall'ingerenza alla codecisione», in *Quad. Cost.*, 1991, 389.
- MANZELLA, A., (2014). *Sul parlamento, Lo Stato*, 3, 72 e ss.
- MANZELLA, A., LUPO, N. (a cura di) (2014). *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino.
- MONTEDORO, G., (2012). «Sono sindacabili o tutte politiche le nomine delle autorità amministrative indipendenti?», in *rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2012.
- MORRONE, A., (2018). *Fonti normative*, Bologna.
- OLIVETTI, M., (2012), «Parlamenti nazionali nell'Unione europea», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento V, Torino, 485 e ss.
- PACINI, F., (2015). «Dall'autorità della legge alla autorevolezza delle assemblee», *Quad. Cost.*, 1, 9-32.

- PALANZA, A., (2001). «La perdita dei confini: le nuove procedure interistituzionali nel parlamento italiano», in Violante, L., (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 17, *Il Parlamento*, Torino, 1211 ss.
- PINELLI, C. (1997). «Atti congiunti dei presidenti delle due Camere», in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento, tomo I*, 217.
- PREDIERI, A. (a cura di) (1975). *Il parlamento nel sistema politico italiano*, Milano.
- RESCIGNO, G. U. (1994). «A proposito di Prima e Seconda Repubblica», in *St. Parl. Pol. Cost.*, 1994 (103), 15-22.
- RIVOSECCHI, G. (2005). «Autorità di garanzia senza garanzie? A proposito delle recenti nomine dei membri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato», *Forum quaderni costituzionali*, 16 gennaio 2005.
- (2012). «Il parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria» in *Rivista Aic*, 3.
- RIZZONI, G. (2009). «Il parlamento italiano di inizio secolo e le nuove forme di organizzazione della democrazia», in *riv. Dir. Cost.*, 2009, 88 ss.
- (2018), «I Parlamenti nazionali e la loro tardiva emersione nei trattati europei», in Ibrido, R., Lupo, N. (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, 289
- SALERNO, G. M. (2014). «Il progetto di riforma costituzionale del governo Renzi: qualche osservazione preliminare», *Federalismi*, 8.
- SANTORO, D. (2013). *Il ruolo delle commissioni parlamentari nell'ambito delle procedure di nomina degli organi di vertice di enti pubblici e autorità amministrative indipendenti in Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma: Camera dei deputati, vol. 2, 599-720.
- SICLARI, D. (2008). *Il controllo parlamentare sugli atti non normativi del governo e l'esame di documenti trasmessi al parlamento dal governo e da altre autorità: profili evolutivi*, in Dickmann, R., & Staiano S. (a cura di), *Le funzioni parlamentari non legislative. Studi di diritto comparato*, Milano.
- STAIANO, S. (2009), «Introduzione a le funzioni parlamentari non legislative. Studi di diritto comparato», in Dickmann, R., & Staiano S. (a cura di), *Le funzioni parlamentari non legislative. Studi di diritto comparato*, Milano.
- STASIO, D. (1° ottobre 2014). «Un epilogo annunciato con buona pace della certezza del diritto», *Il Sole24ore*.
- TARLI BARBIERI, G. (2010). «Il procedimento legislativo regionale», in Gianfrancesco, E., Lippolis, V., Lupo, N. (a cura di), *Nuove regole per nuovi consigli regionali, Il filangieri, quaderno 2009*, Napoli.
- TORRE, A. (2009). Rileggendo Bagehot: la espressive function del Parlamento di Westminster nel quadro della forma di governo «a primo ministro», in Dickmann, R. & Staiano S. (a cura di), *Le funzioni parlamentari non legislative. Studi di diritto comparato*, Milano.
- VALASTRO, A. (2009). «Gli strumenti e le procedure di partecipazione nella fase di attuazione degli statuti regionali», *Le regioni*, 1, 92 ss.

LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD Y SU PROYECCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

ÓSCAR IGNACIO MATEOS Y DE CABO
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. La función consultiva en España y en el contexto del constitucionalismo comparado más destacado. 2. El debate en nuestro país sobre la necesidad o la duplicidad institucional de los Consejos consultivos autonómicos. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN ESPAÑA Y EN EL CONTEXTO DEL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO MÁS DESTACADO

El Consejo de Estado se encuentra configurado en el art. 107 CE de nuestro Texto constitucional de 1978, como el supremo órgano consultivo del Gobierno, lo que sitúa la labor consultiva, en nuestro Estado social y democrático de Derecho, al más alto nivel.

Entre las importantes funciones de este órgano, su regulación específica le enmienda velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, para lo cual debe valorar aquellos «aspectos de oportunidad y conveniencia, cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante», sin ser menos trascendente su contribución para

una mayor eficacia de la Administración pública, que permita un mejor cumplimiento de los fines que tiene encomendada.

Por otro lado, dentro de la función consultiva en nuestro país destacan los Consejos Consultivos autonómicos, que surgen como expresión de la autonomía de un Estado competencial y territorialmente descentralizado, y como una respuesta institucional, que busca ofrecer soluciones a las exigencias, que presenta la complejidad de nuestro sistema normativo, en el que coexisten una pluralidad de ordenamientos, en el que están presentes el estatal, los autonómicos y el europeo, dentro del llamado constitucionalismo o análisis multinivel.

Para que todos estos órganos consultivos puedan cumplir sus funciones con garantías, y de forma efectiva, la función consultiva tiene que producirse en el contexto de una adecuada división de poderes, en la que los pesos y contrapesos de unos, que permiten limitar y dar justo cauce a los otros, se inserten y contribuyan al buen funcionamiento de un sistema de recíprocos controles entre los diferentes órganos del Estado.

En cuanto a la regulación normativa del órgano, según el art. 2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), entre sus funciones tiene encomendado velar «por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico». A tales efectos, debe valorar aquellos «aspectos de oportunidad y conveniencia, cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines».

De esta forma lo ha entendido también la doctrina del Tribunal Constitucional, que en la STC 59/1990 lo ha definido como «órgano del Estado con relevancia constitucional, al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece». Estos perfiles, que hacen referencia a la forma en la que el legislador constitucional lo configuró en la Carta Magna, lo han colocado en una situación preeminente, como «órgano de relevancia constitucional» (Arozamena, 1996, 156).

En este sentido, Roldán Martín ha destacado que el Estado social y democrático de Derecho constituido en España es un sistema de límites y de equilibrio, en el ejercicio del poder, con las miras puestas en los valores que son la libertad, la justicia y la igualdad. En este contexto, la actuación del Consejo se produce con un escaso porcentaje de decisiones recaídas sobre asuntos dictaminados, adoptados según la fórmula «oído el Consejo de Estado», siendo la mayoría adoptados según su criterio, lo cual «teniendo en cuenta el carácter no vinculante de los dictámenes, en la práctica generalidad de los casos, reafirma la *auctoritas* que se reconoce a su cualificado parecer» (Roldán Martín, 1998, 493).

En ese ámbito de las garantías cumple una relevante misión la función consultiva, no solo como protección al ciudadano, sino también en defensa del interés general, al encauzar los actos del Gobierno y de Administración dentro de unos estrictos parámetros jurídicos, a través de la consolidación de una adecuada doctrina legal, lo que contribuye claramente «a perfeccionar el sistema de garantías del Estado de Derecho» (Garrido Mayol, 1998, 920).

Esta es la forma en la que se concibe la función consultiva también en la mayoría de los países de nuestro entorno, entre las perspectivas que adquiere el constitucionalismo moderno, pues aunque la configuración concreta de los diferentes órganos puede variar mucho, de un modelo a otro, sin embargo, también son relevantes notas comunes a todos estos órganos dentro del Derecho comparado moderno.

Entre los órganos consultivos más destacados, desde un punto de vista comparado, dentro de esas tendencias del constitucionalismo moderno podemos citar al Consejo de Estado francés, del que hay que señalar su perfil profesionalizado y autónomo. No obstante, la Constitución de la V República de 1958 sólo recoge la función consultiva, en el ejercicio de ciertas potestades normativas del Gobierno, si bien no se puede olvidar su importante función jurisdiccional, que para muchos supone una dualidad funcional característica indisoluble, pues en este país «el consejero del Gobierno se apoya sobre la jurisprudencia», y el «juez toma en consideración las opiniones del consejero». De esta forma, la función consultiva del Consejo francés «tiene la impronta que le da el ser ejercida por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa: sus dictámenes cumplen una importante función preventiva y su efecto es claramente superior al de una mera opinión» (Denoix de Saint Marc, 1999, 9).

En efecto, la doble función consultiva y jurisdiccional de este Consejo de Estado le permite, por ejemplo, en su faceta jurisdiccional emitir un fallo o decisión a la hora de cancelar procesos electorales, tanto como anular un decreto de extradición a las autoridades rusas, por haber sido solicitado para un propósito político. Por otro lado, en la parte consultiva, puede analizar las principales cuestiones jurídicas planteadas en el examen, de los más de 1300 proyectos de textos normativos, presentados durante el año 2016 al Consejo de Estado, tanto por el Gobierno como por el Parlamento, según la información ofrecida por este órgano que se encuentra más actualizada.

Por otro lado, no resulta menos complejo el Consejo de Estado en Italia, que presenta ciertos elementos similares al anterior. En concreto, la misma dualidad funcional se constata con claridad en su definición constitucional, como «órgano de consulta jurídico-administrativa y de tutela de la justicia en

la Administración» (Cassese, 1997, 49). Es verdad que el ámbito de la consulta es estrictamente el jurídico-administrativo, no obstante, la dimensión jurisdiccional adquiere tanta relevancia que se puede, incluso, llegar a «cuestionar la configuración consultiva del Consejo» (Parejo, 1991, 67).

Por tanto, el Consejo de Estado italiano tiene una doble naturaleza, una administrativa y otra jurisdiccional. Como órgano administrativo, el Consejo de Estado es el máximo órgano asesor jurídico-administrativo del Gobierno, las Cámaras y las Regiones, mientras que como órgano de jurisdicción administrativa se encarga de proteger los intereses legítimos, y en particular los asuntos indicados por la ley, de los derechos subjetivos de individuos contra la Administración pública italiana.

En su faceta jurisdiccional, el Consejo de Estado es el Tribunal de segunda instancia de la justicia administrativa, es decir, el juez de apelación contra las decisiones del Tribunal Administrativo Regional. Sin embargo, también es el juez supremo, ya que la apelación al Tribunal de Casación no está en contra de sus fallos, excepto por el defecto o la falta de ejercicio de la jurisdicción (art. 111, último párrafo CRI).

Por otro lado, en la función consultiva el Consejo de Estado italiano emite opiniones (*parere*), en el sentido de juicio técnico, que pueden ser opcionales u obligatorias. En el primer caso se producen cuando son solicitadas por la Administración pública, si lo considera apropiado. Las opiniones solicitadas por las Regiones son siempre opcionales. Son vinculantes solo en la decisión sobre apelaciones extraordinarias del Presidente de la República.

En cualquier caso, las divergencias con estos dos Consejos de Estado son evidentes, y hacen que Sánchez Navarro destaque que, a diferencia de lo que ocurre con sus homólogos francés e italiano, «la significación constitucional del Consejo de Estado viene claramente dada en España por la de la única función que conserva, por expreso mandato constitucional: la consultiva, concretamente referida al Gobierno. Su naturaleza, objeto y alcance adquieren, pues, una relevancia constitucional indiscutible» (Sánchez Navarro, 2008, 523).

En España, sin embargo, la función consultiva continúa una línea tradicional, que se ha venido desarrollando durante muy diversos períodos y regímenes políticos, pero en la que, en sustancia, resalta el papel capital que ha desempeñado «en el asesoramiento al Gobierno en asuntos de Estado y en la defensa del interés público y de los derechos individuales de los ciudadanos» (Garrido Mayol, 1998, 921).

El art. 1 LOCE recoge esta configuración, al considerar al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, y caracterizándole para ejercer la función consultiva, con autonomía orgánica y funcional, con el

objetivo de «garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes».

Por esta razón, dentro de la función consultiva tradicional ha sido habitual en nuestro país, que los titulares de las funciones del Gobierno y de Administración hayan gozado tradicionalmente de asistencias, para la formación de su criterio, y la preparación de sus decisiones por parte de la «Administración consultiva» (Lavilla, 1998, 469).

Por otro lado, en la actualidad ya no se puede considerar que el Consejo de Estado mantenga un monopolio en el ejercicio de la función consultiva, no sólo por la propia existencia de los Consejos Consultivos en las Comunidades Autónomas, que analizaremos en un epígrafe separado, que responden a la lógica de nuestro modelo de Estado descentralizado, sino también por la participación en esta función de otros órganos, como el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Consejos Económicos y Sociales, Dirección General de lo Contencioso del Estado, los gabinetes políticos, órganos ministeriales, etc. Por tanto, existen otros muchos órganos consultivos con importantes funciones, entre los que podríamos citar los Gabinetes jurídicos de los diferentes Departamentos de la Administración Pública, en especial el Gabinete del Presidente del Gobierno, los órganos del Estado Mayor de la Administración Militar, entre otros.

Sin embargo, a pesar de la necesidad e importancia de los órganos consultivos y de asesoramiento, la complejidad del procedimiento y de las relaciones jurídico-administrativas, y de su progresiva tecnificación no conduce, en nuestra opinión, hacia una tendencia a su simplificación o reunificación, sino a lo contrario, a una diversificación y especialización, que se produce en línea y consonancia con la transcendencia de la función consultiva del Consejo de Estado, en nuestro país, al estar recogido en el propio Texto constitucional como uno de los órganos más importantes de nuestro sistema, que lleva a calificarlo como órgano de relevancia constitucional, no solo por el hecho de que cumple una labor asesora, que perfecciona y, en cierto modo, termina por condicionar el propio desenlace de la consulta, aunque esta labor asesora no es vinculante, sino porque tanto el procedimiento como su resultado se formula como una auténtica garantía, en relación a los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, deseamos destacar el papel y la labor desarrollada por el Consejo de Estado en el seno de nuestro Derecho positivo. Buena muestra de esta afirmación es la labor recogida en la última Memoria, publicada por el Consejo de Estado, relativa al año 2016, que pone rápidamente de relieve el volumen

y la trascendencia de los asuntos, que tuvieron entrada en este órgano en ese período, que se suma al resto de Memorias publicadas por este órgano¹.

El cometido afrontado por el Consejo de Estado, sólo en el año 2016, ha superado la labor de informar y dictaminar sobre más de mil cien asuntos, cincuenta y siete de los cuales se hicieron con declaración de urgencia. En esos más de mil dictámenes, ha contestado a cuestiones de la más variada temática y procedencia, no solo provenientes de los diferentes Departamentos Ministeriales, sino también de las Comunidades Autónomas de Extremadura, Cantabria y Madrid, y los expedientes de otras entidades relevantes.

No obstante, las nuevas atribuciones, que permiten al Consejo la elaboración de informes, como el relativo a las «modificaciones de la Constitución Española», de febrero de 2006 o el de «las propuestas de modificación del Régimen Electoral General», de febrero de 2009, por la temática, contenido y oportunidad le han colocado en una posición muy distinta al papel discreto y técnico que ha solido desempeñar tradicionalmente en España.

También una serie de dictámenes, que ha debido emitir, siendo quizá los más mediáticos y conocidos los que en el período más reciente tenían que ver con la Generalidad de Cataluña. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al expediente 793/2017, en el que la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en la sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2017, examina lo relativo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación.

Estos dictámenes, tan conocidos, han ido ocupando un lugar destacado en algunos medios de comunicación como, por ejemplo, el expediente 1166/2015, en relación con la resolución del Parlamento de Cataluña, aprobada el 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña, como consecuencia de los resultados electorales, con el objetivo de que Cataluña se convierta en un Estado independiente. El último exponente ha sido el relativo al expediente 85/2018, adoptado en la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en la sesión celebrada el día 25 de enero de 2018, en el que se han abordado distintas cuestiones suscitadas por la eventual convocatoria del Pleno del Parlamento de Cataluña, para la celebración del debate de investidura, una vez designado el Diputado Carles Puigdemont, como candidato a la presidencia de la Generalitat, que ha tenido una notoria repercusión mediática.

Sin olvidar asuntos tan relevantes encomendados al Consejo de Estado, como su posición sobre la propuesta de reforma de los arts. 71.3 CE, sobre la

¹ <http://www.consejo-estado.es/memorias.htm>; <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202016.pdf>

inviolabilidad de los Diputados y Senadores, y del art. 102.1 CE, en relación a la responsabilidad criminal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno, para la reducción del aforamiento al estricto ejercicio de las funciones del cargo público. Una reforma que se separa de la línea que, hasta ahora había seguido buena parte de la doctrina, de entender la responsabilidad del Presidente y demás miembros del Gobierno en un sentido más bien amplio (Mateos y de Cabo, 2006, 243).

En definitiva, las consecuencias en torno a la definición del Consejo de Estado, como órgano de relevancia constitucional son, a diferencia de otros órganos consultivos, que se debe resaltar su importancia y su función. En este sentido, Vera Santos ha considerado a los órganos de relevancia constitucional como aquellos «que siendo regulados o estando previstos en disposiciones o normas constitucionales, no pueden ser suprimidos –y tal vez reformados en todo o en parte- sino mediante leyes de reforma constitucional», de forma que son órganos recogidos en el texto constitucional «cuya configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario», no gozando así del requisito de su configuración inmediata por la Constitución, pero no es posible alterar, ni siquiera mediante Ley Orgánica, su función genuina, que es la consultiva, la que le presta su verdadera naturaleza competencial (Vera Santos, 2001, 41).

En efecto, el reconocimiento constitucional refuerza la consideración de la función consultiva en términos de «garantía tanto para la Administración consultante como para los interesados», respondiendo a lo expresado en el art. 2 LOCE, lo que supone también «velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico», a la vez que permite «valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia, cuando lo exija la índole del asunto». No menos importante es dotar de mayor eficacia a la Administración, en el cumplimiento de sus fines, especialmente cuando sea solicitado así por la autoridad consultante.

2. EL DEBATE EN NUESTRO PAÍS SOBRE LA NECESIDAD O LA DUPLICIDAD INSTITUCIONAL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS

Los Consejos Consultivos autonómicos surgen como expresión de la autonomía de un Estado competencial y territorialmente descentralizado, y como una respuesta institucional que busca ofrecer soluciones a las exigencias que presenta la complejidad de nuestro sistema normativo, en el que coexisten una

pluralidad de ordenamientos, en el que están presentes el estatal, los autonómicos y el europeo, dentro del llamado análisis multinivel.

Es verdad que la Constitución Española no hace referencia a la existencia de órganos consultivos autonómicos propios, de carácter superior, que puedan ofrecer un paralelismo al Consejo de Estado, ni tampoco se recoge la posibilidad de su creación en la Carta Magna. Por tanto, no estaba clara la posibilidad de creación de tales órganos autonómicos, hasta que nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 204/1992, de 26 de noviembre, zanjó definitivamente la cuestión, de forma que a partir de la mencionada resolución ya no se trataba de discutir sobre si la intervención del Consejo de Estado respetaba o no el principio de autonomía, sino de descubrir si todos los órganos consultivos creados por las Comunidades Autónomas eran o no semejantes al Consejo de Estado.

En concreto, en la STC 204/1992 se dice que «ningún precepto constitucional y menos aún el que se refiere al Consejo de Estado, impide que, en el ejercicio de la autonomía organizativa, las Comunidades Autónomas puedan establecer en su propio ámbito, órganos consultivos, equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los propios Gobiernos y Administraciones autonómicas».

Bajo este amparo, y en el seno de un Estado Social y Democrático de Derecho, descentralizado y garante de la autonomía e independencia de las Comunidades Autónomas, resultantes del proceso dispositivo de creación contemplado en nuestra Constitución, permite en sustitución del Consejo de Estado, en los términos y condiciones previstos en nuestro ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia, que se fueran creando una serie de órganos consultivos autonómicos, que se van consolidando a lo largo de estos años (Trigueros, 2014, 60).

Por otro lado, la crisis económica que empezó en 2008 ha golpeado con fuerza a nuestro país, incluyendo, como es lógico, a la Administración Pública. En este contexto se producen una serie de recomendaciones, del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), que fueron avaladas por el Consejo de Ministros, el 21 de junio de 2013, entre las que se hace referencia expresa a la necesidad de evitar duplicidades, lo que podría aplicarse a los actuales órganos consultivos de las Comunidades Autónomas.

Este contexto económico influye también en la imagen que puedan tener algunos ciudadanos, sobre la falta de necesidad de ciertos órganos y procedimientos administrativos, lo que quizá pueda contribuir a dar una imagen sesgada del trabajo que realizan este tipo de órganos consultivos, en un sentido que puede llegar a afectar a la idea de una falta de agilidad, rapidez y excesivo coste público. En este sentido, puede ser revelador el titular del artículo publi-

cado en el ABC: «¿Para qué sirven y qué gasto suponen los Consejos Consultivos autonómicos?», en el que se pone de relieve que «estos organismos, junto a los Defensores del pueblo, suponen un gasto de 60 millones de euros anuales». Además, en esta información se destaca que «los Consejos Consultivos autonómicos cuestan, en su conjunto, más del triple que el Consejo de Estado. Los gastos de personal se disparan en la misma proporción: cerca de 20 millones entre los diecisiete consejos consultivos autonómicos, frente a los en torno a 7 millones del Consejo de Estado».

Por eso, a la reducción de los gastos de personal y de funcionamiento habría que añadir un escrupuloso respeto, en cuanto al número y a la forma de los nombramientos, evitando suspicacias por las afinidades políticas o por la existencia de criterios de reparto de cuotas de poder, que puedan ser encubiertas en los procedimientos de elección de carácter formal que deberían ser básicamente técnicos, siguiendo los criterios de capacidad y de mérito, de los que habla nuestra Constitución, para que estos órganos gocen del prestigio y la profesionalidad que justifiquen el esfuerzo económico que hace el contribuyente. Además, el reforzamiento de la independencia orgánica y funcional de sus miembros contribuirá también a que puedan ejercer su trabajo sin interferencias o presiones externas. De esta forma, si se fortalece su profesionalización y perfil técnico se justificará todavía más su necesidad y existencia.

Sin embargo, en la actualidad todas las Comunidades Autónomas, excepto Cantabria que, a pesar de tenerlo previsto en su Estatuto de Autonomía, no ha desarrollado un Consejo Consultivo, se han dotado de este tipo de órgano consultivo, con las excepciones de los casos particulares de las Comunidades Autónomas de Madrid y de Extremadura, en las que estos órganos existían.

No obstante, en diciembre de 2015 los plenos de las Asambleas legislativas de Madrid y Extremadura aprobaron la supresión de sus respectivos Consejos consultivos. En ambos casos, la decisión política de suprimir estas instituciones de autogobierno autonómicas se tomaba, bajo el expreso motivo de causa de naturaleza estrictamente económica, tal y como se ha recogido en los preámbulos de ambas leyes, que han suprimido estas instituciones.

Estas razones de tipo económico no evitaban otros argumentos, favorables a la supresión de estos Consejos consultivos. Es verdad, que en el fondo del asunto siempre se citaba el contexto político y económico de crisis, en el que aparecían unos criterios que tendían a evitar la llamada «duplicidad institucional», sobre todo, resaltando la existencia de instituciones con presupuesto a cargo del Estado, que pueden desempeñar este tipo de funciones.

No obstante, tampoco han faltado críticas a este tipo de argumentos. En concreto, sobre la fiscalización de las cuentas autonómicas se ha pronunciado Ordoki,

que en un interesante trabajo analiza lo que denomina como «la falta de contraste y de rigor científico de algunos de los argumentos utilizados para eliminar este tipo de instituciones» que, en su opinión, no justifican adecuadamente la necesidad de evitar duplicidades con el Tribunal de Cuentas y de lograr un ahorro económico.

Este autor considera que no sobra ninguna institución de control, sobre todo cuando hay tanta complejidad y trabajo por desarrollar en materia de fiscalización de fondos públicos. Por eso, defiende que los verdaderos ahorros derivan de reforzar el control, pero no de proponer su supresión o debilitamiento. Para demostrar sus argumentos recurre a un análisis de los 64 informes de fiscalización, que ha emitido este órgano autonómico consultivo de la Comunidad de Castilla La-Mancha en el periodo 2010-2013, antes de su supresión, y los resultados que contrastan con una llamativa y flagrante ausencia de control externo, con anterioridad al año 2014. Su conclusión es, precisamente, la conveniencia de crear órganos autonómicos de control externo en todas las Comunidades Autónomas (Ordoki Urdazi, 2014, 35).

En otras Comunidades Autónomas se ha planteado también polémica, en torno a algunas de sus instituciones de autogobierno, con argumentos similares, expresados en sede parlamentaria. Las consecuencias, en relación a los llamados Defensores del pueblo autonómicos, ha sido que la Región de Murcia y el Principado de Asturias han aprobado la supresión de sus Defensores del pueblo, mientras que en la Rioja se ha suspendido su actividad, bajo la justificación de la austeridad en la gestión de los recursos públicos, y la búsqueda «de una mayor eficiencia y la eliminación de duplicidades».

Por otro lado, en el caso de Cantabria el órgano consultivo se encuentra previsto en el art. 38 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, que lo define como el «superior órgano de consulta y asesoramiento de las instituciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria y de sus corporaciones locales». Sin embargo, la ley del Parlamento de Cantabria, que debe regular sus funciones, composición y régimen de funcionamiento no ha sido implementada, por lo que se debe producir la intervención del Consejo de Estado en aquellos supuestos en los que resulta preceptiva, al carecer de órgano consultivo propio.

Por lo que se refiere a la Comunidad de Madrid, la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, creó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, como el superior órgano consultivo del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, así como de sus organismos autónomos y entidades de Derecho público dependientes de la misma. Posteriormente, mediante el Decreto 26/2008, de 10 de abril, se aprobó el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, posteriormente, la

Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo, en su art. 1 eliminó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, subrogándose, en el conjunto de derechos y obligaciones, la Consejería de Presidencia Justicia y la Portavocía del Gobierno autonómico.

No obstante, detrás de esta medida también se encuentra la polémica sobre lo que se calificó, en algunos medios de comunicación, como un «retiro dorado para los ex Presidentes de la región», de la que formaban parte, a pesar de que todos ellos son funcionarios y pueden reingresar en sus puestos originales. Por eso, se resaltó el hecho de que esas tareas ahora son desarrolladas por los servicios jurídicos de la Comunidad, a través de la creación de una Comisión Asesora Jurídica, integrada por letrados de la Comunidad de Madrid, elegidos por un sistema de concurso, lo que se estima que supondrá un ahorro de unos 2,3 millones de euros anuales. Sin embargo, no ha evitado críticas, al considerar que el nuevo modelo no garantiza ni la independencia ni la imparcialidad de este órgano, debido a que el Ejecutivo autonómico es «el que se erige en juez y parte, al ser un órgano dependiente del Gobierno el que va observar cuál es la actividad de la Administración».

En cuanto al Consejo Consultivo de Extremadura, en el art. 45 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, por la que se reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura se prevé un «órgano consultivo superior de las instituciones y de las administraciones de la Comunidad Autónoma», aunque ya estaba regulado anteriormente. Lo relevante es que al estar configurado en el Estatuto de Autonomía no se trataba de una institución potestativa, cuya existencia se pueda encomendar a la discrecionalidad del legislador, sino que al figurar en su norma institucional básica forma parte de las instituciones que configuran el diseño del organigrama institucional autonómico. Por eso, a la hora de eliminar el Consejo Consultivo extremeño algunos mantuvieron que se estaba suprimiendo un órgano estatutario y que, por tanto, era necesaria la reforma del art. 45 del Estatuto de Autonomía, y no la derogación directamente del artículo.

En este sentido, Blanquer Criado ha mantenido que, de la misma manera que el Consejo de Estado no puede ser suprimido, sin una previa reforma constitucional, en el caso de que el órgano consultivo autonómico está contemplado en el Estatuto, tampoco puede ser suprimido sin una reforma del propio Estatuto. El argumento es que «si para la creación de un órgano autonómico bastara una Ley dictada por la propia Comunidad Autónoma, ese órgano no gozaría de esta garantía adicional de independencia. De igual forma que los Poderes constituidos no pueden suprimir a un Consejo de Estado incómodo, los Poderes autonómicos no deben estar habilitados para suprimir a un órgano consultivo excesivamente crítico», por eso mantiene que supone una garantía

que el órgano consultivo autonómico se encuentre expresamente previsto en el propio Estatuto (Blanquer Criado, 1994, 76).

Para Pla Boix lo importante es que detrás de la reciente supresión de los Consejos consultivos en Madrid y Extremadura, el principal problema no es la concentración o la descentralización de la función consultiva en el Estado autonómico, que pueda corregir duplicidades institucionales para garantizar una mayor eficacia del gasto público, sino que el análisis «de los debates parlamentarios pone de manifiesto que en el trasfondo de estas decisiones, y piedra angular de los argumentos esgrimidos, hay y planean diferentes concepciones de cuál debería ser la evolución futura del Estado de las autonomías». Por eso, señala que existen posiciones políticas irreconciliables, en torno a cómo y cuál debería ser el diseño óptimo del organigrama institucional autonómico, y las competencias que puede asumir en el actual contexto económico, lo que puede llevar a otras propuestas de supresión de instituciones propias (Pla Boix, 2017, 89).

3. CONCLUSIONES

Las conclusiones más relevantes de este trabajo, sintetizadas de forma breve, son las siguientes:

1. Después de analizar las funciones y el papel institucional desarrollado por el Consejo de Estado, constitucionalizado en nuestro Texto Fundamental de 1978, como el «supremo órgano consultivo del Gobierno» (art. 107 CE), se constata su importancia dentro de nuestro sistema constitucional. En efecto, en estos cuarenta años de vigencia de la Constitución, el Consejo de Estado ha prestado un valioso servicio al Estado y a los ciudadanos, al estar configurado en su función consultiva, como una garantía de la «observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico», a la vez que procura una «mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines» (art. 2.1 LOCE).

2. En los últimos tiempos los Dictámenes del Consejo de Estado han adquirido una repercusión mediática importante. En este grupo están también aquellos emitidos sobre distintos asuntos relacionados con el llamado proceso separatista en Cataluña, que ya no solo son de interés para los profesionales del Derecho, sino para un amplio espectro de la ciudadanía, aunque no resulta obligado suscribir su parecer, pues se configura como un órgano de *auctoritas* y no de *potestas*.

3. En relación a la posición de las Comunidades Autónomas, ante la exigencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, el art. 23.3 LOCE establecía que sería «preceptivo para las Comunidades en los mismos casos

previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes». Sin embargo, como hemos visto, la STC 204/1992 declaró que «si una Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de auto organización (art. 148.1.1 CE) crea un órgano superior consultivo semejante, no cabe duda de que puede dotarlo, en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración autonómica, de las mismas facultades que la LOCE atribuye al Consejo de Estado». Además, para evitar cualquier ambigüedad el Alto Tribunal manifestó que la creación de un órgano consultivo autonómico no se superpone al Consejo de Estado, sino que lo sustituye.

4. Por tanto, los Consejos Consultivos Autonómicos han venido a desempeñar un importante papel dentro de nuestro modelo de Estado, pues a través de sus dictámenes realizan un amplio y especializado cuerpo de doctrina, que ha facilitado la adecuación y la interpretación de las normas jurídicas, con la observancia de la Constitución y de los correspondientes Estatutos de Autonomía.

5. En nuestra opinión, los Consejos Consultivos Autonómicos son todavía órganos jóvenes, que no cuentan con la aquilatada experiencia y andadura del Consejo de Estado. Quizá por eso son grandes desconocidos. No suelen ser abundantes los trabajos científicos o académicos sobre sus funciones, ni sus resultados demasiado conocidos, ni parece que los medios de comunicación suelen tener preferencia por hacer más visible su existencia y su cometido a la sociedad. Por eso, su futuro depende no solo de que sus informes técnicos sean correctos y buenos, y su funcionamiento adecuado también en términos económicos, sino de que formulen un cuerpo de doctrina claro y útil que se pueda aplicar con éxito, y sus recomendaciones mejoren de forma efectiva e incontrovertible la Administración Pública pues, no olvidemos, que a esta instancia van dirigidos muchos de sus dictámenes.

6. En nuestra opinión, la función consultiva, cuando se encuentra correctamente configurada, y su ejercicio se produce dentro de los parámetros constitucionales, contribuye a evitar situaciones de inobservancia de la ley o de abuso, con lo que se logra someter a los poderes públicos al Derecho, y proteger los derechos y las garantías de los ciudadanos, que son dos de las grandes metas que persigue el moderno constitucionalismo.

7. Por último, consideramos que tanto el Consejo de Estado como los Consejos consultivos autonómicos cuentan con plena capacidad para adaptarse a los retos de los nuevos tiempos, a las nuevas tecnologías y realidades, para continuar con su función consultiva a largo plazo, dentro de las nuevas perspectivas del constitucionalismo moderno más consolidado y relevante. Por eso, resulta necesaria una adecuada configuración normativa y una buena gestión de los fondos públicos, que optimicen su organización y funcionamiento,

para que puedan seguir colaborando en la mejora de la labor del Gobierno y de la Administración pública, a la vez que se profundice en la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, en una línea similar a la recorrida por los países más desarrollados de nuestro entorno.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AROZAMENA SIERRA, J. (1996). «La caracterización del Consejo de Estado», en *Documentación Administrativa*, n.º 244-245.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. (2010). «Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del Consejo de Estado en España», en *Revista española de la función consultiva*, n.º 13, pp. 149-183.
- (2014). «Consejos consultivos: correspondencia entre su estructura y sus funciones de garantía de la calidad normativa», en *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 22, pp. 113-130.
- BLANQUER CRIADO, D. (1994). *Consejo de Estado y Autonomías*. Madrid: Tecnos.
- CASSESE, S. (1997). «Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una Costituzione all'altra», en Cassese, S, (Coord). *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*. Milano: Giuffrè, pp. 49-63.
- CAVERO LATAILLADE, I. (2001). *La función consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico*, Madrid: ed. Universidad San Pablo CEU.
- DENOIX DE SAINT MARC, R. (1999). «Préface», en J. Massot, J; Girardot, T. *Conseil d'État*. Paris: Ed. La documentation française.
- ESTEBAN, J., GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. (1994). *Curso de Derecho constitucional español III*, Madrid: Universidad Complutense.
- FLORES JUBERÍAS, C., García-Contell, J. (2017). «La introducción en España de la limitación de mandatos: una aproximación crítica», en *Revista de Derecho Político*, n.º 100.
- GALERA VICTORIA, A. (1998). «Constitución, función consultiva y Estado autonómico», en *Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica: XIX Jornadas de Estudio*, Sopec.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. (1996). *La función constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales.
- GARRIDO MAYOL, V. (1997). «El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana», en *Memoria 1996. Recopilación doctrinal legal*, Valencia, ed. Consell Jurídic Consultíu de la Comunitat Valenciana, pp. 39-69.
- GRANADO HIJELMO, I. (1998). «La posición institucional del Consejo Consultivo de la Rioja como alto órgano consultivo», en Consejo Consultivo de la Rioja, *Repertorio General de Normativa, Memoria, Dictámenes y Doctrina Legal*, Logroño: Consejo Consultivo de La Rioja, pp. 107-138.

- LAVILLA ALSINA, L. (1998). «La Administración consultiva del Estado», en Álvarez Conde, E (coord.). *Administraciones públicas y Constitución*, Madrid: INAP, pp. 469-476.
- LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES; J. (2001). «Consejos consultivos autonómicos tras las reformas estatutarias», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 53, pp. 225-236.
- MATEOS Y DE CABO, O. I. (2006). *El Presidente del Gobierno en España: status y funciones*, Madrid: La Ley.
- OLIVER ARAUJO, J. (1998). «La función consultiva en las Comunidades Autónomas: Los Consejos Consultivos», en Álvarez Conde, E (coord.). *Administraciones públicas y Constitución*, Madrid: INAP, pp. 897-915.
- (2006). «Consejos Consultivos Autonómicos y Administración Local», en *Revista de Derecho Político*, n.º 66.
- ORDOKI URDAZI, L. (2014). «Requiem por la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha», en *Auditoría Pública*, n.º 64, pp. 35-40.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1991). «El Consejo de Estado», en *Documentación Administrativa*, n.º 226.
- (1990). *Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO, L (1991). «La función consultiva en Europa: los Consejos de Estado francés e italiano», en *Documentación Administrativa*, n.º 226, pp. 67-72.
- PÉREZ-TENESSA HERNÁNDEZ, A. (1979). «Perspectivas del Consejo de Estado», en *Documentación Administrativa*, n.º 22, pp. 339-350.
- PLA BOIX, A. (2017). «Consejos consultivos autonómicos: análisis crítico de las últimas reformas» en *REAF*, n.º 25, pp. 51-92.
- ROLDÁN MARTÍN, A. (1998). «La función consultiva de relevancia constitucional», en Álvarez Conde, E (coord.). *Administraciones públicas y Constitución*, Madrid: ed. INAP, pp. 477-493.
- RUBIO LLORENTE, F. (2004). «La función consultiva en el Estado de las Autonomías», en *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 2, pp. 96-112.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. (1991). *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- RUIZ MIGUEL, C. (1995): *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Madrid: Dykinson.
- (2009). «Los Consejos consultivos como guardianes de la autonomía: bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectivas», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 39, pp. 209-240.
- TRIGUERO ORTIZ, O. (2014): *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Madrid: Dykinson.
- VERA SANTOS, J. M. (2001): *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externos de las Comunidades Autónomas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PARTE 2

**PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN
POLÍTICAS**

LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE MAYORÍA CON ESPECIAL REFERENCIA A ALEMANIA Y ESPAÑA

GERMÁN GÓMEZ ORFANEL*
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Democracia y constitucionalismo. 2. El principio de mayoría en la doctrina alemana. 3. El principio de mayoría en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. 4. El principio de mayoría en España. 4.1 La perspectiva doctrinal. 4.2 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 5. Bibliografía seleccionada.

1. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO

En 1988, Elster de la Universidad de Chicago, y Slagstad de la de Oslo, publicaron junto con otros autores un importante texto sobre las relaciones entre constitucionalismo y democracia¹.

En la Introducción, Elster (1999, 34-35) contrapone su noción de democracia en cuanto «simple gobierno de la mayoría», con el constitucionalismo, referido a «aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias», subrayando que las Constituciones cumplen dos funciones: «proteger los derechos individuales y

* Catedrático emérito de Derecho Constitucional.

¹ Para las citas se sigue la traducción al castellano que el Fondo de Cultura Económica de México publicó en 1999, con un Estudio introductorio de Alejandro Herrera M.

constituir un obstáculo a ciertos cambios políticos que tendrían lugar si fueran del interés de la mayoría», para lo que cabría declarar inconstitucionales ciertos cambios e incluso convertir el proceso de cambio en algo tan complicado y difícil que pocas propuestas podrían salvar tantos inconvenientes.

Así los derechos fundamentales y la Jurisdicción constitucional o la *judicial review* serían elementos del constitucionalismo, a prueba de mayorías. Es más, en un sentido amplio cabría asociar a la democracia con la asamblea legislativa o parlamento, que es el reino de las decisiones por mayoría y de la participación popular, mientras que el constitucionalismo se encarnaría prevalentemente en los correspondientes Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales, garantes del respeto a los límites y exigencias constitucionales (*constitutional restraints*). Si a esto sumamos la consideración del Gobierno o Ejecutivo como instancia caracterizada por la necesidad de actuar, obtendríamos un escenario en el que los Tribunales encarnarían el Derecho, y las otras dos ramas (Legislativo y Gobierno), la Política, o si se prefiere en expresión de los autores que comentamos, *rules versus discretion*, pues todo Gobierno desea actuar con el máximo de discrecionalidad y el Poder legislativo usará las armas de la Política para controlar al Gobierno. Por su parte los Tribunales intentarán frente a la Política, establecer principios constitucionales para garantizar el predominio de la Constitución, y eventualmente obstaculizar futuras decisiones de la mayoría (Elster, 1988 y 1999, 36-38).

Años después Elster ratificaría y ampliaría esta posición, en un artículo publicado en 1993, con el significativo título de *Majority rule and individual rights*¹, donde tras argumentar a favor del gobierno de mayoría, manifestaba su preocupación por las vulneraciones de derechos por parte de las mayorías parlamentarias, justificando no sólo la *judicial review*, aunque no sirviera para evitar los internamientos masivos de los japoneses americanos en la Segunda Guerra Mundial, sino acudiendo a la división de poderes en su núcleo de independencia del poder judicial y al sistema de pesos y contrapesos como el bicameralismo y el veto presidencial para reducir los peligros del gobierno de la mayoría, sobre todo si se trata de mayorías apasionadas o que actúan por su propio interés (Elster, 1993, 40).

Esta contraposición entre democracia y constitucionalismo queda relativizada incluso por el propio Elster (1999, 33) que afirmará de manera un tanto singular que es «la proyección bidimensional de un problema tridimensional. La tercera dimensión, que da hondura a esa tirantez es el objetivo de una eficaz

¹ ELSTER (1993). Hay traducción española en *La Política: Revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, con el título de «Regla de mayoría y derechos individuales» (ELSTER, 1998).

toma de decisiones liberada, que requiere tanto la participación popular como las restricciones constitucionales».

Indudablemente existen tensiones entre ambas perspectivas, pero no creo que hasta el punto de que no se pueda hablar de una democracia constitucional, por considerar que se trata de un matrimonio de opuestos, de un oxímoron. Holmes (1999, 217) ha señalado que el importante Tratado sobre Derecho Constitucional de Laurence Tribe (1979) se inicia con una formulación concreta del dilema contramayoritario: la discordia entre la política mayoritaria y los frenos anclados en la Constitución:

«En su forma básica, la pregunta (...) es por qué una nación que fundamenta la legalidad sobre el consentimiento de los gobernados decidiría constituir su vida política mediante un compromiso con un acuerdo original (...) estructurado deliberadamente para dificultar el cambio» (Tribe, 1979, 9).

El texto que en 1996 publicó en España Gargarella supone una muy útil aportación para conocer las posiciones de importantes autores y cómo se han abordado estos problemas en Estados Unidos especialmente, pero también en Argentina y España. Me parece de especial interés el análisis que allí se realiza del pensamiento constitucional de Ackerman.

Partiendo de la idea de que no todas las decisiones que toman las mayorías merecen ser igualmente consideradas, Ackerman (1984 y 1991) defiende un «dualismo constitucional». Por un lado se encuentra la denominada política constitucional, en los momentos especiales de exaltación y movilización y con formas extraordinarias, y en las pausas entre tales momentos constitucionales predomina la política normal. En primer lugar se encuentran las «decisiones constitucionales que se expresan a través de la creación de la Constitución, de sus reformas y de otras decisiones importantes. En segundo lugar las decisiones menos relevantes que toman los ciudadanos a través de su Gobierno y asambleas legislativas».

Ackerman considera positiva la existencia de un órgano, el poder judicial, en cuanto encargado de la *judicial review* que preserve las decisiones fundamentales del pueblo, frente a las decisiones elaboradas por los legisladores en el día a día. Para ello puede servir de apoyo el argumento *democrático* contenido en *El Federalista*, número 78 y favorable a la revisión judicial:

«no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a la primera.»

El conflicto entre derechos fundamentales y entre cualquier contenido constitucional y las mayorías legislativas, quedaría superado si se acepta que la supremacía de los derechos se fundaría en la expresión de una voluntad popular de nivel superior, expresión a su vez de una mayoría superior de rango constituyente (Gargarella, 1996, 138). Es decir que la *judicial review* presentada habitualmente como un instrumento contramayoritario, supondría una garantía de la aplicación de lo dispuesto por una mayoría prevalente, la que estableció los fundamentos constitucionales. Este enfoque podría ser útil para aminorar los conflictos entre Poder Legislativo y Tribunales Constitucionales, que suponen un lugar común dentro del Derecho Constitucional y que se ve reflejado en muy diversos textos.

En opinión de Böckenförde (1991, 189 y ss.), «la diferencia, antes cualitativa, entre producción normativa y administración de justicia, tiende a quedar neutralizada. Pues lo que ambas hacen es crear derecho en forma de concretización de él y compiten en tal tarea. En esta relación de competencia el legislador tiene la prioridad, pero el Tribunal Constitucional tiene la primacía (...). La cuestión que todo ello suscita es la de la legitimación democrática del Tribunal Constitucional».

Habermas (1998, 335), por su parte, matiza el reparto de competencias entre ambos órganos constitucionales, pues si bien están sometidos a «las disposiciones procedimentales de la Constitución», no significa una equiparación de poder judicial y legislativo. Al Tribunal Constitucional las razones legitimatorias de la Constitución que tiene que tomar le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del Derecho y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar y desarrollar los derechos al perseguir sus propias políticas.

A favor de este diálogo y convergencia entre Legislador y Tribunal Constitucional se muestra, desde otras coordenadas, Troper (1990, 33), quien considera que la democracia no es únicamente el gobierno de la mayoría, sino que es un sistema en el que el pueblo se gobierna a sí mismo, lo que requiere libertad para la formación de la voluntad popular y concurrencia de ideas y opiniones, de modo que la minoría actual pueda eventualmente convertirse en la mayoría del mañana. Para ello hay que proteger los derechos fundamentales sobre todo en tanto que condiciones del funcionamiento normal de la democracia, y a ello está llamada la justicia constitucional para garantizar la expresión de la voluntad general, en la medida en que se respete la Constitución.

Situar el principio de mayoría exclusivamente en el ámbito de lo político, para contraponerlo a otros elementos jurídicos como la Constitución, los derechos fundamentales o la jurisdicción constitucional, no me parece ni correcto ni conveniente. Aunque el principio de mayoría tiene una lectura política, entiendo

que también es un principio constitucional, conectado con el principio democrático, y que frente a una pretendida desjuridificación y desconstitucionalización del mismo, es un concepto jurídicamente accesible, aplicable e interpretable por los Tribunales, y de modo especial por los Tribunales Constitucionales.

2. EL PRINCIPIO DE MAYORÍA EN LA DOCTRINA ALEMANA

Es práctica frecuente en los principales textos doctrinales que se ocupan del Derecho constitucional alemán, situar el principio de mayoría (*Mehrheitsprinzip*), dentro del ámbito del principio democrático, que junto con el republicano y los de Estado de Derecho, Estado social y Estado federal integran los llamados principios estructurales o decisiones básicas (*Grundentscheidungen*) del orden constitucional democrático y de libertad de la Ley Fundamental de Bonn².

En el mencionado texto constitucional, el principio de mayoría aparece recogido en diversos preceptos, siendo el más significativo el artículo 42, párrafo 2, que señala que, «para un acuerdo del *Bundestag* es necesaria la mayoría de los votos emitidos, a no ser que esta Ley Fundamental determine otra cosa».

Preceptos semejantes podemos encontrar en el artículo 64.3 de la Constitución italiana³ y en el 79 de nuestro texto constitucional de 1978.

No existe en la Ley Fundamental alemana un precepto que catalogue al principio de mayoría como un principio general y con validez sin excepciones, aunque no faltan relevantes comentaristas de dicho texto, que partiendo de la calificación del Estado como democrático (artículo 20.1), y del principio contenido en el artículo 20.2, de que todo el poder procede del pueblo y que se ejercita en elecciones y votaciones, así como a través de órganos como especialmente el legislativo, consideren al principio de mayoría como un principio constitucional a prueba incluso de reformas constitucionales por la vía del artículo 79.3 de la Ley Fundamental (*vid.* Maunz, Dürig, Herzog, Scholz, 1999.)

Autores como Stern mantienen un criterio relativista al opinar que en las democracias tal principio ni es una forma prevista con carácter universal para

² Véanse, entre otros, STERN (1977, 458 y ss), HESSE (1984, 55-56), y KRIELE (1971, 46 y ss.), donde sitúa al gobierno de la mayoría como elemento caracterizador de la democracia, junto con la igualdad, la tolerancia, el pluralismo, la concurrencia de élites de poder, la complejidad, el equilibrio de intereses, y el compromiso. Entre los autores no alemanes podemos citar a PIZZORUSSO (1984, 107 y ss.) y a GOMES CANOTILHO (1998, 316-317).

³ «Las decisiones de cada Cámara y del Parlamento no serán válidas si no está presente la mayoría de sus componentes y si no son adoptadas por la mayoría de los presentes, salvo que la Constitución prescriba una mayoría especial».

alcanzar una decisión, ni posee un carácter absoluto, suponiendo básicamente un método de tomar decisiones, a la vista de que la unanimidad es algo irreal.

Según Stern (1977, 458-459), el principio de mayoría precisaría para su validez de dos condiciones, la igualdad de los participantes en la votación respecto a la determinación de la mayoría, y la comprobación de la misma a través de un procedimiento regulado y basado en la libre y abierta formación de la opinión y de la voluntad, debiendo existir en los órganos representativos una igualdad de status jurídico, y respecto a los ciudadanos un derecho igual a participar en la formación de la voluntad política.

El profesor Stern mantiene una posición no exenta de cierta ambigüedad, pues por una parte sitúa al principio de mayoría dentro del elemento democrático del orden constitucional, añadiendo además que permite al mayor número posible sentirse sometidos únicamente a su voluntad, y por otra critica la tendencia a definir la democracia como el dominio de la mayoría (*Herrschaft der Mehrheit*), argumentando por añadidura que ni en la Ley Fundamental, ni en la constitución de Weimar se habría incorporado la frase, «la mayoría decide», como expresión del principio democrático. El principio de mayoría es ciertamente un procedimiento para obtener decisiones, aunque el sistema democrático no puede reducirse a la observancia de tal procedimiento.

Democracia no es únicamente decisión de la mayoría. El principio de mayoría cumple funciones de legitimación, ya que obtener una decisión a través de un proceso democrático, no significa sólo tomar en consideración una participación procesal en el procedimiento decisorio, sino participar también en la dirección de la comunidad política.

Hesse (1984, 56) ha considerado al principio de mayoría, como un modo de decisión cuyo contenido no tiene que ser más justo o correcto, señalando además que en relación con la minoría debe partirse de dos presupuestos básicos: que es la mayoría quien decide, si bien deben darse las condiciones de igualdad de oportunidades para que quienes en un momento dado sean minoría, puedan convertirse en mayoría. En esta línea Gomes Canotilho (1998, 1108 y 1334) ha escrito que la legitimidad cuantitativa se convierte en principio de unidad cuando resulta de un compromiso sobre cuestiones fundamentales (*Grundkonsens*). El principio de mayoría presupone la publicidad crítica (libertad de discusión previa y libre), la posibilidad de diversas relaciones o alternativas de mayoría y el principio de respeto a las minorías.

Por consiguiente, puede aceptarse que el principio de mayoría tiene un carácter formal en la medida en que no está legitimado necesariamente por una presunta calidad de las decisiones adoptadas. Su fundamento de legitimación reside más bien en la libertad democrática en cuanto expresión del pluralismo.

El comportamiento de la minoría discrepante en democracia no es ni ilegítimo ni ilegal. El principio de mayoría excluye cualquier valoración de la actuación de los que deciden de acuerdo con criterios tales como falso o verdadero. La existencia y actuación de la minoría es tan legal como la de la mayoría. Para proteger a la minoría y posibilitar la alternancia democrática, el principio de mayoría se somete a límites jurídicos, como son los derechos fundamentales, las reglas de procedimiento, la exclusión de determinados ámbitos de las decisiones de la mayoría parlamentaria, la tutela jurisdiccional, etc. (Gusy, 1981). En relación con los derechos fundamentales, entendidos como garantías «a prueba de mayorías», es el individuo o individuos afectados quienes tienen que decidir.

Mientras que en el ámbito de la actuación estatal, determinado por el principio democrático tiene validez la máxima de que la mayoría decide, por el contrario los derechos fundamentales caracterizan a un ámbito vital en el que el individuo puede exigir autonomía, en un escenario que no puede someterse a votación. Quien reivindica sus derechos fundamentales toma también un trozo de libertad política de configuración, en cuanto apelando a su propia voluntad desconoce la obligatoriedad para él del proceso democráticamente legitimado de formación de la voluntad estatal, produciéndose incluso «un quebrantamiento puntual del principio de mayoría» (*vid. Ziedler, 1984, 563-564*).

En 1977, Häberle⁴, publicó un trascendental texto, sobre el tema que analizo, en el que se sorprendía de la escasez de trabajos sobre el principio de mayoría, en contraste con la época de Weimar⁵, y a pesar de la reciente discusión mantenida en la República Federal sobre el concepto de democracia y el proceso de democratización, que se había reflejado en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, en torno a cuestiones como la legislación universitaria y la cogestión empresarial, entre otras, o incluso sobre la conveniencia de exigir una mayoría de dos tercios de los miembros del Tribunal Constitucional, para poder anular una ley.

Pues bien, la publicación en 1973 del texto de Scheuner, dedicado al principio de mayoría, habría supuesto, nada menos, que el despertar tras «un sueño eterno»⁶, en opinión de Häberle (1977a), que analiza en este trabajo, precisamente dirigido al comentario y crítica de la aportación de Scheuner, las razones de tan llamativo vacío.

⁴ HÄBERLE (1977a), que se encuentra reproducido y ampliado en la colección de trabajos de HÄBERLE (1978).

⁵ Vid. KELSEN (1929, 53 y ss.), SCHMITT (1928, 278 y ss.) y SMEND (1955, 151 y ss.).

⁶ HÄBERLE (1977a, 565) alude textualmente a un *Dörröschenschlaf*, en referencia a la Bella Durmiente del Bosque, a quien el beso de un Príncipe logró despertar de su letargo.

Por todo ello considero como especialmente valioso el trabajo de Scheuner, sobre todo por su capacidad para ofrecernos las claves que explican la lenta evolución histórica del principio de mayoría, su expansión a partir del momento del establecimiento de las asambleas representativas, y del sufragio universal, y especialmente la referencia a los presupuestos y límites de tal principio en el marco de la democracia moderna.

A ello se sumaría años después el importante texto de Heun (1983), curiosamente con el mismo título empleado por Scheuner y que sigue constituyendo el análisis más completo y exhaustivo sobre el principio de mayoría ⁷.

3. EL PRINCIPIO DE MAYORÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

Como punto de partida podemos citar la afirmación expresa del Tribunal en el sentido de que el principio de mayoría pertenece a los «principios fundamentales de la democracia» (BVerfGE, 29, 154, en relación con BVerfGE 1, 299, 315) ⁸. Sin embargo, una de las sentencias más interesantes acerca del objeto de nuestro análisis, es la de 2 de marzo de 1977 (*Öffentlichkeitsarbeit*) ⁹. El Tribunal Constitucional Federal enjuició si determinadas actuaciones del Gobierno durante la campaña electoral de 1976, y caracterizadas por éste como «tareas de publicidad», habrían vulnerado derechos constitucionales reconocidos a otros grupos políticos. La Unión Cristiano-Demócrata (CDU) actuó como demandante a través de un conflicto interorgánico (artículo 93.1 de la Ley Fundamental) ¹⁰ y la sentencia del Tribunal confirmó la lesión de tales derechos ¹¹.

Desde la perspectiva que aquí nos interesa, la sentencia afirma que, «la Ley Fundamental en cuanto orden democrático prevé que determinadas decisiones básicas del Estado se adopten en virtud de la regla de la mayoría» ¹², si

⁷ Un resumen de utilidad sobre las cuestiones que plantea el principio de mayoría., puede encontrarse en el artículo de KRÜPER (2009).

⁸ Vid. BENDA (1986, 61-77).

⁹ BVerfGE 44, 125. En este apartado me ocupo especialmente de comentar esta sentencia y la de 14 de enero de 1986, BVerfGE 70, 314.

¹⁰ Los partidos políticos pueden hacer valer ante el Tribunal Constitucional, la violación de su status jurídico-constitucional por la configuración jurídica del procedimiento electoral, únicamente mediante un conflicto interorgánico (BVerfGE 4, 27).

¹¹ Un sugerente comentario de esta sentencia puede encontrarse en el texto de HÄBERLE (1977b y 1978, 526-556).

¹² BVerfGE 44,125. La sentencia alude entre otros a los artículos 42.2 (acuerdos del *Bundestag*), 63.2 (elección del Canciller por el *Bundestag*), 67.2 (moción de censura), 52 (acuerdos del *Bundesrat*) y 54.6 (elección del Presidente de la República).

bien se establecen al dominio de la mayoría, límites propios del Estado de Derecho y del Estado federal especialmente relacionados con los derechos fundamentales, la garantía de la tutela judicial frente a los poderes públicos (art.19.4 LF), la rigidez o limitación de la reforma constitucional (art.79), la independencia del Poder Judicial (arts. 20.3 y 97 LF), actuando la jurisdicción constitucional como garante de dichos límites (art. 93 LF). Asimismo la sentencia adopta una toma de postura ya clásica, respecto al fundamento del principio de mayoría:

«Sólo cuando la mayoría procede de un proceso de formación de la opinión y de la voluntad libre, abierto y que se renueva regularmente, en el que todos los candidatos puedan participar básicamente con el mismo derecho, y cuando (la mayoría) toma en consideración respecto a sus decisiones el bien común, y atiende los derechos de la minoría (...) y no le impide o limita la oportunidad jurídica de convertirse en futura mayoría, sólo entonces puede valer la decisión de la mayoría respecto al ejercicio del poder estatal, como voluntad de la totalidad, y de acuerdo con la idea de la libre autodeterminación de todos los ciudadanos, generar fuerza vinculante para todos» (p. 142).

Junto a estas consideraciones bastante exigentes sobre la relación entre mayoría y minoría, se prohíbe a los órganos del Estado en la sentencia, «identificarse en cuanto tales y respecto a las elecciones, con partidos políticos o candidaturas electorales y apoyarles o combatirles empleando medios del Estado, así como influir mediante la propaganda en la decisión de los electores (...) los órganos del Estado tienen que estar al servicio de todos y comportarse con neutralidad, pues caso contrario quedará afectado el derecho constitucional de los perjudicados a la igualdad de oportunidades en las elecciones (arts. 21.1 y 38.1 LF)» (p. 143).

En opinión de Häberle (1978, 527 y 540), en esta sentencia el Tribunal Constitucional desarrolla su concepción de la democracia, especialmente en relación con el principio de mayoría, precisando además las conexiones existentes entre Estado, órganos públicos, partidos políticos y ciudadanos electores, centrándose en la interpretación del artículo 38 de la Ley Fundamental¹³ y constitucionalizando el papel de las minorías que forman la oposición.

En su decisión contra la actuación del Gobierno, se funda el Tribunal Constitucional en el principio democrático (arts. 20.1 y 2) y en la igualdad de oportunidades electorales (arts. 21.1 y 38.1), para a continuación desarrollar su

¹³ «Los diputados de la Dieta Federal alemana se eligen por medio de unas elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. Son representantes del pueblo en su conjunto, no vinculados a mandatos e instrucciones y sujetos únicamente a su conciencia.»

teoría del principio de mayoría y de los límites al mismo como consecuencia del Estado de Derecho y de la configuración federal del mismo. La obediencia y vinculación jurídica de los ciudadanos quedaría desvirtuada si el poder del Estado se convirtiese en un instrumento para perpetuar una mayoría determinada, pues el Estado constituido por la Ley Fundamental, «se sustenta en el pueblo en su conjunto y no en la mayoría gobernante en el momento» (Häberle, 1978, 533-534)¹⁴, y consecuentemente los órganos estatales deben estar al servicio de todos y comportarse con neutralidad en las contiendas electorales. Ya desde las primeras sentencias, el Tribunal Constitucional alemán reconoció, «que el principio de mayoría forma parte de los principios básicos de la democracia en libertad»¹⁵, aunque añadiendo, «que mayoría y minoría son únicamente magnitudes políticas dentro de la Corporación parlamentaria, y que en tal condición no están jurídicamente configuradas» (BVerfGE 2, 143, 161). En tal sentido conviene precisar que el Estado actúa a través de sus órganos constitucionales, y no mediante las mayorías en ellos insertas. De tal modo que las leyes eventualmente se aprueban por el *Bundestag* y no por la correspondiente mayoría parlamentaria. Mayoría y minoría no pueden en cuanto tales ser parte en un proceso. Según el artículo 63 de la ley del TCF alemán, en los conflictos interorgánicos, sólo pueden ser demandantes o demandados, el Presidente, el *Bundestag*, el *Bundesrat*, el Gobierno o las fracciones de dichos órganos dotados de derechos propios por la Ley Fundamental o los Reglamentos de las Cámaras.

Así por ejemplo, según el artículo 44.1 de la LF, una cuarta parte al menos de los miembros del *Bundestag* tiene la facultad de exigir al propio órgano parlamentario, y éste obligación de constituir una comisión de investigación. Tal minoría tiene capacidad para ser parte (*parteifähig*) en tal tipo de procesos constitucionales.

En el proceso sobre financiación ilegal de partidos políticos (caso Flick)¹⁶, actuaron como demandantes dos grupos parlamentarios (*Fraktionen*), considerados en tanto que «estructuras permanentes del *Bundestag*», y por tanto legitimados para recurrir.

En una importante sentencia de 8 de diciembre de 2004¹⁷ sobre el reparto de puestos por parte del *Bundestag* en la Comisión de Mediación entre ambas

¹⁴ Véase, además, BVerfGE 19, 206 (216).

¹⁵ «*Das Mehrheitsprinzip gehört zu den tragenden Grundsätzen der freiheitlichen Demokratie*» BVerfGE 1, 299 (315). *Wohnungsbauförderung* (Sentencia sobre la promoción de construcción de viviendas), véase además, BVerfGE 5, 85 (231 y ss.), y 29, 154 (165).

¹⁶ BVerfGE 67, 100 (124). Sentencia de 17 de julio de 1984.

¹⁷ BVerfGE 106, 253 (273).

Cámaras, (*Vermittlungsausschuss*), se insiste en lo indicado, señalando que ni en la Ley Fundamental, ni en el Reglamento de la Cámara se dota a la «mayoría» de derechos especiales, pues supone una categoría política que se configura caso a caso, y no una categoría jurídica. Lo que sí se reconoce por el Derecho Constitucional es el principio de mayoría recogido en el artículo 44.2 de la LF conforme al que los acuerdos del *Bundestag* precisarán de la mayoría de los votos, aunque caben excepciones previstas en la Constitución o en el Reglamento de la Cámara.

La Ley Fundamental ha regulado no sólo el principio de mayoría, además pretende fomentar una mayoría parlamentaria estable al incorporar una moción de censura constructiva (art. 67.1) y condicionar la cuestión de confianza, como reacción a las experiencias de los Gobiernos presidenciales de la última etapa de Weimar que no contaban con mayoría parlamentaria.

En una posición semejante podríamos situar a la sentencia de 23 de enero de 1957¹⁸ que considera compatible con la Constitución determinados elementos correctores, y sobre todo las barreras legales (*Sperrklause*n) excluyentes de las minorías que no alcancen un determinado porcentaje de votos¹⁹.

Partiendo de que el principio de voto igual es una aplicación del principio general de igualdad garantizado como derecho fundamental en el artículo 3.1 de la LF, el Tribunal Constitucional federal afirmó que «la elección no tiene únicamente por objetivo dar validez a la voluntad política del individuo en cuanto tal, sino crear también una representación popular»²⁰.

Se justifica así el que se establezcan mecanismos correctores para evitar la fragmentación del parlamento en múltiples pequeños grupos, que dificulten o impidan la formación de una mayoría. El legislador puede además establecer diferencias respecto al valor efectivo (*Erfolgswert*) de los sufragios y en consecuencia generar un tratamiento diferente de los partidos políticos afectados, en la medida en que ello sea necesario para garantizar el proceso de la elección como un proceso de integración en interés de la unidad del sistema electoral en su conjunto y para asegurar los objetivos de política estatal perseguidos con la elección parlamentaria (BVerfGE 6, 84, cit.)²¹.

Respecto a la cuestión de la composición de los órganos colegiados tiene un notable interés la sentencia de 14 de enero de 1986 (BVerfGE 70, 324) que se pronunciaría en concreto sobre un tema importante, el control presupuesta-

¹⁸ BVerfGE 6, 84.

¹⁹ Esta sentencia tendría influencia significativa en la STC 75/1985 del Tribunal Constitucional español sobre una cuestión semejante.

²⁰ BVerfGE 1, 242 y 3, (391).

²¹ Vid. FROWEIN (1974, 72 y ss.).

rio de los servicios secretos, y la composición de la comisión parlamentaria restringida, encargada de dicho control.

Mediante sendos preceptos de las leyes presupuestarias de 1984 y 1985, el *Bundestag* decidió formar una comisión reducida para conocer y aprobar en su caso los planes económicos de los servicios de información. Dichas comisiones estuvieron integradas por cinco miembros [tres de la coalición democristiana-liberal en el Gobierno (CDU-CSU- FDP) y dos de la oposición socialdemócrata (SPD)].

El grupo parlamentario de Los Verdes (*Die Grünen*) quedó excluido, presentando el correspondiente recurso, con el argumento de que se pretendía apartar de dicha información privilegiada a los diputados de un grupo parlamentario políticamente no grato. Lo que se plantea en este caso es si existe un derecho constitucional en cuanto grupo parlamentario a formar parte de un órgano colegiado reducido. La sentencia llegará a afirmar que puede aceptarse con fundamento constitucional, el que por motivos necesarios para la protección del secreto, queden apartados grupos parlamentarios respecto a su integración en comisiones o comités.

«El precepto de proteger a las minorías parlamentarias, así como el derecho a una formación y ejercicio de la oposición conforme a la Constitución, tienen sus raíces en el principio democrático [artículo. 20.1 y 2 LF, BVerfGE 2, 1 (13) y 44, 308 (321)]. Esta protección no consiste en preservar a la minoría de las decisiones objetivas de la mayoría, sino más bien en posibilitar a la minoría el introducir su punto de vista en el proceso de formación de la voluntad del Parlamento» (epígrafe 155).

En relación con la determinación de los derechos de la minoría se han de tener en cuenta otros bienes jurídicos de rango constitucional. En opinión del TCFA, la mayoría y la minoría no constituyen necesariamente una unidad homogénea sino que pueden estar fragmentadas en una pluralidad o multiplicidad de grupos. El que todos ellos de modo absolutamente idéntico participen en la actividad parlamentaria, significaría que no pudiesen constituirse pequeños comités o sólo pudiesen hacerlo al precio de que la mayoría no estuviese allí presente como tal.

Al Parlamento le está constitucionalmente permitido prever un número de miembros para la formación de comisiones, que en relación con la aplicación de las reglas usuales para la distribución de puestos, no permita la consideración de todos los grupos parlamentarios.

«La conveniencia de protección del secreto respecto al control de los planes económicos de los servicios de inteligencia, exige un alto grado de precau-

ción. No es competencia del Tribunal sopesar en concreto hasta dónde puede llegar tal precaución. La decisión de encomendar a un comité muy reducido tales tareas, y el que sean elegidos por la mayoría de los miembros del *Bundestag*, y que disfruten de la confianza de tal mayoría, es compatible con la Constitución» (Directriz 8).

La sentencia fue aprobada con los votos disidentes de los jueces Böckenförde y Mahrenholz, quien en su sugerente aportación construye una teoría de las relaciones entre mayoría y minoría, afirmando que el acuerdo de la Cámara lesiona el artículo 38.1 de la LF:

«Según lo dispuesto en tal artículo (42.2 LF), no se puede definir a la minoría como la parte que no es mayoría. La minoría es más bien parte de la totalidad. La mayoría se distingue de la minoría en que cuando decide la totalidad tiene validez la voluntad de la mayoría. Desde esta perspectiva es parte del conjunto como lo es la minoría. Ambas son iguales en Derecho. De ello se sigue la equiparación en derechos respecto al procedimiento parlamentario en su totalidad, en el derecho a la información sobre el asunto tratado (...)» (Voto particular, apartado 5).

Mahrenholz, interpretando el artículo 12 el Reglamento del *Bundestag*, califica de imperativo constitucional la composición proporcional de las comisiones con la posibilidad de atender en cada una a los diversos grupos parlamentarios con al menos un puesto, aun a costa de tener que ampliar el número de sus integrantes, llegando a afirmar que «la mayoría no ha tenido otro objetivo que excluir por razones políticas al reclamante, del dictamen de los planes económicos de los servicios secretos» (Voto particular, apartado 5 b).

La sentencia daría satisfacción en su momento a los dos grandes partidos que desconfiaban de Los Verdes. Lo que cambiaría radicalmente desde la perspectiva socialdemócrata a lo largo de la década de los noventa, llegándose en 1998 a la formación de un Gobierno de coalición entre la socialdemocracia y los ecologistas²².

En relación con España, conviene recordar que en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 2 de junio de 1992, sobre acceso a secretos oficiales, se establecía lo siguiente:

«Si la materia en cuestión hubiese sido clasificada en la categoría de secreto, el Gobierno facilitará la información recabada a un Diputado por cada Grupo Parlamentario de los constituidos, de conformidad con lo previsto en el artículo 23.1 del Reglamento de la Cámara. Los Diputados serán elegidos al efecto por el Pleno de la Cámara por mayoría de tres quintos» (artículo 3).

²² Sobre el control de los servicios secretos en Alemania, véase, GUSY (2008) y DIETRICH (2014).

La exigencia de una mayoría cualificada satisface de modo holgado la confianza de la Cámara en los Diputados elegidos. Por otro lado, la redacción del texto da pie para entender que los miembros del Grupo Mixto quedan excluidos, aunque la práctica parlamentaria no lo ha entendido así, ya que en mayo de 2004, se eligió para formar parte de dicha comisión a uno de los integrantes (BNG) del Grupo Mixto. Además, en casos excepcionales se contempla la posibilidad de que el Gobierno transmita la información exclusivamente al Presidente del Congreso de los Diputados, lo que, si nos situamos comparativamente en la doctrina jurisprudencial alemana, podría incurrir en inconstitucionalidad, al excluir a la oposición del conocimiento de tal información protegida.

Una ley aprobada en 1995 vino a completar el marco legal del control parlamentario de secretos oficiales mediante el empleo de comisiones restringidas, y que en el caso concreto de esta ley, remite a las normas parlamentarias anteriormente mencionadas²³.

4. EL PRINCIPIO DE MAYORÍA EN ESPAÑA

4.1 La perspectiva doctrinal

Sin duda una de las aportaciones más relevante, en mi opinión, ha sido el libro de Chueca (1993), en cuyo título se alude tanto a la regla como al principio de la mayoría, si bien predomina en el texto un enfoque de historia de la teoría política y de ciencia política, con la excepción del muy sugerente epígrafe IV dedicado al proceso mayoritario en el Estado democrático, páginas en las que considera a la regla de mayoría como aquella «que establece un modo de proceder consistente en que la mayor parte toma las decisiones», mientras que asocia al principio de mayoría con la teoría o creencia según la cual la mayoría debe tomar las decisiones colectivas pues en ella reside propiamente el poder político» (Chueca, 1993, 157), en aplicación de la afirmación de que la soberanía reside en el pueblo. Chueca defiende claramente que el principio democrático y el de mayoría están intensamente relacionados, de manera que un sistema democrático requiere contar entre sus principios con el mayoritario, precisando en la formación de sus procesos de decisión y de producción normativa, de la aplicación de la regla de la mayoría.

²³ Ley 11/1995, de 11 de mayo, de regulación de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados. Véase GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1996).

Como hemos señalado anteriormente, el escenario fundamental del principio de mayoría en relación con los órganos constitucionales es el de la toma de decisiones en el parlamento, y por ello, la Constitución en su artículo 79.2, y refiriéndose a los acuerdos de las Cámaras, afirma que «dichos acuerdos, para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para la elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras.»

Los antecedentes constitucionales de este artículo pueden encontrarse en la Constitución de 1812, cuyo artículo 139 afirmaba que, «la votación se hará a pluralidad absoluta de votos», mientras que a partir de la Constitución de 1869, en su artículo 51, se alude «a pluralidad de votos», lo que se repetirá en sucesivos textos constitucionales (cfr. Ripollés Serrano, 1996, 766).

Este precepto se interpreta en el sentido de que las cámaras deciden habitualmente por mayoría simple -más votos a favor que en contra-, salvo que se establezca otro tipo de mayoría superior como la absoluta, que supone el asentimiento de al menos la mitad más uno de los miembros de la Cámara, o mayorías cualificadas de tres quintos o de dos tercios. Los restantes órganos constitucionales colegiados (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas...), así como los Tribunales no unipersonales adoptan sus decisiones de acuerdo con la regla de la mayoría o por unanimidad (cfr. Ahumada Ruiz, 2000).

En cambio, el Gobierno no decide por mayoría; en primer lugar porque sus miembros dependen del Presidente del Gobierno, que es quien recibe la investidura del Congreso de los Diputados y puede proponer libremente al Rey su nombramiento y cese. Por otro lado, el Gobierno, al menos hacia el exterior, debe suponer una expresión de unidad. En la actualidad, y ello resulta significativo, un Gobierno, el de Israel, basado en una coalición de partidos, suele adoptar sus decisiones por votación entre sus miembros. La Constitución de Weimar de 1919 no deja de producir sorpresas cuando en su artículo 58 se incluía lo que sigue: «El Gobierno del *Reich* tomará sus acuerdos por mayoría de votos. En caso de empate decidirá el voto del Presidente».

En un artículo previo, se alude a la competencia del Jefe del Gobierno para fijar las directrices políticas²⁴. Se trataría pues de una posición secundaria

²⁴ Art. 56: «El Canciller del *Reich* establece las líneas generales de la política y responde de ellas ante el *Reichstag*. Dentro de estas líneas generales, cada Ministro del *Reich* dirige el sector de la administración que le haya sido encomendado, actuando con autonomía y respondiendo directamente ante el *Reichstag*».

del Canciller, comparada con la centralidad y enormes poderes del Presidente del *Reich*.

Volviendo al análisis del principio de mayoría en nuestro sistema político y constitucional, no es de extrañar que una gran parte de las aportaciones esté relacionada con el Derecho parlamentario, y especialmente con cuestiones como la oposición (López Aguilar, 1988 y 1991) y el papel de las minorías (Sánchez Navarro, 1995 y 1997). Por otra parte en la Revista de las Cortes Generales, editada por el Congreso de los Diputados se han publicado diversos trabajos sobre mayorías y minorías, desde la aparición del primer número en 1984²⁵.

En el 2000, Requejo publicó un texto centrado en el principio minoritario, y significativo ejemplo de un cambio de perspectiva en el tratamiento de la cuestión. En las conclusiones del trabajo se afirmaba que, «si se quiere preservar la esencia del Estado democrático, no se puede ofrecer una visión reduccionista del mismo que convierta a la regla de mayoría en su único rasgo distintivo, prescindiendo de otro de sus elementos definitorios: la protección de las minorías» (Requejo, 2000, 163).

En 2016 la publicación de un importante libro colectivo editado por Gutiérrez y Gutiérrez contribuyó a disminuir la escasez en la bibliografía española de monografías sobre el principio de mayoría. Adoptando un enfoque multidisciplinar, en él se incluyen trabajos tanto de naturaleza politológica como otros propiamente de Derecho Constitucional²⁶.

Con motivo del 40 aniversario del texto constitucional de 1978, se han publicado diversos Comentarios a la Constitución, y obviamente al artículo 79.2 de la misma²⁷.

4.2 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En una de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la noción de mayoría vinculándola con el carácter democrático del Estado, afirmando expresamente, «que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayo-

²⁵ Destacaría, entre otros, los siguientes: LAPORTA (1984), MARCET I MORERA (1991), RIPOLLÉS SERRANO (1991), EMBID IRUJO (1992), MORENO GARCÍA (1992) ARANDA ÁLVAREZ (1994), VÍRGALA FORURIA (1996) y SARMIENTO MÉNDEZ (2002).

²⁶ Entre ellos citaría por su mayor incidencia en relación con este texto, los de EXPÓSITO GÓMEZ (2016) y ARENAS RAMIRO (2016).

²⁷ Destacaría los de DA SILVA OCHOA (2018) y GARCÍA-ESCUADERO (2018).

rías cualificadas o reforzadas»²⁸, añadiendo que una consideración formalista del contenido de las leyes orgánicas puede generar una petrificación abusiva del ordenamiento jurídico a favor de quien dispusiese de la mayoría parlamentaria suficiente.

De modo semejante a lo que hemos venido comentando sobre la evolución constitucional en Alemania, nuestro Tribunal Constitucional ha asociado prevalentemente el principio de mayoría con el principio democrático y con el respeto a las minorías (artículo 1.1 CE, Estado democrático de Derecho), por un lado, y por otro, y prescindiendo de los supuestos de unanimidad, con la forma mayoritaria de adoptar acuerdos los órganos parlamentarios y por extensión otros órganos constitucionales y los distintos tipos de mayoría requeridos (artículo 79.2 CE).

Como muestra de ello, citaré la significativa sentencia de 13 de diciembre de 2012 (STC 238/2012), en la que se posiciona claramente y en una perspectiva general sobre la trascendencia del principio de mayoría o mayoritario²⁹, pero justificando además la necesidad de mayorías reforzadas³⁰.

El proceso secesionista de Cataluña ha generado diversas y trascendentes sentencias del Tribunal Constitucional y en alguna de ellas se pueden encontrar valiosas aportaciones sobre el principio y las formas de la mayoría.

En primer lugar, y como ejemplo, afirmando como se hace en la STC 71/2017 de 5 de junio, FJ 6, que la mayoría absoluta es algo excepcio-

²⁸ STC 5/1981. FJ 21. A. Recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley Orgánica 5/1980 por la que se regula el Estatuto de Centros Docentes.

²⁹ Fundamento Jurídico 6: «El principio democrático consagrado por nuestra Constitución (art. 1.1) impone que la formación de la voluntad de las Cortes Generales se articule a través de un procedimiento cuyos rasgos estructurales ha prescrito el texto constitucional. (...) la aplicación de principio mayoritario y, por tanto, la consecución de una determinada mayoría como fórmula para la integración de voluntades concurrentes, es el instrumento por el que ha optado nuestra Constitución para encauzar la voluntad de los ciudadanos. De esta forma se canaliza el ejercicio de la soberanía popular participando los ciudadanos en los asuntos públicos a través de sus representantes elegidos mediante las elecciones (STC 157/1991, de 15 de julio, FJ 4). Los grupos parlamentarios y el principio mayoritario son, entonces, vitales para el funcionamiento del sistema democrático y de la supremacía del Parlamento, convirtiéndose precisamente así, uno y otro, en la garantía del principio democrático participativo que informa la Constitución, «manifestación, a su vez, de la soberanía popular» (STC 167/2001, de 16 de julio, FJ 5) y «que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados» (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5).»

³⁰ Tras recordar en su Fundamento Jurídico 7, que dichas mayorías son para supuestos tasados y excepcionales, continúa señalando el Tribunal Constitucional, «que esas mayorías cualificadas o reforzadas son reconocidas como necesarias cuando la naturaleza o carácter de las decisiones o acuerdos que han de ser tomados lo justifican. Así en la STC 146/1993, de 29 de abril, el Tribunal justifica una mayoría cualificada de 2/3 para la adopción de ciertos acuerdos por el Consejo de Administración del ente público Radio Televisión Española, afirmando que no cabe «aducir que la «exigencia de mayorías excesivas» pudiera «bloquear el funcionamiento del órgano» (...) porque, ya se ha dicho que la finalidad de la mayoría cualificada, legalmente dispuesta, no puede ser otra que abocar a los miembros del Consejo a la razonable búsqueda del consenso, frente a la lógica de la simple mayoría, en la adopción de unos acuerdos, dado el carácter o naturaleza de éstos» (FJ 4).»

nal³¹. En la sentencia 114/2017, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada «del referéndum de autodeterminación», se hacen interesantes consideraciones sobre la defensa del pluralismo político y los derechos de las minorías en su relación con la mayoría³².

En la sentencia 124/2017 de 8 de noviembre de 2017, que declaró asimismo la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de Cataluña 20/2017 de 8 de septiembre, denominada «de transitoriedad jurídica y fundacional de la República», se menciona la vulneración de los derechos de la minoría en cuanto representantes además de los ciudadanos³³.

La doctrina fijada por el Tribunal Constitucional sobre la mayoría y las minorías también ha sido recogida en diversas sentencias otorgando amparo a miembros de las minorías en el Parlamento catalán, como la STC 27/2018 de 5 de marzo, en relación con acuerdos de la Mesa que inadmitieron la solicitud de dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias en relación con la proposición de ley de transitoriedad jurídica. En ella, tras aludir a la afirmación de la Letrada del *Parlament* en el sentido de que «el principio de las mayorías constituye la regla principal en un sistema democrático», salvo que se vulneren derechos fundamentales (Antecedente número 7), establece una conexión con argumentos jurídicos recogidos en la STC 124/2017, vinculando el respeto al pluralismo político con los derechos de las minorías³⁴, y finalmente otorgando el amparo por vulneración de derechos contenidos en el artículo 23.1 y 2 CE.

³¹ La imposición de una mayoría absoluta, como ha recordado en ocasiones este Tribunal, supone la excepción en nuestro sistema parlamentario, pues «el procedimiento legislativo se ha ordenado con arreglo al denominado principio mayoritario que constituye una «afirmación del principio democrático, respecto del cual toda mayoría cualificada (...) debe mantenerse en términos de excepción a la regla» (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 11), al ser excepcional «la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria» [SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2, y 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 A)]» (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 5).

³² En la tramitación parlamentaria de lo que terminó siendo la Ley 19/2017 se incurrió en muy graves quiebras del procedimiento legislativo, que afectaron sin duda a la formación de voluntad de la Cámara, a los derechos de las minorías y a los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes (art. 23.1 y 2 CE).

«Se asegura con ello el necesario respeto de las minorías, sin el cual el principio de mayoría para la adopción final de las decisiones, igualmente irrenunciable, pondría en riesgo su legitimidad» (FJ 6e).

Doctrina reiterada en las SSTC 124/2017, FJ.6 y 27/2018, FJ 5.

³³ «Se ha de concluir, por tanto, que en la tramitación parlamentaria de la Ley impugnada se ha incurrido en muy graves quiebras del procedimiento legislativo, que afectaron sin duda a la formación de la voluntad de la Cámara, a los derechos de las minorías y a los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes (art. 23.1 y 2 CE)».

³⁴ «En consecuencia, la argumentación recogida por la STC 124/2017 (...) tiene una conexión directa con el presente recurso de amparo, toda vez que la preservación del pluralismo político en el curso de los procedimientos legislativos es inseparable del respeto a la posición y derechos de las minorías, como lo es respecto de «la integridad misma de los derechos de los representantes para el ejercicio en condicio-

Además el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que nuestra Constitución no tiene que ser perpetua y que cabe su revisión total, pero respetando los procedimientos y mayorías previstos para la reforma constitucional³⁵.

5. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- ACKERMAN, B. (1984), «The Storrs Lectures: «Discovering the Constitution»», *The Yale Law Journal*, vol. 93, pp. 1013 y ss.
- (1991), *We the People: Foundations*, Cambridge: Harvard University Press.
- AHUMADA RUIZ, M. A. (2000), «La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional. *Rationes decidendi* en la STC 130/1999», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, pp. 155-188.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (1994), «El «puesto» de las minorías en democracia», *Revista de las Cortes Generales*, 31, pp. 199-212.
- ARENAS RAMIRO, M. (2016), «Causas y consecuencias de la mayoría cualificada en la ley orgánica», en I. Gutiérrez y Gutiérrez (coord.), *Decidir por mayoría*, Madrid: Marcial Pons, pp. 145-162.
- BENDA, E. (1986), «Konsens und Mehrheitsprinzip im Grundgesetz und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en H. Hattenhauer y W. Kaltefleiter (eds.), *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*, Heidelberg: Müller Juristische Verlag.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1991), «Grundrechte als Grundsatznormen», en *Staat-Verfassung-Demokratie*, Frankfurt: Suhrkamp, pp.159-199.
- CHUECA RODRÍGUEZ, R. L. (1993), *La regla y el principio de la mayoría*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DA SILVA OCHOA, J. C. (2018), «Artículo 79», en M. Pérez Manzano, I. Borrajo Iniesta; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. E. Casas Baamonde (dirs.), E. Arnaldo Alcubilla, J. Remón Peñalver (eds. lit.), *Comentarios a la Constitución española*, Vol. 2, Tomo 2, pp. 167-173.

nes de igualdad, y con arreglo a las normas reglamentarias, de sus funciones propias; derechos mediante los que se realiza, al propio tiempo, el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de la institución de la representación política (art. 23.1 CE) (...)» (FJ 4.)

³⁵ «(...) solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, pueden disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución» (STC 103/2008, FJ 2).

«El debate público, dentro o fuera de las instituciones, sobre tales proyectos políticos o sobre cualesquiera otros que propugnaran la reforma constitucional goza, precisamente al amparo de la Constitución misma de una irrestricta libertad. Por el contrario, la conversión de esos proyectos en normas o en otras determinaciones del poder público no es posible sino mediante el procedimiento de reforma constitucional» (STC 114/2017, FJ 5c). En este sentido, puede ser útil la consulta del texto de RUBIO LLORENTE (1991/2012).

- DIETRICH, J. H. (2014), «Reform der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste als rechtsstaatliche Gebot und sicherheitspolitische Notwendigkeit», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 47:7, pp. 205-208.
- ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. (1988), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (1999), *Constitutionalismo y Democracia*. Con estudio introductorio de A. Herrera M., México: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Mónica Utrilla de Neira.
- ELSTER, J. (1993), «Majority rule and individual rights», en S. SHUTE y S. HURLEY (comps.), *On Human Rights*, New York: Basic Books, pp. 175-216.
- (1998), «Regla de mayoría y derechos individuales», *La Política*, 4, pp. 23-58.
- (1999), «Introducción», en J. ELSTER y R. SLAGSTAD, *Constitutionalismo y Democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, pp. 33-48.
- EMBED IRUJO A. (1992), «El control parlamentario del Gobierno y el principio de la mayoría parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, 25, pp. 7-30.
- EXPÓSITO GÓMEZ, E. (2016), «Mayorías en el Estado constitucional», en I. Gutiérrez y Gutiérrez (coord.), *Decidir por mayoría*, Madrid: Marcial Pons, pp. 67-100.
- FROWEIN, J. (1974), «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 99:1, pp. 72-110.
- GARCÍA ESCUDERO, P. (2018), «Artículo 79» en P. PÉREZ-TREMPES y A. SAIZ ARNAIZ (dirs.), C. MONTESINOS PADILLA (coord.), *Comentario a la Constitución española. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1219-1233.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (1996), «Materias clasificadas y control parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, pp. 145-178.
- GARGARELLA, R. (1996), *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel.
- GOMES CANOTILHO, J. J. (1998), *Direito Constitucional*, 3.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina.
- GUTIÉRREZ Y GUTIÉRREZ, I. (coord.), (2016) *Decidir por mayoría*, Madrid: Marcial Pons.
- GUSY, C. (1981), «Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 106:3, pp. 329-354.
- (2008), «Parlamentskontrolle der Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 41:2, pp. 36-40.
- HÄBERLE, P. (1977a), «Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung», *Juristenzeitung*, 32:8, pp. 241 y ss.
- (1977b) «Öffentlichkeitsarbeit der Regierung zwischen Parteien und Bürgerdemokratie. Zum Urteil des BVerfG vom 2. März 1977», *Juristenzeitung*, pp. 361-371.
- (1978), *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HABERMAS, J. (1998), *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta.

- HESSE, K. (1984), *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 14.^a ed., Heidelberg.
- HEUN, W. (1983), *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie. Grundlagen - Struktur - Begrenzungen*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HOLMES, S. (1999), «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en J. Elster y R. Slagstad, *Constitutionalismo y Democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, pp.217-262.
- KELSEN, H. (1929), *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: J. C. B. Mohr.
- KRIELE, M. (1971), «Das demokratische Prinzip im Grundgesetz», *VVDStRL*, vol. 25.
- KRÜPER, J. (2009), «Das Glück der größten Zahl. Zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im Verfassungsstaat», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2:5, 477-486.
- LAPORTA, F. J. (1984), «Norma básica, Constitución y decisión por mayoría», *Revista de las Cortes Generales*, 1, pp.35-57.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1988), *La oposición parlamentaria y el orden constitucional: análisis del Estatuto de la Oposición en España*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (1991), *Minoría y oposición en el parlamentarismo: una aproximación comparativa*, Madrid: Congreso de los Diputados.
- MARCET I MORERA, J. (1991), «La posición de la mayoría en las relaciones entre las Cortes Generales y el Gobierno», *Revista de las Cortes Generales*, 22, pp.7-20.
- MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, SCHOLZ, (1991) *Grundgesetz Kommentar*, artikel 79, Munich: Beck.
- MORENO GARCÍA, A. (1992), «Los derechos de las minorías en la ordenación del trabajo parlamentario», *Revista de las Cortes Generales*, 29, pp. 47-83.
- PIZZORUSSO, A. (1984), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid: CEC.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2000), *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Barcelona: Ariel.
- RIPOLLÉS SERRANO, R. (1991), «Mayorías y minorías en la construcción europea», *Revista de las Cortes Generales*, 24, pp. 34-106.
- (1996) «Comentario al artículo 79 de la Constitución», en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978 2.^a Edición*, Madrid, Cortes Generales-Edersa, pp.763-7595.
- RUBIO LLORENTE, F. (1991), «Mayorías y minorías en el Poder Constituyente», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 3, pp. 31-58.
- (2012), «Mayorías y minorías en el Poder Constituyente», en *La forma del Poder*, volumen I, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 55-81.
- SÁNCHEZ NAVARRO, A. (1995), *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1997), *La oposición parlamentaria*, Madrid: Congreso de los Diputados.

- SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (2002), «El derecho de voto y la regla de mayoría», *Revista de las Cortes Generales*, 55, pp. 87-140.
- SCHEUNER, U. (1973), *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- SCHMITT, C. (1928), *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot.
- SMEND, R. (1955), *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin: Duncker & Humblot.
- STERN, K., (1977), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo 1, Munich: Beck.
- TRIBE, L. H. (1979), *American Constitutional Law*, New York: Foundation Press.
- TROPER, M. (1990), «Justice constitutionnelle et démocratie», *Revue française de Droit constitutionnel*, 1, pp. 31-48.
- VÍRGALA FORURIA, E. (1996), «Sobre el concepto de mayoría en el ordenamiento parlamentario español», *Revista de las Cortes Generales*, 37, pp. 43-63.
- ZIEDLER, W. (1984), «Ehe und Familie», en E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Tomo 1, Berlin-New York.

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA ANTE LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL

LEYRE BURGUERA AMEAVE
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El proyecto democrático. 3. La participación electoral como parámetro de análisis. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En este breve y sencillo trabajo que presento, quisiera reflexionar sobre la participación política ante la democracia procedimental, comenzando por suscribir lo expresado por Georges Burdeau en el prefacio de su obra *La democracia. Ensayo sintético*: «Este libro es un ensayo de explicación. No contiene juicios de valor (...)» (Burdeau, 1960, 15).

En realidad, esta pretensión inicial requiere algún matiz pues como sostiene unas líneas más tarde este mismo autor: «Nunca se dejará de escribir acerca de la democracia, porque los hechos a que se refiere y las cuestiones que plantea son precisamente los mismos que determinan la condición humana». Y en tales circunstancias se antoja complicado no valorar una forma de gobierno que siempre ha estado en el centro de atención de la Ciencia Política y del Derecho.

Precisamente, David Collier y Steven Levitsky, ya en 1997, lograron documentar unos 500 usos académicos distintos del término democracia que muestran un constante y renovado interés por una cuestión que no se agota

(Collier, Levitsky, 1997). Es más, la democracia está hoy más presente que nunca en la agenda política y en el debate público.

¿A qué se debe ese continuo y reiterado interés? Estimo que a la paradoja implícita en su propia esencia ya que, por una parte, no para de crecer e instaurarse como primordial forma de gobierno en todo el mundo, a la vez que se predica su propia decadencia.

Esta percepción sustenta el siguiente epígrafe: la democracia como proyecto, que incide en la idea de que nos encontramos ante una empresa inacabada que presenta déficits y necesidades de mejora pero que no encuentra alternativa.

Como señala Peter Mair, «en el año 2000 aproximadamente el 63% de los regímenes independientes del mundo, que albergan el 58% de la población mundial, podían clasificarse como democráticos. Medio siglo antes, a pesar del optimismo temporal de la reconstrucción de la posguerra, solo el 28% de los regímenes independientes, que representaban el 31% de la población mundial, se clasificaban como democráticos. Si retrocedemos más, hasta 1900, no había regímenes completamente democráticos, pues el Reino Unido y Estados Unidos combinaban prácticas democráticas en las funciones públicas con severas restricciones en cuanto al alcance del sufragio» (Mair, 2015, 110). Luego en poco más de un siglo el avance fue vertiginoso. No en vano, al siglo xx se le ha denominado como el siglo de la democracia ¹.

Sin embargo, el indudable avance contrasta con el resultado. Es decir, hasta ahora parece que lo importante ha sido el camino pero ¿hacia dónde queremos ir?

Las tipologías de democracias parecen infinitas. Nos esforzamos en buscar y analizar sus puntos débiles para corregirlos. Y lo hacemos porque creemos que la democracia es la mejor de las formas posibles. Pero en este intento, parece que nos hemos centrado en reformar y subsanar los elementos del propio proceso democrático, en el método, olvidando la parte prescriptiva de la democracia que apela a unos valores y principios que debieran sustentar e inspirar cualquier intento de mejora.

Para enjuiciar este presupuesto, analizaré la participación política, y en concreto, la electoral como parámetro que permita observar en qué punto nos encontramos. Todo ello teniendo muy presente lo indicado por Burdeau en el inicio de este sucinto trabajo, nos encontramos ante un ensayo de explicación, entendiendo ensayo como el acto de ensayar, probar a hacer algo para ejecutarlo después más perfectamente o para no extrañarlo ².

¹ <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>

² Aceptación de la RAE: <http://dle.rae.es/?id=FcVZDQz> (última consulta 12/11/2018).

2. EL PROYECTO DEMOCRÁTICO

Hacer mención a la democracia como proyecto cuando su existencia se pierde en el tiempo con mayor o peor fortuna, se debe a la apreciación de que nos encontramos ante una idea o noción en continua transformación. Tan es así que, autores como Norberto Bobbio, consideran que este proceso de continuo cambio es consustancial a su propia naturaleza dinámica (Bobbio, 1986, 7).

Un dinamismo que debe completarse con lo expresado por Burdeau con brillantez: «La democracia, en primer lugar, ha sido anticipada antes de ser experimentada» (Burdeau, 1960, 15), para darnos cuenta de toda su complejidad.

Tradicionalmente, en torno a la democracia se configuró una mística o ideal que tras la adaptación de sus principios abstractos a la realidad, ha prefigurado un escenario de inevitables déficits. Bobbio las denomina «falsas promesas» y las resume en seis ideas: un modelo de democracia basado en la concepción individualista de la sociedad, una representación política que busca imponerse a la representación de intereses, una supuesta derrota del poder oligárquico, una extensión de los espacios reales de toma de decisiones, una presunta eliminación del poder invisible y una necesaria educación de la ciudadanía (Bobbio, 1986, 16-26).

Es evidente, que estas promesas o aspiraciones, se han ido diluyendo con el paso del tiempo dejando paso a una realidad que ha abandonado poco a poco ese ideal en favor de una mejora constante de su técnica o método, incidiendo en lo que se ha denominado como la democracia descriptiva.

En este sentido, nos situaríamos en la vieja discusión sobre el concepto descriptivo y prescriptivo de la democracia. A juicio de Torres del Moral, el concepto descriptivo pone de relieve los elementos del régimen democrático y los procedimientos de gobierno mientras que el concepto prescriptivo, axiológico o normativo, incide en los valores a los que se vincula la democracia. Más que un método, expresa este autor, la democracia en este último concepto «es una cultura, un *ethos* o forma de vida basada en la participación y en la tolerancia; una fe en la libertad, en el pluralismo y en la igualdad» (Torres del Moral, 2012, 316).

Al contraponer estas concepciones, el debate no parece tener fin, pero lo cierto es que a lo largo de la historia, si bien la aportación teórica ha podido decantarse por una u otra³, la experiencia práctica, a mi juicio, ha acentuado el protagonismo de una noción descriptiva.

Esto explicaría por qué se ha llegado a denominar como «concepto mínimo» de democracia a lo que en realidad es la concepción descriptiva. De forma que, a

³ Es el caso de la obra de KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, en la que define a la democracia como método.

juicio de autores como Bobbio, la definición mínima de la democracia contempla el régimen democrático como «un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados» (Bobbio, 1986, 9). Se trata, en definitiva, de una concepción caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos. Así pues, la democracia es concebida en la actualidad como democracia electoral, cediendo toda la atención a los procesos electorales.

Hemos abandonado esa mística, esa democracia aspiracional que propugna valores como la igualdad y la libertad en la participación, el valor del diálogo y la tolerancia, etc., en favor de una mejora técnica del procedimiento. Sin embargo, analizar y reflexionar sobre cómo votar y mediante qué instrumentos participar, no nos puede hacer obviar su importancia.

Tradicionalmente, las perspectivas se yuxtaponen, es cierto, pero si nos centramos demasiado en el ámbito del método o procedimiento, la democracia entendida como manera de vivir, de proyectar al individuo en sociedad y permitir su convivencia en paz, se quiebra. Y al quebrar esta idea, quiebra la mística que encarna y que la legitima más allá de un proceso concreto.

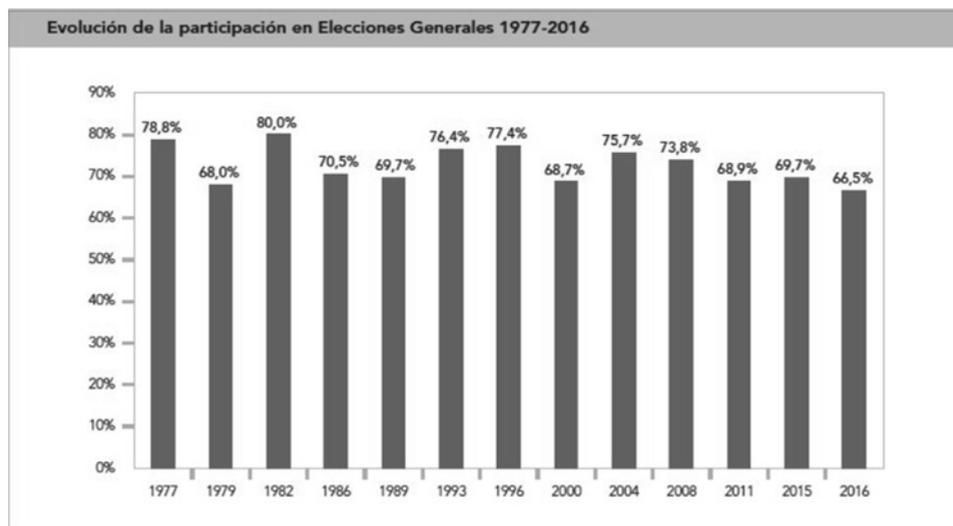
Por todo ello, reitero lo expuesto por Burdeau: «Todo el drama de la democracia proviene de que entre su filosofía y su técnica hay mucho más de yuxtaposición que de articulación» (Burdeau, 1960, 16). Reivindiquemos, pues, más articulación y menos yuxtaposición entre las dos perspectivas.

3. LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL COMO PARÁMETRO DE ANÁLISIS

En este punto, centraré mi análisis en la participación política, y en concreto, en una parte de la misma, la participación electoral, por ser una variable que, a mi juicio, tiene una doble condición muy interesante y sugerente. Por un lado, es un elemento que sirve para enjuiciar el grado de satisfacción e implementación de la democracia entendida como método, como proceso. Pero por otro lado, es un principio imprescindible de la democracia prescriptiva.

Este doble juego, me permite examinar mi tesis de partida que es la incidencia, apoyo y desarrollo de un tipo de democracia que se ha centrado en el propio proceso de selección de los representantes, abandonando los valores, principios e ideales que deben inspirarlo. Veamos, a continuación, y como ejemplos, la participación electoral de dos países con democracias consolidadas y contextos políticos no muy dispares.

En el caso de España, y tal como publica el Ministerio del Interior⁴, la participación en las elecciones generales celebradas en el periodo transcurrido entre 1977 a 2016 ha oscilado considerablemente: la mínima ha sido el 66,5%, frente a una máxima del 80%. En términos generales, la participación en elecciones a Cortes ha tenido una variabilidad máxima de 13,5 puntos porcentuales, siendo la elección de 1982 la más participativa de todas las celebradas en la vigente democracia española, y la de 2016, la menos participativa.



Fuente: Ministerio del Interior⁵.

Este descenso moderado de la participación ha roto la pauta explicativa que se había establecido según la cual en elecciones de gran competitividad electoral en las que se aventuraba un posible cambio, la participación aumentaba. Esta lógica quebró con las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, en las que se pasó de la victoria socialista por mayoría simple en 2008, a una victoria del PP por mayoría absoluta, pero todo ello con una escasa participación (68,9%)⁶.

⁴ http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201381/Las_elecciones_generales_en_Espa%C3%B1a_1977-2016_126170281.pdf/6ef7a97b-a48a-4511-b988-6b0ff0796ae2, pp.51-54 (última consulta 12/11/2018).

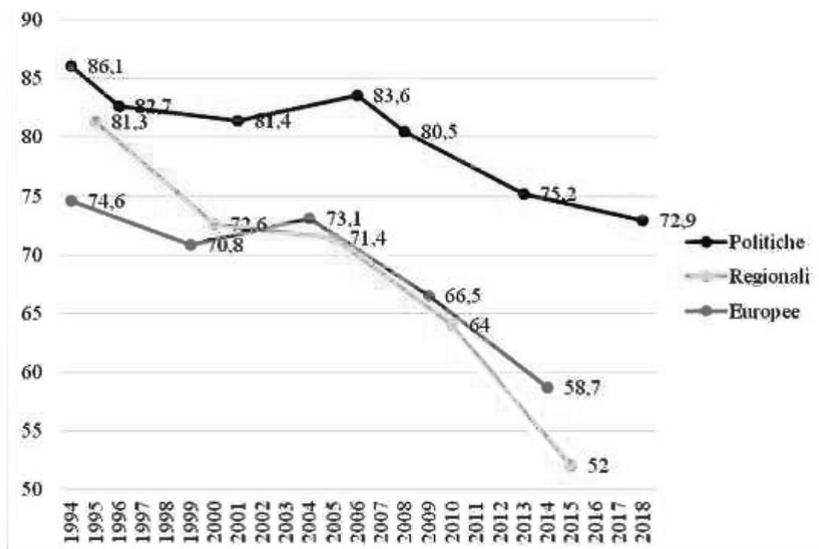
⁵ En: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201381/Las_elecciones_generales_en_Espa%C3%B1a_1977-2016_126170281.pdf/6ef7a97b-a48a-4511-b988-6b0ff0796ae2

⁶ Esta circunstancia parece haber introducido una nueva pauta de análisis y es que tanto en las elecciones generales de 2011 como en las elecciones autonómicas andaluzas de 2018, no coinciden las expectativas de cambio con la competitividad y entra el factor del desgaste del Gobierno y de los «partidos tradicionales» unido a la emergencia de nuevos partidos.

Por tanto, y en perspectiva histórica, la participación en las elecciones generales en España está descendiendo, aunque moderadamente, ya que en las cuatro décadas transcurridas desde las primeras elecciones democráticas, se observa una tendencia (especialmente acentuada en las últimas tres elecciones) en las que en ninguna convocatoria se alcanza una participación del 70%.

Esta circunstancia se encuentra en sintonía con lo que está ocurriendo en otros países europeos en las últimas décadas. Veamos también el caso de Italia.

En Italia, pese a que las elecciones generales son las que, en términos generales, suscitan mayor interés y participación política frente a las europeas (que en 2014 tuvieron un 59% de participación) y las regionales (que en 2015 tuvieron un 52% de participación), desde 2006, se viene observando un descenso continuado de la participación. De hecho, las últimas celebradas en marzo de 2018, han ofrecido un dato negativo histórico: son las que tienen la participación más baja de la historia con un 72,9%⁷.



Fuente: elaboración del Istituto Cattaneo a partir de los datos del Ministerio del Interior italiano⁸.

Tras tomar en consideración los datos expuestos, podríamos preguntarnos qué es realmente lo que está pasando y es cierto que la solución se nos antoja compleja pero tratemos, al menos, de sugerir algunas cuestiones.

⁷ Datos obtenidos en: <https://www.cattaneo.org/wp-content/uploads/2018/03/Analisi-Istituto-Cattaneo-Elezioni-Politiche-2018-Partecipazione-5-marzo-2018.pdf> (última consulta 12/11/2018).

⁸ <https://www.cattaneo.org/wp-content/uploads/2018/03/Analisi-Istituto-Cattaneo-Elezioni-Politiche-2018-Partecipazione-5-marzo-2018.pdf>

Desde hace un tiempo, parece que hemos centrado nuestros análisis en observar qué está fallando en el propio procedimiento y la respuesta recurrente ha sido: la decadencia de los partidos políticos.

Precisamente la obra póstuma de Peter Mair, *Gobernando al vacío*, examina cómo la actual crisis de los partidos políticos afecta de forma directa a la vigente y disfuncional democracia representativa. Pero evoca y sugiere mucho más: la indiferencia hacia la política como síntoma de nuestro tiempo, la ausencia de zonas de interacción entre el ciudadano y el político, etc. Indicios que remiten una y otra vez a la idea de que los propios partidos, como instrumentos necesarios de participación, al sufrir un profundo descrédito, han dejado de ser percibidos como interlocutores válidos en el ejercicio de poder.

En realidad, no solo están en crisis los partidos políticos, casi todos los cuerpos intermedios convencionales han dejado de ser los auténticos protagonistas del sistema. El problema de la «desintermediación» tradicional y la transferencia de poder hacia entes anonimizados, lejanos y con imperativos y lógicas propias es uno de los mayores desafíos políticos actuales.

Es evidente que la fuerza de arrastre de su declive incide en la democracia procedimental convencional. Y todo ello, pese a los continuos intentos por mejorar aspectos concretos relativos al método o la técnica (modificaciones en las leyes de financiación, leyes electorales, etc.).

¿Y por qué especifico que se trata de la democracia procedimental convencional? Porque también se está observando que el interés del ciudadano por la política, la democracia y la participación no ha decaído sino que se ha redefinido. Se encuentra expresado y canalizado en otros espacios fuera de la política convencional y de sus instrumentos.

La reestructuración del espacio público y la inexistencia de tutelajes explicativos en un mundo hipercomplejo condicionan nuestra posición como ciudadanos y la redefinen.

Se ha trasladado el centro de atención y el protagonismo de los partidos políticos como cauces de participación hacia nuevos entes que se sitúan fuera del marco de la democracia representativa tradicional. Sin embargo, no existe una causa-efecto directa sino diversas correlaciones o factores explicativos.

A mi juicio, un factor importante sobre el que quisiera centrarme es la exigencia de responsabilidad y el rendimiento de cuentas. Estimo que no hemos valorado lo suficiente la incidencia directa que tiene la inexistencia de mecanismos de control y exigencia de responsabilidades eficaces en la participación política convencional.

Es evidente que el principal problema para la exigencia de responsabilidades escapa de nuestro control más inmediato pues la globalización ha com-

portado pasar de unos requerimientos y necesidades locales a unos mundiales sin que la política haya arbitrado mecanismos de respuesta adecuados. Saber a quién dirigirnos es sin duda un reto de futuro pero pese a obviar esta realidad, no podemos dejar de señalar que, en la política cercana, tampoco hemos sabido arbitrar mecanismo de vigilancia eficaces.

La ausencia de instrumentos y voluntad para crearlos y aplicarlos dificulta medir, contrastar y analizar la percepción de la eficiencia de las instituciones democráticas. Al fin y al cabo no podemos exigir mayor participación si los ciudadanos no perciben el «retorno» de sus exigencias y promesas.

En democracia es relativamente fácil recabar demandas pero es muy difícil otorgarle respuestas. ¿Qué les queda a los ciudadanos? Confiar en los representantes y en las instituciones de las que forman parte pero ¿es suficiente? Posiblemente no, no al menos para motivar un interés en la política con mayúsculas que se formalice mediante la participación.

Como han señalado Almond y Verba en la obra *La cultura cívica*, es necesario reforzar la importancia del enfoque psicocultural en el estudio del sistema político: «(...) se ha subestimado seriamente la importancia del estudio específico de las orientaciones hacia los asuntos políticos y de la experiencia con el sistema político. Este estudio no es solamente apropiado en cuanto a su conocimiento, sino que comprende también sentimientos políticos, expectativas y evaluaciones que son, en gran parte, el resultado de experiencias políticas, más que de la simple proyección de necesidades y actitudes básicas sobre la orientación política (...)» (Almond y Verba, 1970, 56).

De manera que podemos observar cómo en la actualidad, se aúna el desencanto de los ciudadanos que podrían participar por primera vez en los procesos electorales y no lo hacen al no ver cauces de cumplimiento de sus expectativas en los medios tradicionales de participación, con la traición percibida por los ciudadanos experimentados.

Los requerimientos de visibilidad y transparencia en el ejercicio del poder deben ser consustanciales a la democracia pero no como mejoras técnicas de un procedimiento más o menos complejo de exigencia de responsabilidades sino como un principio o valor que inspire el devenir democrático.

4. CONCLUSIONES

Resulta sencillo observar como el interés por la democracia coexiste con la percepción de su propia decadencia, pues, en efecto, no dejan de arbitrarse mecanismos de mejora pero lo que se percibe es lo complicado

que resulta adaptar a la realidad los principios abstractos sobre los que se fundamenta.

El inevitable acomodo a las exigencias de la práctica de una forma de gobierno que se anticipó pero no se experimentó, muestra un declive que a muchos se les antoja como insuperable. Pero en realidad no lo es, pues la democracia como proyecto, como ideal no deja de transformarse.

En ese proceso de transformación se han centrado muchos de los esfuerzos en las mejoras procedimentales de la democracia, en los mecanismos o instrumentos que permiten conformar la voluntad política mayoritaria pero se ha dejado a un lado el fomento de los principios o valores que la sustentan. Tanto es así que no es que haya sido evidente la yuxtaposición de la noción descriptiva y prescriptiva de la democracia, sino que se ha enfatizado una de ellas: la descriptiva. En la actualidad, muchas de las democracias adoptan la denominación de democracias electorales pues la esencia de la misma parece pivotar sobre el propio proceso.

De esta forma, la idea de la participación más que como un ideal se asume como un mecanismo necesario para legitimar la misma democracia.

En este contexto, ante los cada vez más frecuentes síntomas de apatía y desinterés que se reflejan en una escasa participación, nos replanteamos la eficacia del sistema. Pero tal vez, no es solo cuestión de mejoras técnicas a través de sucesivas normas y reglamentos puesto que el interés por la política, la democracia y la participación no ha decaído sino que se ha redefinido. Se encuentra expresado y canalizado en otros espacios fuera de la política convencional y de sus instrumentos debido, en parte, a que se ha trasladado el centro de atención y el protagonismo de los partidos políticos como cauces de participación hacia nuevos entes que se sitúan fuera del marco de la democracia representativa tradicional.

A lo que cabe añadir que, un elemento imprescindible para fomentar la participación política es la posibilidad de exigir responsabilidad a nuestros representantes, de exigirles que rindan cuentas. Esta pretensión de rendición de cuentas es un elemento esencial sobre el que no parece que se hayan reforzado los mecanismos ni planteado su imperiosa necesidad. Todo régimen democrático que no restrinja la opacidad está condenado a su fracaso. Debemos reivindicar y fomentar la transparencia y exigencia de responsabilidades como valores indispensables de la democracia. Solo de este modo, la participación política cobrará sentido para el conjunto de la ciudadanía.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALMOND, GABRIEL A. y VERBA, SIDNEY (1970). *La cultura cívica. Estudio sobre la participación política democrática en cinco naciones*, Madrid: Foessa ed.
- BOBBIO, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo Cultura Económica.
- BURDEAU, G. (1960). *La democracia. Ensayo sintético*, Barcelona: Ariel.
- COLLIER, D. Y LEVITSKY, S. (1997). «Democracy with adjectives: conceptual innovations in comparative research». *World Politics*, 49 (3), pp. 430-51.
- KELSEN, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor.
- MAIR, P.(2015). *Gobernando al vacío. La banalización de la democracia occidental*. Madrid: Alianza.
- TORRES DEL MORAL, A. (2012). *Estado de Derecho y Democracia de partidos*. Madrid: Universitas.

UNA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE SENZA PARLAMENTO?

FILIBERTO E. BROZZETTI*

LUISS Guido Carli. Università degli studi di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. Rappresentare l'irrappresentabile. 1.1 Le ragioni del Parlamentarismo: rappresentanza vs. identità. 1.2 La discussione parlamentare come rappresentanza e la comunicazione del Governo come identificazione. 1.3 Distorsioni della rappresentanza: le elezioni come *reductio ad unum*. 2. Deliberare *oltre* il Parlamento. 2.1 Deliberazione e plebiscito. 2.2 Dalla legalità parlamentare alla legittimità popolare. 3. «Parlamentare» per rappresentare la nuova sfera pubblica. 4. Riferimenti bibliografici.

1. RAPPRESENTARE L'IRRAPPRESENTABILE

1.1 Le ragioni del Parlamentarismo: rappresentanza vs. identità

L'istituzione parlamentare sorge dall'istanza di consultazione e mediazione sui temi d'interesse generale di una comunità, strutturalmente impossibilitata a riunirsi complessivamente e svolgere tali attività direttamente. Tale

* Dottorando di ricerca in Filosofia del diritto presso l'Università degli studi di Napoli Federico II, titolare di un contratto integrativo d'insegnamento alla LUISS Guido Carli di Roma in *Legal Theory* ed alla LUM Jean Monnet di Trani in Filosofia del diritto. È consigliere giuridico di uno dei componenti del Garante per la protezione dei dati personali.

istituzione opera dunque sulla base di una legittimazione derivante dalla sua rappresentatività della comunità ed opera col mandato di deliberare nell'interesse della comunità che rappresenta.

Le esigenze consultiva e deliberativa di una comunità diventano pertanto funzioni da questa delegate ad un'assemblea di suoi rappresentanti a ciò deputati. L'attività di rappresentanza svolta da costoro si deve all'assenza – fisica – di tutta la comunità in assemblea: il ruolo dei deputati potrebbe dirsi essere proprio la gestione di tale assenza attraverso la propria presenza (Accarino, 1999), che rappresenta i molti assenti.

L'immagine dei pochi che rappresentano e quindi sostituiscono, o surrogano i molti è sempre stata una delle più sofferte incongruenze della democrazia cosiddetta rappresentativa o delegativa. Come potersi comprimere un mosaico vastissimo in un puzzle di pochi pezzi. La ragione di questa concessione al principio oligarchico, però, non può ovviamente rinvenirsi solo nell'impraticabilità, o improcedibilità della democrazia diretta all'interno di società di dimensione nazionale – più che comunitaria – ed in conseguenti scelte di tipo pragmatico ed economicistico.

Una società, un popolo di cittadini, incapace di essere presente nella sua interezza ed immediatezza dinanzi al proprio sovrano, o Governo, o Stato, necessita di un *medium*, che ne veicoli le istanze e ne assuma il mandato nel confronto, nella dialettica naturalmente avversariale con esso, con la forza di un'autorevolezza istituzionale ed anzi costituzionale. Nel dualismo cittadini-sovrano, società-Stato, il Parlamento è il teatro schmittiano in cui il primo elemento viene rappresentato dirimpetto al secondo in attesa di risposte. I pochi si fanno garanti, davanti ai molti, della bontà – costituzionale – dell'azione e delle decisioni dell'Esecutivo.

Qui è centrale la natura del concetto di interessi che i membri del Parlamento sono deputati a rappresentare da parte della società. Tale natura meglio si comprende *per relationem* con quella delle decisioni assumibili dal Governo e dalla distanza fra questo e i cittadini. Il Parlamento si situa nel mezzo, sul filo di un difficile equilibrio fra due poli, col rischio di poter diventare il mero ratificatore, l'acritico vidimatore delle decisioni del Governo, o, viceversa, il burattino, la *lobby* spalancata alle incursioni di qualsiasi gruppo di pressione. Insomma, la grancassa del sovrano o il megafono della società.

La rappresentanza, che è anche patrocinio d'interessi, pone in essere un rapporto fra società e Parlamento che nega in sé l'identità fra rappresentanti e rappresentati: il Parlamento rappresenta e dunque non è il popolo nel dialogo col Governo, ma in tale confronto è essenziale la dottrina dell'*integrazione* di Smend (Smend, 1928) al più alto grado possibile fra cittadini e deputati, tanto che, nell'impossibi-

lità di un rapporto identitario, possa quantomeno instaurarsi una relazione d'identificazione. Ben si vede come detta *integrazione* si giochi sull'effettività dell'attività di rappresentanza, sulla concretezza della trasmissione delle interessate istanze della società per il tramite del Parlamento al Governo situato in posizione dialettica antagonista. L'irrappresentabile mosaico deve soffrire la rinuncia al dettaglio iper-realista per poter comparire davanti al Governo.

1.2 La discussione parlamentare come rappresentanza e la comunicazione del Governo come identificazione

Il parlamentarismo è stato l'esaltazione dell'arena parlamentare quale crogiolo della volontà nazionale, fucina della legge forgiata nel dibattito assembleare fra i rappresentanti della società. Quella del parlamentarismo fu l'epoca della fede nella discussione, come sintesi plausibile dell'interesse comune rappresentato dinanzi al Governo e dell'Aula come riproduzione quanto più possibile fedele della sfera pubblica nella sua interezza, ma di certo unica sede del confronto politico generale.

In questa visione classica il Parlamento è dunque il luogo costituzionalmente designato ove la società può far emergere la propria volontà davanti agli occhi del Governo, il solo palco su cui può mostrarsi – per quanto approssimativamente – e soprattutto farsi audire ed a sua volta audire il Decisore.

Se però, l'antico avversario scompare, anzi muta forma e diventa il professore alleato di oggi; se l'Esecutivo scopre nuovi canali di comunicazione con i cittadini che non passano attraverso il filtro, la camera di decompressione della rappresentanza parlamentare; se può interfacciarsi direttamente con la società e non coi suoi rappresentanti, salta lo schema archetipale illustrato finora.

La tecnologia digitale consente stavolta di riunire davvero tutta la *polity* attorno alla virtuale vecchia quercia al centro del villaggio nazionale: lì la società riesce ad essere *presente* nella sua interezza ed identità, può confrontarsi col Governo senza intermediari senza lo strozzatojo dei pochi al posto dei molti.

Invero, i *mass media* tradizionali avevano già predisposto per i membri dell'Esecutivo una tribuna popolare nazionale, la terza camera senza la quarta parete, nuovo catalizzatore del dibattito politico, informale e immediato. Il carisma del decisore ha anzi avuto il tempo di normalizzarsi ed anzi, attraverso la sua mostra quotidiana, di rendersi tradizionale, assumendo così forza legittimante. Il Governo oltrepassa il Parlamento e trova il proprio fiduciario direttamente nel popolo dei cittadini e non nei loro terzi mandatari e addirittura

esprime il desiderio di essere l'elemento ultimo e vero con cui identificarsi. Parlare con e davanti all'interessa della società ed offrire ad essa un polo non distante, non separato, ma soprattutto un modello non avversario ed addirittura potenzialmente identitario è la via attraverso la quale il Governo scavalca la rappresentanza e conclude il suo accordo direttamente coi cittadini.

1.3 Distorsioni della rappresentanza: le elezioni come *reductio ad unum*

Se Weber vedeva nel voto paritario l'*ultima ratio* del parlamentarismo moderno, suggello della vera rappresentanza, Rousseau riteneva invece che quello delle elezioni fosse l'unico giorno di reale sovranità popolare nei regimi democratici rappresentativi. Comunque sia, era per entrambi evidente come raccordo del sistema di rappresentanza fosse l'atto elettorale, costitutivo del mandato, momento di massima vicinanza fra cittadini e deputati ed, allo stesso tempo, quello dell'irreversibile distacco dei rappresentanti dai rappresentati.

Con il voto la nazione si consegna alla rappresentanza, si priva della propria identità, comprime i molti nei pochi ed essi delega a perseguire i propri interessi ed a legittimare ed affrontare il Governo. Se quest'ultimo, però, riesce a recuperare un passaggio, a proporsi cioè, come il mandatario ultimo, esso delegato tramite elezioni, realizza l'*integrazione* smendiana con la società ancor più efficacemente, proponendole non la rappresentanza, ma la continuità con la decisione stessa. Allora la legittimazione parlamentare assume carattere meramente formale, di conta numerica delle casacche a sostegno.

L'*integrazione* come continuità dei molti con gli ancora-meno – quando non dei molti con uno solo – s'impenna nuovamente sul tema degli interessi, che si fa più difficile. La rappresentanza parlamentare, specie se proporzionale, consente ai pochi in Parlamento – ma più dei «meno» del Governo – di spartirsi il patrocinio di un maggior numero di interessi distinti, perseguiti dai vari «partiti» della società. I pochi del Governo – ancora meno dei «più» del Parlamento – devono invece rappresentarsi la società in maniera più uniforme possibile, per riuscire ad attuare l'*integrazione*, per potersi proporre quali diretti interpreti della volontà generale, senza bisogno della sintesi operata dall'Assemblea.

Dal rapporto pochi a molti a quello uno a molti, il Governo, con la sua logica spontaneamente maggioritaria ha l'urgenza di disboscare la selva delle domande settoriali (Accarino, 1999): la generalizzazione degli interessi per imporsi a gruppi eterogenei, parlando un linguaggio confuso (Sorel, 2006), rivolgendosi a tutti gli scontenti, indipendentemente dal posto che occupano

nella società, poiché, anzi, una società complessa offre un numero incalcolabile di scontenti in tutte le classi (Accarino, 1999).

Il Governo s'impadronisce della voce della nazione e della sua volontà: il nuovo avversario è il Parlamento con la sua finzione rappresentativa, mai genuino latore della volontà generale. Il Parlamento dei pochi, dell'inciucio fra interessi diversi, cui si contrappone il monolite governativo che è uno, come una è la società, ricostituendo l'*identità* perduta.

Allora, a dispetto di Weber, il diritto elettorale paritario per eleggere il Parlamento diventa il richiamo del Governo per ri-unire la massa – idealmente unitaria – mostrandolo ad essa non come farraginoso meccanismo di mediazione per rappresentanza, ma vibrante strumento che ha sostituito il forcone del movimentismo della rivoluzione, il cui mitico ricordo è usato per eccitarne l'ardore e domandarne la fiducia istituzionale (Accarino, 1999). Populismo di lotta e di Governo. Meglio dei deputati, l'Esecutivo riesce, pur da maggiore distanza – due gradi di separazione anziché uno –, a rappresentare l'elezione quale proiettore dell'immagine della società – una e indivisibile – sui banchi del Governo dirimpetto, questa volta, all'Assemblea – dei pochi e divisi –, la cui rappresentatività è dunque usurpata dall'alto e dal basso.

Il Governo maggioritario si sottrae al confronto. Lo ha fatto migrando nei salotti televisivi, in fuga dall'Aula dove «forme e limiti» costituzionali lo avrebbero lasciato alla mercé di un fuoco incrociato: non accetta il *question time* dei parlamentari, ma l'intervista dell'*host* da *infotainment*. Si sottrae alle procedure istituzionali per i feticisti parlamentari e inventa nuove forme di promozione mediatica dell'interesse generale. Dal Dipartimento per i rapporti con il Parlamento al contratto con la nazione.

E ancor di più il *selfie* e la diretta *streaming*, che amputano dall'immagine perfino l'antagonista televisivo, rendono l'uni-formazione dell'interesse ancor più semplice, poiché dietro il *monitor* l'illusione dell'uno a uno è irresistibile. L'*identità* ritrovata: la rappresentazione dell'uno sostituisce la rappresentanza dei molti.

2. DELIBERARE OLTRE IL PARLAMENTO

2.1 Deliberazione e plebiscito

Nel nuovo assetto istituzionale creato dal Governo che interpella direttamente la società, il Parlamento ha solo due collocazioni praticabili: porsi quale antagonista del Governo e rappresentare più interessi di più parti dinanzi al

mandato unitario diretto o praticamente tale di questo, oppure scindersi – e così indebolirsi – in una maggioranza appendice dell’Esecutivo ed un’opposizione rimasta la sola in ruolo avversariale (Barbera, 1999). Di certo l’istituzione parlamentare non gode più di quella posizione centrale anche nella costituzione materiale e dominante sul polo dialettico servente che era il Governo, in ragione della sua carica rappresentativa della società.

Anzi, fu Weber stesso a chiedere al Parlamento «un passo indietro» – analogamente a quanto fatto nel passato dai sovrani che abdicarono una quota del proprio potere in favore delle stesse Assemblee rappresentative – per riconoscere la *Magna Carta* della democrazia, *id est* concedere il viatico da quella delegata a quella diretta (Weber, 2002).

L’offerta di rappresentanza della democrazia delegata con la tendenza a diventare capillare, mimetica, fotografica delle partizioni della società (Accarino, 1999), produce Parlamenti litigiosi, frammentati nei quali l’iper-rappresentatività compromette la governabilità. L’arena elettorale viene innaturalmente sollecitata al fine di ricostituire maggioranze spurie in un’arena parlamentare sovra- quando non dis-rappresentativa (Accarino, 1999). L’elezione diretta del Capo del Governo o dello Stato – incarnazione unitaria dell’Esecutivo – mette in salvo la decisione, l’interesse generale dal perenne assedio di quelli particolari(ssimi).

I partiti stessi, dovendo garantirsi un certo grado di compattamento e di consistenza, pena l’auto-dissoluzione, la deflagrazione da *surplus* di rappresentatività, si adattano ad un mercato elettorale in cui il numero di opzioni politiche per Legislatura si riduce. La dimensione elettorale del partito è direttamente proporzionale al suo *deficit* di rappresentatività (Accarino, 1999). Inoltre, lo spettro parlamentare determina quello elettorale anche in ragione delle alleanze inter-partitiche possibili, più il primo è imprevedibile, più il secondo non potrà nitidamente riprodurre gli orientamenti molecolari della società.

Il recupero dell’integrità/identità della società nelle istituzioni passa attraverso un sacrificio di concretezza e complessità della rappresentanza. Per poter im-personare l’*unum*, il Governo deve favorirne l’integrazione: l’interpello elettorale non può essere improvvisato, ma preceduto da un’analisi preliminare delle preferenze e degli orientamenti uniformabili e quindi *integrabili* del variopinto tessuto popolare. L’Esecutivo può guardare al voto come ad una preferenza espressa su di un mercato in cui il cittadino elettore è il consumatore/utente ed il partito o la coalizione di Governo l’offerente/fornitore più generico. Nell’interpretazione del suffragio paritario come analisi di mercato, l’espressione del voto individuale perde valore, in quanto aggregata in un son-

daggio costante che anticipa i risultati elettorali, influenzandoli al contempo. Fra l'*input* rappresentato dal voto paritario e l'*output* che è la decisione, l'offerta è la rappresentanza a somma zero (Accarino, 1999).

L'irrappresentabile guadagna un'identità resa visibile dalle decisioni del Governo, cui rinunciarebbe affidandosi alla discussione parlamentare. Di fatto, l'elezione diretta dell'Esecutivo si propone come forma di deliberazione essa stessa. Tagliata l'inter-mediazione parlamentare, la rappresentanza, la sintesi, il filtro dei pochi, la nazione sceglie direttamente, a domanda secca, *una* risposta secca che è il decisore stesso.

Ulteriormente il decisore può rinsaldare questo patto di ferro stipulato con la società attraverso ripetuti confronti elettorali. Leibholz riteneva audacemente che i partiti dei sistemi elettorali proporzionali – strumenti della mediazione per eccellenza – tendessero naturalmente alla democrazia plebiscitaria in forza dell'aspirazione alla corrispondenza simmetrica degli atomizzati interessi sociali con la rappresentanza parlamentare (Accarino, 1999). Ben più dei pochi, però, può l'uno interpellare i molti con reiterati quesiti netti per quanto generici. Ritorna con forza la dicotomia schmittiana fra rappresentanza e identità.

In una democrazia diretta, automaticamente maggioritaria, più delle risposte contano i quesiti dei *referendum*, a suon dei quali essa procede. Allora, chi formula il quesito – poiché ancor prima ne ha posto la questione – è ben più determinante di chi vi risponde, l'elettore individuale. L'uno – ma non i pochi – può illudere i molti del loro peso elettorale attraverso il *referendum*, che invece molto più che la delega, procede dall'alto verso il basso.

Attraverso l'uso della rete, il Governo può convincere il cittadino di partecipare ad un *referendum* permanente e *de omnibus*, in un fòro diffuso senza legislature che non sintetizza, ma disfa e parcellizza la discussione pubblica. Chi è il titolare della deliberazione: il gestore della piattaforma elettronica, chi pone il quesito, o chi ne vota le risposte? La democrazia deliberativa digitale, inoltre, riesce nell'obiettivo di Le Chapelier del 1791, annichilendo la mediazione dei partiti e in più anche quella del Parlamento.

Il cittadino ha la percezione di eleggere direttamente il Governo e che questo risponda della sua azione altrettanto direttamente a lui. L'Esecutivo è il *totem* del popolo deliberante: il primo governa l'istituzione e le opzioni referendarie, alle quali il secondo reagisce come massa unitaria deliberando sì, ma senza conoscere (Ainis, 2013). A conoscere è il Governo, che decide poi sulla questione che ha impostato da solo. Conosce la questione, dunque, propone quesiti che contengono già la risposta, e decide deresponsabilizzato dall'assenza d'opzione. La disintermediazione dei rapporti fra popolo e Governo è la

consacrazione dell'auto-referenzialità di quest'ultimo. Così procedendo, l'Esecutivo potrebbe perfino ambire ad un incarico perpetuo, ponendo quesiti di cui conosce già la risposta. Il Parlamento rimane la casa dell'eco.

Perché disturbarsi a votare, allora chiede qualcuno (Przeworski, 2018). Ma la vera questione è il dilemma esistenziale della democrazia contemporanea fra l'essere all'interno di istituzioni iper-maggioritarie ed il non-essere entro istituzioni contro-maggioritarie.

Ingenuamente Ross Perot sognava che ogni cittadino potesse promuovere o bocciare qualunque decisione del Governo, premendo un bottone, magari a colazione senza troppa attenzione e sicuramente senza alcuna preparazione indispensabili nel processo di formazione delle scelte. Oggi, la rete è in grado di trasformare ogni cittadino in un legislatore – di più, in un costituente (Ainis, 2013)¹.

2.2 Dalla legalità parlamentare alla legittimità popolare

In Aula, un argomento è discusso per trovare una soluzione concreta, i deputati, in forza della propria delega intervengono per rappresentare posizioni su o contro quelle dei loro colleghi, i quali, in quella sede, hanno omologa autorevolezza: si parla per convincere una maggioranza parlamentare o non far cedere l'opposizione. La cosiddetta tele-democrazia, in cui si sommano la video-politica del comizio perenne *social* o ancora televisivo e la democrazia elettronica come possibilità di esprimere preferenza diretta su ogni decisione, non ha invece modo d'influenzare veramente l'equilibrio di Governo. Questo è autorizzato a tergiversare senza discutere in un *pour parler* che ha come obiettivo soltanto il convincimento dell'*audience*, sono messaggi e *slogan*, non proposte costruttive avanzate all'interno di un istituto costituzionalmente previsto. Nella *bubble democracy*, la tecnologia semplifica la scienza di governo: l'*eGovernment* è la quintessenza del decisionismo. Sosteneva Montesquieu: obiettivo del tiranno è semplificare (Ainis, 2018).

La formazione di una scelta non è affrontata con la competenza e l'approfondimento dovuti in una sede referente o deliberante, le opzioni politiche sono invece semplificate e dramatizzate. Il rito dell'approvazione del bilancio preventivo è esemplare dell'esigenza di parlamentarizzazione, di istituzio-

¹ Quando questa comunicazione è stata presentata al Seminario Italo-Spagnolo di Murcia, in Italia non era ancora stato presentato dal Governo il ddL costituzionale che propone contestualmente la riduzione del numero dei parlamentari e l'introduzione di una forma di referendum propositivo privo di *quorum*.

nalizzazione del dibattito, che pure risente della vuotezza rappresentativa, traducendosi perlopiù in una ratifica tecnica ed etero-condizionata – per non dire etero-diretta.

Il protagonismo costituzionale del Parlamento è usurpato da nuove forme di soluzione politica e soggetti prodotti da nuove esigenze sociali, a causa di dinamiche imponderate ed eccentriche rispetto al bacino parlamentare. L'erosione delle prerogative legislative delle Camere riguarda tanto le procedure quanto le materie di deliberazione. Il Parlamento è confinato al dibattito sui micro-interessi, mentre, altre sedi istituzionali hanno del tutto avocato a sé la *potestas legiferandi* sui macro-interessi (Barbera, 1999). Il Governo interviene in tali sedi e ha agio ad accrescere il proprio ruolo nell'iniziativa legislativa e nell'attività delegata e regolamentare in ragione della complessità, minuziosità, specializzazione tecniche di certe materie da normare, frattanto sottraendole all'esame dei deputati.

Davanti all'attivismo sempre più ardito dei tribunali costituzionali, i quali si pongono talvolta non soltanto come legislatore negativo, ma attuano operazioni creative – imponendo di riconsiderare la tradizione della legge come espressione della volontà generale (Barbera, 1999) –, il Governo rappresenta agli occhi dei cittadini un baluardo rappresentativo più solido e insofferente del Parlamento, che, oltre ai limiti invalicabili sanciti dalla Costituzione, deve subire i nuovi criteri di ragionevolezza ed uso corretto del potere giudicati *a posteriori*. Nel bisticcio inter-istituzionale e distante fra poteri e contro-poteri, il Governo si accredita come paradossale alfiere della società rispetto allo Stato. Alla curia paludata degli ottimati, si contrappone da sempre la giunta dei popolari.

Il Governo offre inoltre ai cittadini le forme consensuali degli *agreements*, dei contratti, delle imprese, dei patti rispetto a quelle imperative della legge, spesso chiamata soltanto a dare veste formale ad accordi sottoscritti fra Esecutivo, organizzazioni sociali, rappresentanze di interessi forti (Barbera, 1999), vanificando qualunque ulteriore contributo della discussione, già svoltasi, appunto, fuori dal Parlamento e direttamente, senza la mediazione della rappresentanza.

In rapporto alle leggi propriamente dette sembra quasi che l'Assemblea non possa nulla creare, ma semplicemente riconoscere il diritto (Orlando, 1954), riducendosi la sua funzione alla mera constatazione di un interesse cui risponde il provvedimento giuridico – spesso di matrice governativa, fra l'altro. Si contesta, anzi la competenza a deliberare in materia di beni cosiddetti irreversibili – l'ambiente, la politica internazionale, temi che toccano la coscienza individuale, per i quali viene rivendicata una sovranità popolare demo-

cratica (Barbera, 1999), di cui il Governo si fa interprete unico e identitario, opposta a quella parlamentare ed oligarchica.

Sulla legalità delle deliberazioni parlamentari s'impone la legittimazione popolare – legittimazione non legale. Il Parlamento, pietra angolare del *Rechtsstaat*, alfa ed omega del processo di positivizzazione della volontà generale sconta appesantimento burocratico ed oscurità tecnicistica. Per sua natura e Costituzione le forme dell'Aula sono quelle procedimentali e non quelle dirette che può assumere l'Esecutivo, scapestrandosi però dai limiti delle garanzie costituzionali.

3. «PARLAMENTARE» PER RAPPRESENTARE LA NUOVA SFERA PUBBLICA

Carlo Marx aveva denunciato la natura profondamente borghese del parlamentarismo, ma questo, tutt'altro che essere un demerito, è stato il tratto che ha giustificato, coltivato e cullato un certo modo tutto occidentale di intendere la poliarchia. La Rivoluzione francese ha aperto un secolo in cui la propulsione all'innovazione politica ed ideologica è stata inarrestabile proprio perché traeva carburante dalla tumultuosa fucina delle discussioni pubbliche in Parlamento e dal megafono che ne espandeva la portata, la stampa, moltiplicandola nell'opinione pubblica – nell'idea che fosse la stampa a dover andare in Parlamento e non viceversa.

Attraverso la discussione il Parlamento svolge in esclusiva funzioni di garanzia costituzionale, che già Bagehot aveva riconosciuto: la «funzione espressiva» delle opinioni del popolo; la «funzione educativa» della società; la «funzione informativa» dell'opinione pubblica. Il tutto-tondo della rappresentanza (Bagehot, 1995).

Ammettendo di aver abdicato ad ampie quote del proprio potere legislativo ad altri soggetti infra-, para-, sovra-statali, l'Assemblea dovrebbe far leva sul dibattito al suo interno per influire sulla legislazione d'iniziativa del Governo e per influenzare credibilmente il pubblico pro o contro di esso. I deputati delegati tornerebbero così ad enfatizzare il loro ruolo rappresentativo, ponendosi come monopolisti nell'intermediazione fra i cittadini e la macchina statale.

Lasciarsi espropriare della mediazione dei propri rappresentanti, davanti ai quali il Governo è costituzionalmente responsabile, può diventare per il cittadino un'illusione seducente, ma molto pericolosa. È proprio il «parlamento» – il confronto dialettico politico-legale – l'essenziale del ruolo costituzionale di controllo delle Camere sull'Esecutivo: se è vero che esistono anche altre

istituzioni democratiche e che pure alcune di esse svolgono un ruolo di garanzia sull'azione di Governo, il Parlamento è l'unica che, nell'adempimento di tale prerogativa, può vantare il tanto vituperato legame rappresentativo e gli strumenti costituzionali per fronteggiare validamente il Governo. Contrariamente a quanto anacronisticamente di recente viene riproposto (Negri e Hardt, 2018), dovrebbe ormai essere infatti chiaro come la democrazia partecipativa sia la negazione di quella deliberativa, di come, senza un metodo – il metodo! –, finisca per inghiottire se stessa, idolatrando il *leader-che-non-c'è* e che invece si nasconde fra le fumose pratiche pseudo-spontanee ad attizzare l'estinguentesi fuoco dello scompiglio, sollevando quesiti apparentemente inintenzionali, ma senza la volontà di rispondervi.

Si è detto come nelle democrazie competitive il controllo sul Governo sia appannaggio della sola opposizione, mentre nelle democrazie consensuali – confermato persino dalla prossemica dell'Aula – spetta al *plenum*. I Parlamenti delle democrazie consensuali che lamentano il depauperamento della propria potenzialità legiferante, possono ricalibrare il proprio peso fronteggiando collettivamente il Governo e pretendendo, con la propria attività, un *redde rationem* costante dall'Esecutivo. Si suggerisce cioè l'idea che in presenza di Gabinetti talmente forti da non avvertire neppure più il mordente di un vincolo fiduciario stringente, l'Assemblea rappresentativa dovrebbe svolgere collegialmente il ruolo dialettico che, nelle democrazie competitive, riveste l'opposizione – costituzionalmente incapace di legiferare.

In virtù del mandato elettorale i deputati erano i soli ritenuti autorizzati ad esprimere le intenzioni e gli orientamenti dei cittadini. La prerogativa rappresentativa è minacciata da altri soggetti, che riescono oggi a svolgerla con maggiore incisività, in virtù di un legame più stretto con la società, fondato sull'appartenenza, come le associazioni, le fondazioni, i comitati, i partiti politici, le organizzazioni sindacali, i consigli nazionali, ma anche organismi incardinati nello stesso Stato-Enti locali, regionali, conferenze di raccordo, cabine di regia, consigli superiori della magistratura (Barbera, 1999).

Il Parlamento dovrebbe cogliere l'opportunità di assecondare tali corpi intermedi, divenendone il primo recettore, *integrandoli*: come si cerca di fare delle Camere alte dei Senati delle Regioni, così le Camere basse potrebbero costituirsi quali bacini di raccordo di categorie ed associazioni (Barbera, 1999). Il neo-corporativismo è un fatto, opporvisi non fa che aumentare la radicalizzazione identitaria, che potrebbe invece essere messa a reddito in una discussione parlamentare entro cui porre a confronto le diverse parti sociali del tessuto nazionale.

La cittadinanza ha negli ultimi vent'anni radicalmente mutato fisionomia. La profonda disgregazione della società ha rotto il partito medio (Orlando, 1954). Va ripensato il concetto d'interesse ed il significato della delega a rappresentarlo. La nuova massa – che però è puntiforme – esprime solo singoli interessi individuali o il monolitico interesse pubblico (Ainis, 2013) ed i partiti, collettori di istanze, si contraddicono giustificandosi nella difesa di diritti comunitari, patrocinando altresì cause fortemente identitarie, cioè parziali – i diritti delle donne, degli omosessuali, dei migranti (Lilla, 2018).

L'Assemblea dei deputati dovrà mutare procedimenti deliberativi, funzionalizzazione delle proprie competenze, criteri di elezione: le basi della propria rappresentatività, lo spettro della propria azione. Soluzioni partecipative, associative, apartitiche possono risultare valide, ma solo se riescono in concreto a rinsaldare il trilogico società-rappresentanza-decisione. Se la rete ha modificato l'opinione pubblica, correggendo il modo in cui si formano sia i giudizi, sia le aspettative man mano che l'informazione si fa più dettagliata e capillare, la risposta alla domanda «che senso ha oggi l'elezione di un organo rappresentativo?» si trova in un modello che è tanto estetico quanto etico, ma non ha più nulla di formalistico. Da procedure sintetiche deve tornarsi a procedure analitiche di formazione della volontà generale in cui sono gl'interessi a formare le decisioni e non le decisioni a manipolare gl'interessi.

Solo un Parlamento vivo, ordinata plastica delle fratture economico-sociali di una comunità, nutre la positiva ansia di garantire l'*accountability* costituzionale e non televisiva dell'Esecutivo e la *responsiveness* delle politiche di questo nei confronti dei cittadini, così presenti, ma protetti, nel fòro costituito della deliberazione.

4. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AINIS, M. (2013). *Sette profili di diritto pubblico*. Napoli: Jovene.
— (2018). *Il Regno dell'Uroboro*. Milano: La nave di Teseo.
ACCARINO, B. (1999). *Rappresentanza*. Bologna: il Mulino.
BAGEHOT, W. (1995). *La Costituzione inglese*. Bologna: il Mulino.
BARBERA, A. (1999). *I Parlamenti*. Bari e Roma: Laterza.
BERTA, G. (2014). *Oligarchie*. Bologna: il Mulino.
CROUCH, C. (2012). *Post-democrazia*. Bari e Roma: Laterza.
DAHL, R. A. (2010). *Democrazie*. Bari e Roma: Laterza.
DELLA PORTA, D. (2011). *Democrazie*. Bologna: il Mulino.
DICEY, A. V. (1997). *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*. Bologna: il Mulino.

- DRYZEK, J. S. (2000). *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*. Oxford e New York: Oxford University Press.
- DUSO, G. (2004). *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*. Roma: Carocci.
- ELIA, L. (2009). *Costituzione, partiti, istituzioni*. Bologna: il Mulino.
- ESPOSITO, R. (1999). *Categorie dell'impolitico*. Bologna: il Mulino.
- FLORIDIA, A. (2017). *Un'idea deliberativa della democrazia. Genealogia e principi*. Bologna: il Mulino.
- FROSINI, T. E. (2002). *Le votazioni*. Bari e Roma: Laterza.
- (2018). *Declinazioni del governare*. Torino: Giappichelli.
- HABERMAS, J. (2017). *Teoria dell'agire comunicati*. Bologna: il Mulino.
- JENNINGS, I. (2008). *Parliament*. Oxford: Oxford University Press.
- KELSEN, H. (1982). *Il primato del Parlamento*. Milano: Giuffrè.
- MERCADANTE, F. (1974). *La democrazia plebiscitaria*. Milano: Giuffrè.
- (2004). *Eguaglianza e diritto di voto. Il popolo dei minori*. Milano: Giuffrè.
- MÜLLER, J.-W. (2017). *Che cos'è il populismo?*. Milano: Università Bocconi.
- NEGRI, A. e HARDT, M. (2018). *Assemblea*. Firenze: Ponte alle grazie.
- ORLANDO, V. E. (1954). *Studi giuridici sul governo parlamentare. In Idem. Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*. Milano: Giuffrè.
- PANARARI, M. (2018). *Uno non vale uno. Democrazia diretta e altri miti d'oggi*. Venezia: Marsilio.
- PRIVITERA, W. (2012). *Gli usi della sfera pubblica*. Milano: Mimesis.
- PRZEWORSKI, A. (2018). *Perché disturbarci a votare?* Milano: Università Bocconi Editore.
- RUNCIMAN, D. (2013). *The Confidence Trap*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- SALVADORI, M. L. (2011). *Democrazie senza democrazia*. Bari e Roma: Laterza.
- SCHMITT, C. (2001). *Referendum e iniziativa popolare*. in Idem. *Democrazia e liberalismo*. Milano: Giuffrè.
- (2004). *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*. Torino. Giappichelli.
- SMEND, R. (1928). *Verfassung und Verfassungsrecht*. Monaco di Baviera: Duncker & Humblot.
- SOREL, G. (2006). *Considerazioni sulla politica*. in Idem. *Scritti politici*. Torino: UTET.
- SZPIRO, G. G. (2013). *La matematica della democrazia. Voti, seggi, e parlamenti da Platone ai nostri giorni*. Torino: Bollati Boringhieri.
- WEBER, M. (2002). *Parlamento e Governo*. Bari e Roma: Laterza.

VOTO ELETTRONICO E NUOVE DIMENSIONI DELLA PARTECIPAZIONE

MARIA FRANCESCA DE TULLIO*
Università degli Studi di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. I valori in gioco: sicurezza, trasparenza, inclusività. 3. Il disegno del voto via *blockchain*: verso un controllo diffuso sulle tecnologie partecipative. 3.1 Gli autori nelle decisioni sulla tecnologia di voto. 4. Conclusioni. 5. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

Il lavoro esamina da un punto di vista costituzionalistico i sistemi pubblici di voto elettronico, con particolare riferimento alla *blockchain*, che sembra promettere sostanziali progressi in termini di verificabilità diffusa del voto.

Il tema della democrazia digitale ha guadagnato centralità con la crisi di fiducia nella rappresentanza (Rosanvallon, 2006, 27 ss.), perché favorisce forme nuove di partecipazione politica, che possono arricchire quelle tradizionali. Come è noto, la tecnologia consente la trasmissione di informazioni su vasta scala in tempo pressoché reale e con modalità che aggirano i tradizionali mo-

* Dottoressa di ricerca in «Diritti umani. Teoria, storia e prassi», con tesi in diritto costituzionale all'Università degli Studi di Napoli Federico II. Assegnista post-doc nel gruppo di ricerca internazionale Culture Commons Quest Office (CCQO), Antwerp Research Institute for the Arts (ARIA) dell'Università di Anversa.

nopoli dei mezzi di comunicazione. Di conseguenza, appare in grado di favorire modalità deliberative e decisionali più orizzontali, veloci e inclusive.

Dall'altra parte, queste potenzialità sono solo un aspetto della questione, in quanto l'esperienza ha mostrato che il voto e la deliberazione elettronica possono presentare anche dei rischi, soprattutto in termini di inclusività nella partecipazione e segretezza nell'espressione della preferenza.

Alla luce di questi rilievi, ci si domanderà se e a quali condizioni il voto elettronico, e in particolare quello via *blockchain*, possa migliorare l'effettività della partecipazione. In particolare, il tema sarà affrontato attraverso l'analisi di un caso di studio, cioè l'*iter* avviato dal Comune di Napoli in merito all'uso di tale tecnologia per le votazioni. Il caso appare rilevante in quanto, come si osserverà, può essere declinato da un duplice punto di vista: la tecnologia è vista non soltanto come strumento, ma anche come oggetto della partecipazione stessa.

Certamente, non vi è qui la possibilità di prendere in esame tutti i temi giuridici legati al voto elettronico e via *blockchain* (Carboni ; Simbula, 2019). Piuttosto, la scelta di fondo della ricerca è quella di concentrarsi su come il voto elettronico possa incidere sulle modalità di coinvolgimento dei cittadini e abitanti nelle decisioni pubbliche.

2. I VALORI IN GIOCO: SICUREZZA, TRASPARENZA, INCLUSIVITÀ

Il presupposto della ricerca è che il disegno delle macchine e dei programmi con cui si vota sia una scelta politica, e non meramente tecnica (De Minico, 2012, 293). Il concetto è tradizionalmente riassunto con l'espressione *code is law* (Lessig, 2006, 1-9). Infatti, il *design* tecnologico non è altro che una traduzione in un diverso linguaggio – appunto, quello del codice fonte – della procedura di voto, che include elementi cruciali: ad esempio, l'identificazione dell'elettore, l'espressione della preferenza, la conservazione e il conteggio del voto. Di conseguenza, l'introduzione di tali sistemi pone un problema di bilanciamento tra valori costituzionali, che deve essere determinato dal soggetto politico in modo discrezionale, ma deve altresì rispettare i limiti di proporzionalità stabiliti dalla Costituzione stessa. In particolare, rileva l'articolo 48 della Carta, secondo cui «il voto è personale ed eguale, libero e segreto».

Da un primo punto di vista, il voto via Internet (*I-voting*) amplifica i diritti politici, perché permette di partecipare da remoto, anche in un luogo lontano da quello in cui si è collocati fisicamente (Parlamento Europeo, 2017,

cons. O). Questo può essere utile per il voto dall'estero – anche in ordinamenti transnazionali – o per gli studenti e lavoratori fuori sede, che talvolta rinunciano a votare a causa dei costi che dovrebbero affrontare in termini economici e di tempo. Ancora, vi sarebbero dei vantaggi per chi risiede in aree geografiche isolate, oppure persone anziane o con ridotta mobilità (Consiglio d'Europa, 2009, *Guideline* G.1, G.34).

Per altri versi, il voto elettronico promette dei vantaggi anche quando è espresso presso un seggio, come quello tradizionale. In primo luogo, il *software* può tecnicamente impedire gli errori di compilazione, che portano all'annullamento del voto. Inoltre, l'informatizzazione rende più efficienti alcune fasi burocratiche (OSCE, 2013, 5; Susskind, 2017, 794, 807-808) e limita fortemente il rischio di errori nel conteggio (Schwartz; Grice, 2013, 18). Infine, la digitalizzazione comporta un risparmio di spesa che secondo qualcuno permetterebbe di consultare in modo continuativo i cittadini, e non in momenti episodici come le attuali votazioni (Noizat, 2015, 453; Meter, 2017, 2).

Chiaramente, però, i vantaggi devono essere osservati anche alla luce dei possibili rischi: ancora oggi, il voto elettronico presenta delle questioni aperte in termini di garanzia dell'uguaglianza e segretezza.

Con riferimento all'uguaglianza, l'*I-voting* può essere discriminatorio per via del *digital divide* (Kshetri; Voas, 2018, 97; Storni, 2015, 187), a maggior ragione in quanto le zone più remote, che dovrebbero ricevere i benefici del voto elettronico, sono talvolta anche quelle dove è più difficile l'accesso al mezzo Internet. Inoltre, è fondamentale la chiarezza e accessibilità dell'interfaccia di voto; altrimenti, possono risultare esclusi coloro che hanno una scarsa alfabetizzazione informatica (Kshetri; Voas, 2018, 97), ma anche le minoranze linguistiche e le persone con disabilità (OSCE, 2013, 38 ss.).

Con riferimento alla sicurezza, le votazioni elettroniche devono essere protette contro i cyberattacchi, capaci di svelare la preferenza espressa e i dati personali (Parlamento Europeo, 2017, cons. O, art. 4). Ciò vale soprattutto per il voto da remoto: mettere in sicurezza le macchine presenti al seggio è più semplice che agire su tutti i dispositivi e le reti private (Ansper *et al.*, 2010, 13). D'altro canto, come si vedrà, l'obiettivo non può essere quello, irraggiungibile, dell'invulnerabilità totale, perché nessuna votazione – neanche quella tradizionale – è al riparo da qualsiasi intrusione. Piuttosto, è necessario assicurare standard elevati, tali da rendere il voto elettronico almeno altrettanto sicuro di quello cartaceo.

Inoltre, è necessario che il sistema sia trasparente (Serges, 2012, 68 ss.), in quanto le elezioni non devono solo essere sicure, ma anche sembrare sicure (Schwartz; Grice, 2013, 18). Infatti, la fiducia nelle procedure elettorali è una

componente essenziale della rappresentanza: senza quest'ultima, i governanti sono visti come privilegiati, più che come eletti, e le regole prodotte difficilmente sono accettate come frutto della volontà collettiva. Ma anche qui occorre un bilanciamento: la trasparenza delle procedure deve essere assicurata con modalità che non compromettano l'anonimato del voto, garantito dall'articolo 48 della Costituzione.

Infine, il voto a distanza – cartaceo o elettronico – richiede di per sé un equilibrio tra valori costituzionali, e in particolare tra l'accessibilità del voto e la sua segretezza (Trucco, 2013, 132-134). Infatti, dare la possibilità di votare da qualsiasi luogo significa far partecipare chi altrimenti non potrebbe farlo, ma significa anche rinunciare a un controllo sulla non coercizione del voto: nel momento in cui la preferenza è espressa fuori dalla cabina elettorale, e in un luogo non controllato, non c'è alcun mezzo con cui lo Stato possa assicurarsi che il cittadino sia solo e non sia soggetto a pressioni (Gratteri, 2005). Tuttavia, bisogna pur considerare che esistono dei meccanismi i quali in parte compensano questo rischio, cercando di fare in modo che il voto resti comunque relativamente libero da interferenze esterne: ad esempio, consentire di cambiare la preferenza espressa in presenza del malfattore o del corruttore, oppure dare la possibilità di esprimere di fronte a quest'ultimo un voto che appare vero e restituisce la stessa interfaccia grafica di quello vero, ma in realtà è fittizio, e quindi fa salva la possibilità dell'elettore di votare di nuovo secondo la propria libera scelta (Clarkson; Chong; Myers, 2007, 6). Ancora una volta, bisogna altresì considerare che neanche le procedure attuali di voto al seggio mettono al riparo da qualsiasi rischio: ad esempio, con la diffusione degli *smartphone* è sempre più difficile assicurarsi in modo effettivo che l'elettore non fotografi il proprio voto in cabina elettorale.

In questo quadro, la questione non è scegliere tra una fiducia e una sfiducia incondizionata verso le tecnologie elettroniche; piuttosto, si tratta di stabilire un bilanciamento tra valori costituzionali diversi. Nel nostro ordinamento, è naturale che questa operazione spetti innanzitutto al Legislatore primario, che deve intervenire in prima battuta sui diritti fondamentali, in base alla propria sensibilità politica e al contesto fattuale, nonché al principio di proporzionalità imposto dalla Costituzione. Quindi, i rischi devono essere almeno pari ai contrapposti benefici, e soprattutto devono essere minimizzati attraverso apposite procedure (Clarke, 2016; Breuer; Trechsel, 2006, 47 ss.), quali: il frequente aggiornamento delle macchine e dei *software* impiegati, lo svolgimento di test e controlli aleatori, accompagnati da appropriate procedure di revisione in caso di errore, nonché la presenza di verifiche puntuali successive al voto (OSCE, 2013, 41 ss.).

3. IL DISEGNO DEL VOTO VIA *BLOCKCHAIN*: VERSO UN CONTROLLO DIFFUSO SULLE TECNOLOGIE PARTECIPATIVE

Rispetto a questi temi, è utile anche osservare come lo sviluppo tecnologico possa mutare la posta in gioco, consentendo di realizzare nuovi equilibri tra i valori costituzionali. Così è accaduto, da ultimo, nel caso della *blockchain*, che ha generato un intenso dibattito proprio per la sua capacità di combinare la crittografia – utile a garantire l’anonimato del voto e il divieto di *exit poll* – con un controllo distribuito. Proprio per questa peculiarità, essa ha consentito la creazione e circolazione di moneta e altre ricchezze, senza la necessità di ricorrere a un’autorità terza affidabile per fondare la certezza degli scambi.

Nel caso del voto, non sembra possibile fare a meno di un’autorità, in quanto vi sono alcune responsabilità inderogabili del soggetto pubblico, non solo nel disegno, ma anche nello svolgimento delle procedure. Ad esempio, l’identificazione degli elettori e l’accertamento della loro legittimazione devono spettare alla legittima autorità, in quanto normalmente le tecnologie *blockchain* assicurano che a ogni account corrisponda un voto, ma non che l’account corrisponda biunivocamente a una persona (Shapiro, 2018, 33). Tuttavia, la tecnologia in questione – per altri aspetti – consente di non doversi affidare all’autorità per verificare l’immutabilità e la mancata manomissione dei voti espressi.

La responsabilità diffusa nella *blockchain* deriva dal fatto che il *database* non è affidato a una sola persona o entità – che quindi potrebbe alterarlo – ma è distribuito in diversi *server*, che costituiscono i «nodi» (*nodes*) della *blockchain*. Ogni nodo ha accesso all’intera base di dati e a un ‘protocollo di consenso’ (*consensus protocol*), che specifica le norme su chi può inserirvi nuovi dati e in che modo, con meccanismi atti a scongiurare l’abuso (Romano; Schmid, 2017, 17 ss.). Di conseguenza, esistono delle regole condivise nel sistema, e tutti i nodi possono controllare la loro attuazione, sicché per violare le norme sarebbe necessaria la collusione di più nodi tra loro indipendenti. Inoltre, la *blockchain* garantisce la tendenziale inalterabilità dei dati ivi custoditi, in quanto conserva questi ultimi sotto forma di «blocchi» digitali concatenati tra loro attraverso una marca temporale: attraverso un sistema crittografico, ogni «blocco» è collegato biunivocamente al precedente e al successivo, per cui cambiandone uno si comprometterebbe di conseguenza tutta la catena (Hanifatunnisa; Rahardjo, 2017, 1). Questa struttura certifica che i dati, una volta inseriti, siano pressoché immutabili, e quindi – nel caso del voto – che le preferenze espresse non siano alterate.

Come si vede, questa modalità invita a cambiare la concezione classica, in cui la garanzia del processo di voto è consegnata interamente a un'autorità, considerata affidabile. Viceversa, essa propone un controllo distribuito, in cui la sicurezza non è garantita soltanto da un soggetto competente, ma da un insieme di nodi.

Inoltre, se il codice è «aperto» – cioè lasciato visibile al pubblico – chiunque può verificare il funzionamento del sistema e le procedure da esso impiegate¹. Tale modello presuppone ovviamente un cambiamento della razionalità interna all'Amministrazione, perché un meccanismo di questo tipo ha senso solo se l'autorità è in grado di recepire le segnalazioni provenienti dalla società civile e confrontarsi con le stesse (Gregg; Disalvo, 2013). Ad esempio, il sistema di voto su *blockchain* su cui sta lavorando la Russia sarà migliorato grazie all'apporto di un ricercatore francese, che ha rilevato una falla di sicurezza derivante dall'obsolescenza del metodo criptografico impiegato. Questo è stato possibile in quanto le autorità non solo hanno reso pubblico il codice fonte, ma – per stimolare il controllo collettivo della comunità scientifica internazionale – hanno promesso che avrebbero retribuito con un premio gli esperti che avessero identificato le possibili problematiche (Cimpanu, 2019).

Dunque, si richiederebbe un atteggiamento radicalmente diverso da quello palesatosi, ad esempio, in casi come quello della sorveglianza di massa dei dati personali per finalità antiterroristiche: in tale ipotesi, i *whistleblower* sono stati considerati dei criminali, più che dei soggetti che contribuiscono all'attuazione sostanziale della democrazia. Lo stesso è accaduto nel caso delle elezioni. Ad esempio, in Argentina gli esperti che hanno individuato e segnalato vulnerabilità dei sistemi di voto sono stati denunciati dall'azienda appaltatrice delle macchine elettorali in questione; inoltre, successivamente è stata proposta una legge che mirava alla penalizzazione di questi comportamenti (Pallero, 2016). Se tali rimangono le politiche nei confronti di chi segnala debolezze dei sistemi, il controllo diffuso non può generare alcun beneficio, in quanto rimane una mera osservazione senza alcuna capacità di incidere sulla realtà.

¹ In verità, è stato osservato che questa garanzia è effettiva soltanto se accompagnata da tecnologie capaci di certificare il codice in esecuzione, cioè di attestare che il codice effettivamente usato nella procedura sia lo stesso di quello dichiarato e rilasciato pubblicamente. In caso contrario, vi è il rischio che l'autorità sottoponga al controllo pubblico un certo *software*, ma ne usi poi nei fatti uno diverso, non verificato (CARBONI; SIMBULA, 2019).

3.1 Gli autori delle decisioni sulla tecnologia di voto

A monte del voto elettronico, è la scelta di valore del decisore politico a definire le procedure, individuando tanto l'*an*, quanto il *quomodo* dell'introduzione della nuova tecnologia, in base a un bilanciamento dei valori costituzionali sopra menzionati. L'equilibrio tra opposti principi deve essere deciso naturalmente da ogni autorità organizzatrice. Questo, però, pone almeno due questioni: la prima, relativa al rapporto tra i diversi livelli territoriali di governo, la seconda, relativa al coinvolgimento degli elettori nella scelta.

Quanto alla prima questione, si può certamente ritenere che in via generale un'autorità territoriale subnazionale possa stabilire autonomamente – nell'ambito della propria potestà statutaria ed eventualmente legislativa – le procedure e gli strumenti dei referendum e degli altri meccanismi consultivi (Corsi, 2010, 175-176). Infatti, la dottrina prevalente ritiene che il combinato disposto degli articoli 1, 2, 3, 18, 49 e 118 (D'Andrea, 2003) autorizzi a un'interpretazione ampia dei diritti partecipativi, tale da consentire l'adozione di strumenti di partecipazione anche atipici, fermo restando il limite costituzionale della tassatività delle fonti primarie (Allegretti, 2010, 14-16). In questo senso, un esempio recente è quello della Regione Lombardia, che ha utilizzato il voto elettronico nel referendum consultivo del 22 ottobre 2017 (Redazione Ansa, 2017), riguardante l'opportunità di richiedere condizioni rafforzate di autonomia *ex art.* 116.3 Cost. (Dainotti; Violini, 2017, 721-725; Belletti 2018, 14-16)². Peraltro, in questo caso si sono verificati dei malfunzionamenti, che hanno reso evidenti in concreto le affermazioni svolte fin qui in linea di principio: l'ente pubblico si è avvalso di un *software* privato chiuso (Emaze S.p. A., 2017) – il cui codice, cioè, non è pubblicamente visibile (*IlPost.it*, 2017; *Milano. Repubblica.it*, 2017) – e quindi ha lasciato oscure le procedure di voto, ponendosi in tensione con il principio di legalità.

² Decreto del Presidente della Giunta Regionale, n. 745 del 24 luglio 2017, *Indizione del referendum consultivo regionale per l'autonomia sul quesito «Volete voi che la Regione Lombardia, in considerazione della sua specialità, nel quadro dell'unità nazionale, intraprenda le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari d'autonomia, con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e con riferimento a ogni materia legislativa per cui tale procedimento sia ammesso in base all'articolo richiamato?»*, in Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia, Serie Ordinaria n. 30 - Giovedì 27 luglio 2017, in <http://www.regione.lombardia.it/wps/wcm/connect/a82e700f-2151-469f-b748-d3f0a1920a2f/Decreto+indizione+n+745+del+24072017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a82e700f-2151-469f-b748-d3f0a1920a2f>. Cfr. Regione Lombardia, *Scheda informativa. Il referendum consultivo per l'autonomia della Lombardia*, in <http://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/DettaglioRedazionale/istituzione/autonomia-della-lombardia/referendum-autonomia/referendum-consultivo-autonomia-lombardia>.

Problemi come questo evidenziano la necessità di una normativa primaria che garantisca la corretta attuazione della Costituzione, bilanciando in modo proporzionato i valori in gioco. Tali previsioni possono essere contenute nelle leggi regionali sulla partecipazione. Tuttavia, ciò non toglie che – essendo la partecipazione politica un diritto fondamentale di natura sociale – la norma primaria statale possa e debba intervenire per assicurare a tutti, su tutto il territorio, almeno un minimo di soddisfazione di tale posizione giuridica soggettiva. Per queste ragioni, la dottrina ritiene che la previsione e disciplina degli strumenti partecipativi rientri nei livelli essenziali di prestazioni di cui all' art. 117.2, lett. m, Cost. (Valastro, 2010; Ciancaglini, 2011, 191-193).

La seconda questione sollevata è come l' Amministrazione – nel disegno delle modalità del voto elettronico – possa costruire procedimenti decisionali partecipati, per coinvolgere nella decisione coloro i quali saranno poi destinati a utilizzare il voto elettronico per l' esercizio dei propri diritti. Qui si apre un ventaglio di possibilità, al cui interno la scelta è chiaramente politica. Ad esempio, il sistema potrebbe essere costruito interamente *in house* con la semplice consultazione dei consociati, appaltato a una *start up* innovativa o acquisito dopo essere stato prodotto dal basso con i meccanismi cooperativi tipici dell' *open source*.

Un' ipotesi interessante, in questo senso, è l' esperimento partecipativo condotto dal Comune di Napoli, che ha formato mediante chiamata pubblica – aperta a esperti e non esperti – un «Gruppo di studio volontario su blockchain (trasparenza) e criptovalute (pagamenti)» ¹, che lavora su diverse linee progettuali, tra cui il voto elettronico.

Questo *iter*, concepito inizialmente come un processo di semplice ricerca – che peraltro non prevedeva lo studio di tecnologie per le elezioni – è arrivato,

¹ Il gruppo è stato formato dapprima con una chiamata pubblica e ha avviato un lavoro nel corso del quale è intervenuto l' indirizzo del Sindaco con Delibera di Giunta n. 465 del 5/10/2018, in <http://www.comune.napoli.it/flex/cm/pages/ServeAttachment.php/L/IT/D/8%252Fe%252Fb%252FD.823ac464bcc0d478ad92/P/BLOB%3AID%3D35301/E/pdf>. Per ulteriori approfondimenti sui lavori, cfr. <http://www.comune.napoli.it/blockchain>. Un *iter* simile è stato prospettato successivamente anche a livello nazionale: <https://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php/it/198-notizie-stampa/2038651-blockchain-il-mise-istituisce-un-gruppo-di-esperti-di-alto-livello-per-l-elaborazione-della-strategia-nazionale>. Quest' ultima è concepita in modo diverso, non come una chiamata alla cittadinanza in generale, ma come chiamata per costituire un gruppo di esperti, con determinati requisiti di competenza. Del resto, l' attenzione a questa tecnologia è emersa anche nel corso dei lavori della Camera, e in particolare: Camera dei deputati – XVIII Legislatura, Disegno di legge n. 543, recante *Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernente l' elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, concernente l' elezione degli organi delle amministrazioni comunali, nonché altre norme in materia elettorale e di referendum previsti dagli articoli 75 e 138 della Costituzione*, approvato l' 11/10/2018, in <http://www.camera.it/leg18/126?tab=2&leg=18&idDocumento=543&sede=&tipo=>.

su impulso della società civile, a elaborare concrete soluzioni di voto². Se queste ultime fossero recepite dall'Amministrazione, si avrebbe il vantaggio di evitare due soluzioni estreme, che rischierebbero di produrre criticità nel meccanismo della partecipazione democratica. Da un lato, sviluppare *hardware* e *software* completamente *in house* si scontrerebbe con il fatto – già ampiamente emerso nella letteratura – che oggi per l'apparato istituzionale è complesso adempiere in prima persona a tutti i compiti imposti dallo Stato sociale (Alonso; Guiton, 2017). Dall'altro lato, lasciare che il mercato spontaneamente produca piattaforme di pubblica utilità significherebbe far dipendere la fattibilità degli esperimenti dagli investitori, e quindi consegnare i diritti sociali alla possibilità meramente eventuale che in qualche ipotesi l'interesse privato al profitto coincida con quello pubblico (Eghbal, 64-65; Staiano 2019). In questo caso, quindi, il Comune di Napoli adotta una terza via, innovativa rispetto a quelle previste dalle norme attuative del Codice per l'Amministrazione Digitale³: acquisisce direttamente del lavoro volontario dei cittadini, mantenendo nelle proprie mani una funzione di impulso e coordinamento.

Il vantaggio è chiaramente che esso può fare leva sulle diverse motivazioni individuali, che inducono la partecipazione, per mobilitare su vasta scala le *expertise* più diverse pur senza investire risorse. Di conseguenza, il sistema lascia la più ampia libertà di forme alla partecipazione, e quindi presenta una maggiore fluidità, in grado di integrare meglio i contributi individuali dei partecipanti.

Tuttavia, lo strumento adoperato presenta anche alcuni punti critici, che danno luogo ad almeno due ordini di problemi.

Il primo è la necessità di rendere chiaro in quale sede viene effettuata la scelta politica (Suteu, 2014, 14-15), e fare in modo che quest'ultima avvenga con modalità costituzionalmente legittime.

Se è vero che le scelte di *design* racchiudono delle vere e proprie norme, valide per tutti i votanti, va da sé che il contributo degli esperti consultati non è di natura solo tecnica, ma anche di natura politico-partecipativa. Tuttavia, altrettanto chiaro è che gli esperti, non avendo come tali alcuna responsabilità

² Nel momento in cui si scrive, il codice non è stato ancora pubblicato, ma alcune informazioni concrete sul sistema sono state rese pubbliche, provvisoriamente via *social network*, da Tommaso Coppola, uno degli sviluppatori autori del progetto: <https://www.facebook.com/groups/715710332114552/permalink/885526558466261/?sfnsn=mo>.

³ Agenzia per l'Italia Digitale, *Linee guida su acquisizione e riuso di software per le pubbliche amministrazioni*, 9/5/2019. Disponibile da: https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/lg-acquisizione-e-riuso-software-per-pa-docs_pubblicata.pdf. Le *Linee guida* costituiscono attuazione degli articoli 68 e 69 del *Codice dell'Amministrazione Digitale*, D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

politica, non possono compiere legittimamente scelte di valore valide *erga omnes*.

Di conseguenza, occorre un procedimento decisionale che conservi e chiarisca le responsabilità del soggetto pubblico nella definizione degli obiettivi e del tipo di contributo richiesto ai partecipanti. Quindi, i lavori dovrebbero essere preceduti da un indirizzo degli organi politici rappresentativi e di quelli amministrativi. Al tempo stesso, è utile che alla decisione prenda parte la collettività, attraverso momenti pubblici di discussione regolamentata. In altri termini, anche se non si può separare in modo netto il momento politico da quello tecnico, è possibile mettere in atto forme ibride di decisione, in cui il dibattito rende trasparenti e partecipate le scelte valoriali sottese alle decisioni di *design*.

Il secondo punto critico è quello del lavoro intellettuale dei componenti del gruppo di studio, perché in questi casi l'Amministrazione acquisisce a tutti gli effetti una prestazione – talvolta anche molto qualificata – senza corrispondere niente in cambio (Gregg; Disalvo, 2013).

Tale profilo non può certo essere esaurito in questa sede, in quanto attiene a una più ampia problematica di tutela dei lavoratori e lavoratrici dell'immateriale, che non coincide con l'argomento centrale di questo scritto: sempre più persone sono spinte ad accettare il lavoro gratuito in cambio di remunerazioni di altro tipo, quali le aspettative di formazione o future opportunità lavorative. Tuttavia, questo tema rileva, nel presente saggio, nella misura in cui è strettamente connesso al tema dell'uguaglianza nella partecipazione. Infatti, la gratuità, da un lato, limita la partecipazione a chi ha la possibilità di dedicare del tempo al lavoro non retribuito in chiave di attivismo civico; da un altro lato, fa sì che l'Amministrazione abdichi in parte alle proprie responsabilità di intervento. Infatti, in questo modo l'efficienza del servizio pubblico finisce per essere affidata a quello che i partecipanti possono e vogliono realizzare nell'economia del fatto che essi possono impiegare solo il loro 'tempo libero' in quella attività (Gregg; Disalvo, 2013). Questo nella migliore delle ipotesi depotenzia lo strumento, in quanto lo rende utilizzabile solo per problemi di semplice soluzione. In altri casi, può indurre a forme di 'cattura', dove la partecipazione individuale nell'interesse generale è soppiantata da quella di soggetti economici strutturati, che possono investire nella ricerca di visibilità o di possibilità di *lobbying*.

Del resto, quello del finanziamento è problema aperto, che deve realizzare un delicato equilibrio, in quanto il supporto economico pubblico rischia – dal canto suo – di interferire con l'autonomia della società civile consultata. Per questo, la sfida sta nell'immaginare forme di cooperazione e finanziamen-

to tali da mantenere l'autonomia creativa dei cittadini partecipanti, ma al tempo stesso supportarla con investimenti mirati, per rendere il processo di sviluppo non solo più efficace, ma anche maggiormente rispettoso dell'uguaglianza sostanziale. Ad esempio, potrebbero ipotizzarsi interventi puntuali di supporto al lavoro gratuito dei cittadini, nei casi in cui l'elaborazione collettiva facesse emergere il bisogno di competenze particolarmente specializzate o, comunque, operazioni specialmente onerose in termini di tempo.

4. CONCLUSIONI

In conclusione, il voto elettronico offre nuove soluzioni pratiche, ma non elimina la necessità di un bilanciamento, che deve avvenire nelle sedi competenti del settore pubblico con l'opportuna partecipazione di chi è destinato a esercitare il diritto di voto stesso, e cioè il popolo sovrano ai sensi dell'art. 1 Cost. L'essenziale, dal punto di vista di questa ricerca, è considerare che il disegno della piattaforma corrisponde alle procedure di voto, e quindi deve essere soggetto a tutte le regole di queste ultime.

Naturalmente, si è intrapreso questo studio nella consapevolezza che non si sarebbero potute dare risposte definitive ai problemi posti. Lo stato dei fatti in continua evoluzione, e quindi è lecito ritenere che la ricerca e lo sviluppo tecnologico potranno continuamente proporre soluzioni in grado di assicurare diverse possibilità di scelta o di ottenere un maggior grado di contemporanea soddisfazione dei valori contrapposti.

Quello che si può concludere è una precisazione procedurale, cioè che la decisione deve spettare al soggetto legittimamente titolare dell'indirizzo politico, e che deve bilanciare i valori costituzionali coinvolti in modo rispettoso del principio di proporzionalità, e con attenzione ad assicurare una partecipazione autonoma ed eguale dei regolati.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALLEGRETTI U. (2010). «Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia.» In Allegretti G. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze: Firenze University Press.
- ALONSO P.; GUITON A. (2017). Logiciels de l'Etat: erreurs systèmes en série. *Libération.fr*, 10/11/2017. Disponibile da http://www.liberation.fr/france/2017/11/10/logiciels-de-l-etat-erreurs-systemes-en-serie_1609374.

- BELLETTI M. (2018). «Costituzione Fiscale Multilivello». *Federalismi.it*, 5.
- BREUER F.; TRECHSEL A. H. (2006). *E-Voting in the 2005 local elections in Estonia*, Report for the Council of Europe. Disponibile da https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/E-voting/EVoting_Documentation/PDF-FinalReportCOE_EvotingEstonia2005.pdf.
- CARBONI D.; SIMBULA M. (2019). La blockchain per proteggere il voto dall'interferenza straniera: troppi problemi. *AgendaDigitale.eu*, 28/8/2019, in <https://www.agendadigitale.eu/documenti/proteggere-il-voto-dalla-manipolazione-straniera-grazie-alla-blockchain/>.
- CIANCAGLINI M. (2011). «Tra democrazia partecipativa e concertazione. La legge regionale 3/2010 dell'Emilia-Romagna». *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 2.
- CIMPANU C., Moscow's blockchain voting system cracked a month before election. *ZDNet.com*, 20/8/2019, <https://www.zdnet.com/article/moscows-blockchain-voting-system-cracked-a-month-before-election/>.
- CLARKE R. (2016). *Yes, It's Possible to Hack the Election*, in *abcnews.go.com*. Disponibile da <http://abcnews.go.com/Politics/hack-election/story?id=41489017>.
- CLARKSON M. R.; CHONG S.; MYERS A. C. (2007). *Civitas: Toward a Secure Voting System*, in https://www.cs.cornell.edu/projects/civitas/papers/clarkson_civitas_tr.pdf, p. 6.
- CONSIGLIO D'EUROPA (2009). *Electronic democracy («e-democracy»)*, Recommendation CM/Rec(2009)1 and explanatory memorandum. Disponibile da https://www.coe.int/t/dgap/democracy/Activities/GGIS/CAHDE/2009/Rec-CM2009_1_and_Accomp_Docs/6647-0-ID8289-Recommendation%20on%20electronic%20democracy.pdf.
- CORSI C. (2010). *Chi disciplina la democrazia partecipativa locale*. In Allegretti G. (a cura di). *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*. Firenze: Firenze University Press.
- D'ANDREA A. (2003). «La prospettiva della costituzione italiana e il principio di sussidiarietà», in ARRIGO G.; D'ANDREA A.; SITZIA B.; TREU T., *Principio di sussidiarietà. Europa, Stato sociale*, Milano: Vita e Pensiero.
- DAINOTTI L.; VIOLINI L. (2017). «I referendum del 22 ottobre: una nuova tappa del percorso regionale verso un incremento dell'autonomia». *Le Regioni*, 4.
- DE MINICO, G. (2012). *Internet. Regola o anarchia*. Napoli: Jovene.
- EGHBAL N. (2016). *Roads and Bridges: The Unseen Labor Behind Our Digital Infrastructure*. Disponibile da <https://www.fordfoundation.org/media/2976/roads-and-bridges-the-unseen-labor-behind-our-digital-infrastructure.pdf>.
- EMAZE S.P. A. (2017). *Security Code Review del software per il voto referendario del 22/10/2017 sviluppato da Smartmatic per Regione Lombardia*. Disponibile da <http://www.regione.lombardia.it/wps/wcm/connect/a12fdd40-a5c5-4cba-be5a-aabae7c4e8bb/Regione-Lombardia-Code-Re>

view-SW-Voto-Sintesi-Executive-2017_10_06.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a12fdd40-a5c5-4cba-be5a-aabae7c4e8bb.

- GRATTERI A. (2005). *Il valore del voto: nuove tecnologie e partecipazione elettorale*. Padova: CEDAM.
- GREGG M.; DISALVO C. (2013). The Trouble With White Hats. *TheNewInquiry.com*, 21/11, Disponibile da <https://thenewinquiry.com/the-trouble-with-white-hats/>.
- HANIFATUNNISA R.; Rahardjo B. (2017). *Blockchain Based E-Voting Recording System Design*, 11th International Conference on Telecommunication Systems Services and Applications (TSSA). Disponibile da <https://www.semanticscholar.org/paper/Blockchain-based-e-voting-recording-system-design-Hanifatunnisa-Rahardjo/e9e1db89ab5e4e4b2f19741da8c8839f504d1190>.
- KSHETRI N.; Voas J. (2018). Blockchain-Enabled E-Voting. *IEEE Software*, July/August.
- LESSIG L. (2006). *Code. Version 2.0*. New York: Basic Books.
- METER C. (2017), *Design of Distributed Voting Systems*, Masterarbeit aus Remscheid vorgelegt am Lehrstuhl für Rechnernetze und Kommunikationssysteme. Disponibile da <https://arxiv.org/pdf/1702.02566.pdf>.
- NOIZAT P. (2015). *Blockchain Electronic Vote*. In Lee Kuo Chen D. (a cura di), *Handbook of Digital Currency*. New York: Elsevier.
- OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) (2013). *Handbook for the Observation of New Voting Technologies*, in <https://www.osce.org/odihr/elections/104939?download=true>.
- PALLERO J. (2016). Argentina: don't criminalize security research in e-voting. *AccessNow.org*, 15/8. Disponibile da <https://www.accessnow.org/argentina-dont-criminalize-security-research-e-voting/>.
- PARLAMENTO EUROPEO—COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI (2017). *REPORT on e-democracy in the European Union: potential and challenges*, 2016/2008(INI), A8-0041/2017. Disponibile da <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0041+0+DOC+XML+V0//EN>.
- REDAZIONE ANSA (2017). La Lombardia al voto con il sistema elettronico. *Ansa.it*, 9/10. Disponibile da http://www.ansa.it/lombardia/notizie/2017/10/08/ansa-scheda-referendum-lombardia-voto-con-sistema-elettronico_c0a9d0f6-0822-41b8-945c-985341bc2629.html.
- ROMANO D.; SCHMID G. (2017). «Beyond Bitcoin: A Critical Look at Blockchain-Based Systems». *Cryptography*, 15 (1).
- SERGES G. (2012), «Principi in tema di amministrazione», in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti*. SERGES G. (2012), «Principi in tema di amministrazione», in F. MODUGNO (A CURA DI), *Lineamenti di diritto pubblico*, TORINO: GIAPPICHELLI.
- SCHWARTZ B.; GRICE D. (2013). «Establishing a Legal Framework for E-Voting in Canada». *Elections.ca*, Prepared for Elections Canada. Disponibile da http://www.elections.ca/res/rec/tech/elfec/pdf/elfec_e.pdf.

- SHAPIRO E. (2018), «Democracy and E-Democracy. A discussion of the possibility of supplanting traditional representative democracy with e-democracy». *Communications of the ACM*, 61(8).
- STAIANO S. (2019). «Notazioni conclusive. Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale». *Federalismi.it*, 5.
- STORNI V. (2015). «Internet, partecipazione e associazionismo». In Marcelli F.; Marsocci P.; Pietrangelo M. (a cura di). *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- SUSSKIND J. (2017). «Decrypting Democracy: Incentivizing Blockchain Voting Technology for an Improved Election System», *San Diego Law Review*, 54.
- SUTEU S. (2014). *A New Form of Direct Democracy: Constitutional Conventions in the Digital Era*, Edinburgh School of Law Research Paper No. 39. Disponibile anche da <https://ssrn.com/abstract=2511285>.
- TRUCCO L. (2013). «Le nuove tecnologie salveranno il voto all'estero degli italiani?» *Quaderni Costituzionali*, 1.
- VALASTRO A. (2010). «Partecipazione, politiche pubbliche diritti.» In *Ead.* (a cura di). *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*. Napoli: Jovene.
- IL POST (2017). Il pasticcio del voto elettronico in Lombardia. *IlPost.it*, 23/10. Disponibile da <https://www.ilpost.it/2017/10/23/voto-elettronico-lombardia/>
- REPUBBLICA (2017). Referendum Lombardia, incognita affluenza: «Tablet a prova di hacker, ma dato finale solo dopo l'una». *Milano. Repubblica.it*, 15/10. Disponibile da http://milano.repubblica.it/cronaca/2017/10/15/news/referendum_autonomia_risultati_tablet_sicurezza-178344182/.

EL PERFECCIONAMIENTO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA MEDIANTE INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y SUS PROBLEMAS COMPETENCIALES

AMIR AL HASANI MATURANO
Universidad Islas Baleares

SUMARIO: 1. Una aproximación al concepto de representación. 2. La democracia representativa como eje vertebral de la participación política. 3. Nuevos instrumentos de participación ciudadana que perfeccionan la democracia. 4. El rompecabezas competencial del referéndum autonómico y las consultas populares. 5. Conclusiones provisionales. 6. Referencias bibliográficas.

1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

Este año tan significativo, el 40 aniversario del Texto Constitucional de 1978, nos anima a rememorar los grandes avances sociales y políticos de nuestro Estado democrático, aunque sin ignorar ciertas coyunturas socio-económicas difíciles. En el contexto actual, este trabajo pretender llevar a cabo un breve análisis sobre uno de los elementos claves de nuestra democracia: la participación política.

El proceso constituyente, «ruptura pactada», permitió pasar de un régimen dictatorial a otro que tiene su esencia en el reconocimiento de la voluntad popular; por ende, supuso alcanzar la soberanía del pueblo mediante el sufra-

gio universal, encauzada por la representación basada en un sistema pluralista de partidos. Y más importante aún: se proclamó nuestro actual Estado social y democrático de derecho, promulgado en el art. 1.1 CE. La afirmación recogida en el art. 1 CE: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» junto a las palabras del preámbulo, asegurar «el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular», permiten iniciar un sistema parlamentario de representación como medio de expresión de la voluntad popular (Alzaga, 2012, 143). El fenómeno de la representación se sustenta en una relación entre representantes y representados, y, regido por unas normas, instituciones y procedimientos que permiten cumplir las funciones de representación política. A través del derecho de sufragio se da preeminencia a la democracia representativa, denominada también democracia indirecta. Por tanto, el pueblo elige a los representantes que los representan, aunque veremos que en un sentido *matizado*, y esos representantes eligen al Gobierno que dirige la acción política del Estado. En otro sentido, bajo la premisa de igualdad política que engloba la representación, esto es, que todo ciudadano participe en los asuntos públicos, nacería la idea de democracia directa.

De forma necesariamente telegráfica, nos gustaría traer a colación algunas notas que permiten comprender el concepto de representación. Los inicios de la representación parlamentaria surgieron, como es sabido, en el siglo XVII en Inglaterra, al nacer el derecho a elegir los miembros del Parlamento como control sobre el poder del Rey. De ahí que el poder absoluto de la monarquía va a ser sustituido por una representación electiva de las clases dominantes –la burguesía–. Pese a que en principio, la idea de participación en los asuntos públicos o libertad política parecía interesar mínimamente a la clase burguesa, dado que preferían dedicarse a sus intereses privados. Por esa causa, a su entender, resultaba necesario elegir a sus representantes, que actuaran en defensa del ejercicio de su libertad privada de libre mercado, y del máximo bienestar.

Queremos citar la célebre obra *El concepto de representación* de Hanna Fenichel Pitkin (2014), que realiza un elaborado análisis sobre el concepto moderno de representación, por el cual unos seres humanos representan a otros. La autora afirma «que en la representación algo que no está literalmente presente se considera que está presente en un sentido no literal» (Pitkin, 2014, 23). Una vez expuesta esta idea, comienza por preguntarse, qué razones han de darse para suponer que alguien está siendo representado por otro. Desde este punto de partida, sin ser algo definitivo, su formulación sustantiva sería que la «representación significa actuar en interés de los representados, de una manera sensible ante ellos. El representante debe actuar independiente; su actuación debe implicar discreción y discernimiento; debe ser él quien actúe. El repre-

sentado debe ser también (se le concibe como) capaz de acción y de juicio independientes, y no comportarse meramente como necesitado de cuidado» (Pitkin, 2014, 265). Asimismo, la autora al presentar distintos tipos posibles de representación, atiende a la «vida política», considerando que «no es meramente la elaboración de elecciones arbitrarias, ni meramente la negociación entre deseos privados. Es siempre una combinación de negociación y de compromiso en la que existen compromisos no resueltos y en conflicto, y una deliberación común sobre política pública, en la que los hechos y los argumentos racionales son relevantes» (Pitkin, 2014, 268). De esta manera, si los temas políticos traen consigo compromisos de valor, en ocasiones irracionales, la elección del representante por el representado será aquella «que comparta nuestros valores y compromisos y prevenga el irresoluble conflicto» (Pitkin, 2014, 269). Por lo tanto, las decisiones a la hora de votar a un representante u otro no serán siempre racionales e informadas sobre el enfoque mantenido, sino que muchos casos «dependen en gran parte del hábito, el sentimiento, y la disposición» Pitkin, 2014, 276).

Deteniéndonos en nuestro actual sistema parlamentario de representación, hay que subrayar que constituye un medio para la expresión de la voluntad popular y, además, legítima a los gobernantes, asignándoles un fundamento democrático. La praxis política en la mayoría de los países, muestran como los partidos políticos desempeñan el papel principal a lo largo de todo el proceso electoral, sobreponiéndose a los representantes, inclusive en la organización y desempeño de las funciones parlamentarias –piénsese en la disciplina de voto–. La concepción de la democracia representativa liberal de los inicios ha sufrido una evolución histórica que ha afectado a la representación política, como es evidente, convirtiendo a los partidos políticos como actores principales (Delgado, 2011, 33)¹. Derivándose en una confusión entre los poderes legislativo y ejecutivo, y distanciando a los representantes de sus representados. La dinámica política ha experimentado tales cambios que no puede entenderse la preeminencia de la institución parlamentaria como algo *sagrado*. No queremos predicar con ello que el parlamentarismo carezca de relevancia, pero sí que ha sufrido alteraciones en sus funciones tradicionales, entre ellas la creciente intervención del gobierno en la actividad legislativa; la pertenencia a unidades supranacionales y la aparición de nuevas instancias de representación de los intereses de los ciudadanos. La eficaz subordinación del poder al Derecho y a los tribunales no parece resultar suficiente, pese a su necesidad. De manera principal corresponde

¹ «El mandato representativo se transforma en un mandato que liga a los electores con un partido y un mandato que vincula al diputado con el partido al que pertenece...»

a que la práctica totalidad de nuestros desacuerdos con la clase política que nos representa, no se plantean ante los Tribunales. Así, la relación gobernantes-gobernados corresponde al ámbito del Estado democrático, no al del Estado de Derecho. En definitiva, este cuestionamiento a cierto funcionamiento de las instituciones, que se desarrollará en líneas sucesivas, estará centrado en el concepto de representación (Garrorena, 1991, 71)².

2. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO EJE VERTEBRAL DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La consagración constitucional del derecho fundamental de participación política aparece recogido en el art. 23.1: «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». En una primera lectura de este artículo, llama la atención que la participación se refiere a «asuntos públicos», no invocando o consagrando asuntos empresariales o privados. Asimismo, para una interpretación extensa, requiere una conexión con el art. 9.2 CE, que consagra, con cierta generalidad, «facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». De este modo, la conjunción de ambos artículos parece apuntar hacia una democracia participativa, al establecerse un mandato a los poderes públicos con la fórmula referida³.

Como ya hemos recordado, la democracia representativa es el eje vertebral de la participación política: «por medio de representantes» elegidos a través del ejercicio del derecho de sufragio. Cuestión también relevante, es que el derecho fundamental a la participación cuenta con las máximas garantías de protección constitucionales. En efecto, ya su propia ubicación indica que es un derecho vinculante a todos los poderes públicos en virtud del art. 53.1CE; y sometido a la reserva de ley orgánica a la luz del art. 81 CE; y aún más, protegido por la cláusula del art. 53.2, a la previsión de su protección mediante un proceso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el TC. De ahí deriva su trascendencia, puesto que articula la representación política –como hemos mencionado– e, igual-

² «El Estado representativo de nuestro tiempo ha pasado a quedar conformado como un auténtico Estado de partidos.»

³ *Vid.* STC 208/89, de 14 de diciembre, BOE, núm.10, de 11 de enero de 1990.

mente, fundamenta el ejercicio de la democracia directa. Asimismo, más allá de esta concreción, existen otros elementos de democracia participativa.

Pese a lo mencionado, existen algunas causas que han originado una demanda ciudadana de nuevos instrumentos participativos. Entre ellas, la crisis institucional y política padecida, especialmente en lo que refiere a la creciente crítica al modelo partitocrático y la inevitable deslegitimación de los poderes públicos, en definitiva, a la deficitaria relación entre los representantes y los ciudadanos, derivando en una creciente deslegitimación. Se ha producido la percepción ciudadana, en ocasiones indiscutible, que los representantes políticos solo buscan desautorizar a los contrarios y defender sus propios intereses, con claro olvido del bien común. La sensibilidad de la ciudadanía por tanto es mayor, deduciendo una concepción de que el sistema electoral produce distorsiones, por lo que exige una *nueva voz* (Garrorena, 2016,67-94)⁴. Lo que conllevaría preguntarnos: ¿Está realmente en crisis la democracia representativa?

Al hilo de la demanda ciudadana anterior, con el claro objetivo de conseguir una participación plural de la ciudadanía y una implicación más activa en los procesos de decisión –en plena revolución digital–, observamos que se están generando experiencias participativas alternativas (presupuestos participativos, consultas a la ciudadanía, audiencias públicas...) distintas a la clásica participación política que se promovía institucionalmente con el objetivo de la participación electoral.

Al cuestionarnos sobre la legitimación y el fundamento constitucional de esta nueva democracia participativa, que sería algo intermedio entre la representativa y la directa, comenzamos el análisis reiterando ciertos motivos que han llevado a que encuentre mayor aceptación. En lo que respecta a la cuestión de legitimación, reiteramos el anhelo o percepción ciudadana de que la participación no fuera una mera emisión del voto –derecho de sufragio–, por ende, «mera» democracia representativa (Garrorena, 1991, 61)⁵. A la postre, cuando el poder constituyente limitó considerablemente el alcance que propuso a figuras de democracia directa o semidirecta, como son el referendo o la iniciativa legislativa.

En lo que refiere al fundamento constitucional, surgiría de la conexión del artículo 23.1 CE con el artículo 9.2 CE, extrayéndose la interpretación siguiente: le corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de toda

⁴ «La sociedad ha pasado a observar, con una sensibilidad mucho más viva, que el sistema electoral produce distorsiones y que el Parlamento-sus diputados– se pierden en la estéril tarea de desautorizarse mutuamente en vez de ocuparse de solucionar los problemas que son de todos.»

⁵ La relación representativa se reduce al acto electoral y se agota en él.

la ciudadanía a asuntos públicos, siendo extensible a asuntos económicos, sociales y culturales.

Al hacer hincapié en qué entendemos por democracia directa, al delimitar aspectos definitorios, inferimos que la participación en la democracia directa se refiere a la adopción inmediata de decisiones por los ciudadanos; mientras que el derecho a participar por medio de representantes, resultaría ser indirecta, aunque no se agota por la mera designación. Al comprender también esa representación indirecta, el desempeño de sus funciones y defender el derecho mismo de los ciudadanos a participar (López Guerra, 2010, 297). Por tanto, las primeras pinceladas ya apuntan a que el principio democrático ha de tener su plasmación principal en el deseo del constituyente de la democracia representativa, pero introduciéndose mecanismos de participación directa como «correctivos necesarios frente a las carencias de aquella y la oligarquización de los partidos» (Alzaga, 2012, 145).

Algunos de los dispositivos de democracia directa surgidos en la Europa del período de entre guerra, acabaron incluyéndose en nuestra Constitución. En concreto, el referéndum consultivo del art. 92 CE para decisiones políticas de especial trascendencia; los referendos autonómicos del art. 151 CE para ratificar la iniciativa autonómica, como para ratificar proyecto de estatuto de autonomía, y ratificar un proyecto de reforma del estatuto; el referéndum consultivo de reforma parcial de la Constitución y el referéndum preceptivo para la reforma total, o parcial que afecte al Título preliminar del Capítulo segundo, Sección primera del Título I o Título II; la iniciativa popular para presentación de proposiciones de ley que no versen en determinadas materias; y por último, el régimen de concejo abierto en el ámbito municipal previsto en el art. 140 CE (Oliver Araujo, 1989).

Recapitulando este apartado: el art. 23.1 CE concibe la democracia primordialmente como representativa, ejerciéndose a través de elecciones periódicas y mediante sufragio universal; sin embargo, las novedosas aportaciones doctrinales y demandas ciudadanas apuntan a una concepción de democracia gobernante frente a democracia gobernada. O lo que es lo mismo, una marcha hacia mecanismos de democracia semidirecta que introduzca instrumentos participativos.

El derecho a participar de la ciudadanía se concibió constitucionalmente como un auténtico derecho fundamental con las máximas garantías y reflejado, principalmente, a través del derecho de sufragio. Estimamos este derecho, en términos generales, con una práctica de la actividad legislativa diaria monopolizada por los partidos políticos. Siendo imprescindibles los partidos en la democracia de nuestros días, pese a que surgen muchas iniciativas para que

sean transformada la funcionalidad de los mismos⁶. Máxime cuando sólo se ha dedicado un artículo en la Constitución, para romper con tan *sonoro* silencio que determinara la naturaleza y esencia de los partidos políticos, me refiero al *desguarnecido* art. 6 CE (Alzaga, 2012, 154).

En atención a una posible regeneración democrática mediante la entrada de instrumentos jurídicos, como sugiere minuciosamente Garrorena (2016): el Derecho no es, ni puede ser la panacea para solucionar todos los problemas que la actual quiebra de la democracia tiene planteados y aunque interviniera, su éxito o fracaso sigue dependiendo de varios factores. Sopeso la opinión, entre otros de Presno Linera (2016) para quien la articulación al servicio de la confirmación ciudadana de la voluntad política de las instituciones representativas con las participativas, es en realidad lo deseable. De manera que la democracia comporta, por desarrollo de su definición, una participación de los ciudadanos en el gobierno de los asuntos públicos; siendo incongruente limitar esa intervención de la ciudadanía. Visto que los debates constitucionales del 1978 configuraron las tesis del riesgo y redujeron al mínimo el papel de la democracia directa; en nuestros días sólo caben regulaciones acordes a la interpretación constitucional para introducir mecanismos participativos, sin ser la panacea a una solución a la presunta crisis representativa originada en la partitocracia (Cebrián, 2008)⁷.

La velocidad y proximidad de las nuevas tecnologías, permitirán dinamizar y flexibilizar los cauces de representación política. No lo proponemos exclusivamente para los procesos electorales, sino que podría ir en énfasis con otros instrumentos de participación ciudadana, como ya se realizan –piénsese en los presupuestos participativos–. A través de estos instrumentos, la relación de la Administración Pública con los administrados deriva en una mayor participación ciudadana, transparencia y el derecho al acceso a la información pública, valiéndose eficazmente de las Tics y enriqueciendo la gestión administrativa. En orden a una posterior reflexión a los posibles lectores, también sugeriría que los avances han de ser ponderados; evaluando que sean adecuados al reto de los tiempos y a la sociedad democrática. Como bien anota Pérez Luño (2013, 141): «Todo avance cultural, social, político o tecnológico puede hallarse contrapuntado por determinados peligros; conocerlos es la mejor forma de evitarlos».

⁶ Piénsese en las instrucciones y la potestad disciplinaria de los partidos.

⁷ «No es escasa la sensación ciudadana de sentir que la voz y la opinión de cada uno valen poco, que tan sólo se puede decidir algo cada cuatro años, que grupos distintos a los partidos tienen enormes dificultades a la hora de introducir nuevos asuntos en lo que comúnmente se denomina la agenda política...»

3. NUEVOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA QUE PERFECCIONAN LA DEMOCRACIA

La democracia directa consiste en una serie de mecanismos o instrumentos jurídicos (referendos, iniciativas populares...) que, al implantarse en las actuales democracias, pueden complementar el sistema jurídico-político de la democracia representativa. Con el claro objetivo de ampliar la participación ciudadana – cambio de paradigma de nueva gobernanza– (Ramírez, 2010, 203)⁸, sería conveniente la configuración de unos instrumentos reglados que acerquen más la ciudadanía en la toma de decisiones públicas. Una aproximación a la conceptualización de democracia participativa sería aquella que conecta ideas participativas mediante unos instrumentos –necesariamente reglados–, añadidos a la democracia representativa que la actualiza, para acercar las decisiones públicas al ciudadano, sin ser mecanismos directos.

El concepto propuesto de participación ciudadana, más amplio que la noción de democracia participativa (Ramírez, 2010, 211)⁹, radicaría en que democracia participativa implicaría la toma de decisiones, sean vinculantes o no, por parte de los ciudadanos; y la participación ciudadana incluiría además de tomar partido en los asuntos públicos, la transmisión de información entre representantes y representados (Ramírez, 2010, 205)¹⁰. La diferencia radica, pues, en que la participación ciudadana engloba a la democracia participativa, siendo esta última decisoria. Por otra parte, el término de democracia directa, no se puede identificar al de democracia participativa, aunque existen relaciones significantes entre ambos.

Retomando lo expuesto, la democracia participativa como complemento, sí que en ciertos casos puede resultar beneficiosa para mejorar la democracia representativa. Con especial relieve en el control de las decisiones políticas y en la toma de decisiones públicas. Con ello, apostar por una democracia participativa, en principio, permite realizar cambios en el sistema pero no instaura

⁸ «Con el objetivo y la voluntad de complementarla haciéndola más participativa al ampliar la participación popular en el gobierno de la comunidad, con el deseo no sólo de acercar el gobierno a los ciudadanos y profundizar en el derechos de los mismos a la participación política, sino también con la voluntad de controlar mejor a los gobernantes, de someterlos, mediante dichos instrumentos de participación popular, a una mayor transparencia y a un control más severo por parte de los ciudadanos.»

⁹ «Todo lo que es democracia participativa es participación ciudadana. Pero no todo lo que es participación ciudadana es democracia participativa. La participación ciudadana es un ámbito mucho más amplio que el que ocupa la democracia participativa.»

¹⁰ «Democracia participativa implica toma de decisiones-vinculante o no– por el ciudadano, participación ciudadana sólo conlleva la intervención del ciudadano en algún momento del proceso político que no tiene por qué ser decisorio.»

un régimen nuevo (Ramírez, 2010, 209)¹¹. Posiblemente, más éxito en el ámbito local que nacional.

4. EL ROMPECABEZAS COMPETENCIAL DEL REFERÉNDUM AUTONÓMICO Y LAS CONSULTAS POPULARES

Al hilo de las fórmulas constitucionales de democracia directa¹², al tratar la distribución competencial en el Estado autonómico, en mayor medida, en materia de la figura del referendo, y en menor medida, las consultas populares, revisten complejidad. Debido principalmente a la ambigüedad de los preceptos constitucionales (Pérez AlberdÍ, 2015, 107)¹³. No obstante, cabría considerar que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha establecido algunas consideraciones interesantes. Asimismo, pese a ciertas pistas con la interpretación doctrinal ocasionada, consideramos que no se aprovechó el momento para dar una visión adecuada (Ibáñez, 2013, 98) (Pérez Sola, 2009, 434)¹⁴. En concreto, por una parte, al no posicionarse firmemente en la distinción entre consulta popular y referendo; por otra, al señalar que el referendo debe estar expresamente previsto en la CE; asimismo, al no aclarar si para regular el referendo autonómico requiere de competencia explícita sobre la materia en el Estatuto de Autonomía; y ya por último, algunas frases del intérprete constitucional que derivan la correspondencia al Estado para el establecimiento del referendo en su totalidad. Parecen mezclarse muchas cosas a la vez. De todos modos, intentaremos delimitar algunas ideas, utilizando anteriores sendos pronunciamientos del TC, y las recientes SSTC 31/2015 y 32/2015¹⁵. A raíz de la actual situación en Cataluña ha recobrado fuerza la cuestión de si se pueden regular modalidades de referendos autonómicos al margen de las previstas constitucionalmente.

¹¹ «La democracia participativa no es una revolución, sólo es una moderada reforma.»

¹² El referéndum o referendo ha ganado protagonismo en la actual situación de cierta desafección ciudadana, al no sentirse representada, y, demanda una mayor participación en los asuntos públicos.

¹³ «Es cierto que la CE no menciona de forma expresa ni regula el referéndum autonómico ni el local.»

¹⁴ «La razón de estos errores interpretativos es que no hay detrás una visión de conjunto sobre las instituciones de democracia semidirecta y su complejo encuadre en el Estado autonómico.» «De otra parte, ni el Consejo de Estado ni tampoco el Alto Tribunal han generado, a nuestro entender, unas aportaciones sólidas sobre el encaje de los instrumentos de participación directa de los ciudadanos en el ámbito autonómico.»

¹⁵ Vid. STC 31/2015, de 25 de febrero. BOE, núm. 64, de 16 de marzo de 2015. Vid. STC 32/2015, de 25 de febrero. BOE, núm. 64, de 16 de marzo de 2015.

En lo que respecta a una hipotética diferencia entre consulta popular no referendaria y referendo, se deducía en la mayoría de ocasiones, que dependía del momento de la celebración. Así en el primer caso, la consulta era previa a la aprobación de un acuerdo; en cambio, en el supuesto del referendo se producía una vez adoptado el acuerdo. Aun aceptando este planteamiento, quizás lo que resulta relevante para diferenciarlos es la finalidad (Ibáñez, 2013, 100) (Pérez Alberdí, 2015, 107)¹⁶, aunque como se adelantará, acaba por «utilizarse» en un presunto fraude de ley¹⁷. El TC considera que la relevancia radica en la «finalidad». Así en su argumentario, señala que el referéndum o referendo es una «especie de género» de la consulta popular cuyo objeto se refiere estrictamente al cuerpo electoral, mediante un procedimiento electoral y con garantías jurisdiccionales específicas. En contraposición, entiende que las consultas populares (encuestas, audiencias públicas, foros de participación) no son referendarias, su objetivo último es recabar opinión a algún minúsculo colectivo sobre asuntos públicos, por cualquier procedimiento sin cuerpo electoral. Pérez Alberdí (2015, 108), al hilo de determinar la existencia de un referendo, considera cumulativa estas exigencias expuestas por el TC: a) sujeto convocado (cuerpo electoral); b) objeto de la consulta; c) procedimiento electoral; d) garantías jurisdiccionales específicas. Asimismo reconoce que lo fundamental –argumentación del TC– es el objeto mismo (Pérez Alberdí, 2015, 109). Lo contrario conllevaría denominar consultas populares a referendos, en efecto, «siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el ejercicio del derecho de participación política reconocido en la Constitución en el artículo 23 CE» (SSTC 103/2008; 31/2015).

Las garantías adicionales enumeradas y cumulativas no son del todo idóneas para resolver esta dicotomía, sino más bien, son consecuencia natural de los derechos de participación política que requieren un procedimiento y unas garantías orgánicas y jurisdiccionales (Pérez Alberdí, 2015, 110). Quizás una solución sería la sugerida por Ibáñez Macías, (2013, 101), en el sentido de definir a las consultas populares lo que en realidad son formas de democracia

¹⁶ «Es el propósito fraudulento... de llevar a la votación popular un determinado asunto bajo el nombre de consulta popular, con la finalidad de eludir el cumplimiento de los requisitos legales del referéndum.»

«En ninguno de los Estatutos de Autonomía se establece la competencia autonómica en materia de referéndum, sino de consultas populares... plantearnos si estamos hablando de la misma institución.»

¹⁷ Tras las expresiones se oculta una *ratio* última que puede fracturar constitucionalmente el reconocimiento estatutario.

participativa¹⁸; a diferencia de formas de democracia semidirecta regladas en la CE, como son el referendo –comúnmente referéndum– y la iniciativa legislativa popular (Pérez AlberdÍ, 2015, 108)¹⁹. Aunque acaba reconsiderando su juicio, incluyendo también el criterio básico de distinción que asume el TC. Nos referimos a la atención al sujeto destinatario, cuerpo electoral en el referendo y colectivo sin garantías electorales –normalmente más reducido– para la consulta. Entonces, consideraríamos al cuerpo electoral como parte clave distintiva, siempre adjunta a la diferencia comentada entre formas de participación política *versus* democracia participativa.

De este modo, denominar algo como consulta ampliando el cuerpo electoral, conllevaría por tanto fraude de ley y de la Constitución, anhelando evitar con ello la imperativa autorización estatal de la convocatoria de un referendo. De este modo, Ibáñez (2013, 103) considera que alguna regulación autonómica con la denominación de instrumentos «consultas populares no referendarios mediante votación» esconden «la finalidad de escapar a los requisitos constitucionales del referéndum (en especial, la autorización estatal de su convocatoria)».

En lo que respecta a si se requiere competencia expresa sobre la figura del referéndum o referendo en la asunción de competencias, cabe recordar que en los argumentos del TC en la STC 103/2008, considera que no hay más modalidades de referendos que las previstas en la CE; por ende, las consultas al no estar previstas, no son referendarias. Este carácter restrictivo propuesto, no creo que sea acertado –diría que resulta difícil de sostener–, al no ser coherente con un estado políticamente descentralizado que reconoce autonomía y autogobierno (Pérez AlberdÍ, 2015, 108); junto a la interpretación a contrario, en el sentido de que al no estar previsto expresamente su negativa en la CE, puede deducirse que si caben las modalidades autonómicas y locales (Pérez AlberdÍ, 2015, 103)²⁰, bastaría lógicamente tener presente la iniciativa legislativa autonómica y regional que tampoco está previsto constitucionalmente. Inclusive cabría preguntarse

¹⁸ «Distinción entre formas de participación política, en la que se participa en cuanto ciudadano (uti cives), de las formas de participación administrativa... en la que se participa a título individual, en cuanto interesado en un procedimiento administrativo (uti singulis).»

¹⁹ «Se ha ido reflejando... diferenciar la participación política de otras formas de consulta popular que no van dirigidas a conocer el parecer de la comunidad política... que se reconducen al mandato constitucional de fomento de la participación, a través de distintas fórmulas.»

²⁰ «Si sólo se reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de autorización de la convocatoria, parece lógico deducir que el resto del régimen jurídico del referéndum podría ser asumido por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía siempre y cuando se respeten las limitaciones que establece la propia Norma Fundamental.»

qué sentido tiene la competencia exclusiva del Estado (Pérez Sola, 2009, 436)²¹ sobre autorización del referendo si no se puede asumir competencias autonómicas. Reiteramos, dado el paralelismo con la iniciativa legislativa popular, que no precisa norma competencial habilitante.

En definitiva, tras la STC 103/2008 parece negarse la competencia implícita para regular y convocar el referendo regional. Sin embargo, parte de la doctrina considera que la competencia autonómica para regular la figura del referendo se deduce de su propia autonomía política (art. 137 CE) y de la competencia de organización de sus instituciones de autogobierno, atribuida a las CCAA (art. 148.1 CE). Inclusive, algunos autores afirman que si se contempla expresamente la figura del referendo en los EEAA de manera consultiva –no decisorio–, no hay que dudar de su constitucionalidad. Aunque ello, a nuestro juicio, resulta discutible.

En lo que respecta a las consultas populares estrictamente –no referendarias–, sin una expresa previsión en la legislación estatal o en los Estatutos de autonomía, cabría puntuar las mismas consideraciones del apartado anterior, en el sentido de ser innecesaria su previsión, para considerar fundamentada su constitucionalidad, al ser otra forma de participación y no negarse su regulación.

Tras lo expuesto, cabe decir que, en el reconocimiento exclusivo de consultas populares en los EEAA de las CCAA, aunque el término referéndum o referendo no se incluya como tal, lo esconde en una especie de velo terminológico para sortear la constitucionalidad. Pensemos a modo de recordatorio, en lo que desencadenó el proceso participativo sin una base legal específica en Cataluña, el día 9 de noviembre de 2014, derivada de la Ley 10/2014 de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación.

Constituyó, por tanto, una novedad que los EEAA de Cataluña y Andalucía, contuvieran un título reservado a la proclamación, reconocimiento y garantías de las consultas populares. Lo que implica «reflexionar sobre la oportunidad de plantear el debate en torno a la proyección autonómica del referendo y para determinar en qué medida se trataría de una serie de derechos de participación derivados de las demandas del estado democrático, que legitimaría actuaciones de las instituciones autonómicas» (Pérez Sola, 2009, 435). A modo de ejemplo evidente del uso distorsionado de los términos lo encontramos en la STC 31/2010, de 28 de junio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el EA de Cataluña –respecto al art. 122–, debido al empleo de una deficiente técni-

²¹ «Es cierto que en una lectura inicial de la Carta Magna encontramos un ámbito de competencia exclusiva estatal...en el propio enunciado del artículo 149.1.1 CE, en tanto que competencia estatal para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad entre los españoles.»

ca legislativa, recordemos el «cualquier otro instrumento de consulta popular», aunque matizado con «excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución» y que no determina las competencias de manera clarividente.

Insistimos en que las consideraciones al respecto tienen su punto de inicio en la concepción propuesta del derecho fundamental a la participación política, al recalcar como prepondera la democracia representativa sobre la democracia directa (Pérez Sola, 2009, 437)²². Esta última, con una regulación parcial en la Ley Orgánica de Modalidades de Referéndum que limita el ejercicio del derecho fundamental. Por eso, pese a que se señalen los arts. 92 y 149.1.32 CE para enmarcar y reconocer estatutariamente la competencia (Ibáñez Macías, 2013, 117)²³, las autonomías que anhelan su entrada en orden al desarrollo y ejecución de consultas populares o referendos, se ven abocados a buscar fórmulas ambiguas.

En síntesis, el TC concretó que el referendo es un instrumento de participación directa en los asuntos públicos para el ejercicio del derecho fundamental del art. 23.1 CE, no siendo un cauce para instrumentar otros derechos de participación. Debido a que las otras manifestaciones participativas –consultas no referendarias– no son atribuibles al cuerpo electoral.

En orden a la competencia autonómica del referendo, resultaría primordial «la pertinencia de ajustar el ejercicio del derecho a su previa configuración por norma de desarrollo» (Pérez Sola, 2009, 439). Sintetizando, sin una adecuada previsión acorde a la normativa de desarrollo, el derecho de participación por los ciudadanos en los asuntos públicos no podrá ejercitarse. El art. 92.3 CE no tiene un carácter hermético, ya que menciona que: «Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución».

Tras una lectura a la STC 103/2008 se puede extraer la conclusión que las competencias autonómicas respecto al referendo, en virtud implícita del art. 149.1.32 CE, requieren autorización de convocatoria por parte del Estado, aunque no su regulación. La línea del TC ha continuado más restrictiva en la SSTC 31/2010 y 31/2015, al no reconocer ni la competencia autonómica de las consultas populares sino son previstas por ley estatal. En el caso vasco, omitió el alcance de precisión del título competencial, pese a que reconoció que el nominalismo de consulta tenía como fin un referéndum.

²² «La escasa virtualidad de este derecho fundamental frente a la excesiva formalización de la representación política y de los órganos de representación de los ciudadanos.»

²³ Se desmarca sostener la entera disciplina al Estado, basándose en los artículos referidos.

5. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Al conmemorarse el cuarenta aniversario de la Carta Magna resulta interesante continuar avanzando en los elementos claves de la democracia, entre ellos se encuentra el derecho de participación. Consideramos que estamos ante un tema de relevancia. Incluso podría resultar *saludable* un debate académico más extenso, en lo que refiere a la dicotomía referéndum/consulta, y sus incidencias en el marco actual competencial del Estado autonómico. Reparar en la idea de una democracia participativa que complementa a la representativa requiere no solo advertir su necesidad, sino introducir instrumentos que puedan hacerlo efectivo. El encaje presentado por el TC no parece haber resuelto el encaje de los instrumentos de participación directa de los ciudadanos en el Estado descentralizado.

El principio democrático necesita estar en continuo avance con la sociedad. En ese porvenir, para no quedarse en algo retórico, requiere que el establecimiento de la participación política asuma las líneas del art. 23.1 CE puesto en relación con el art. 9.2 CE. Entendiendo con ello, que le corresponde a los poderes públicos fomentar la participación de toda la ciudadanía en los asuntos públicos. Desde el dilema histórico entre participación/representación, la doctrina al hilo de las demandas sociales comienza a replantearse que los mecanismos de participación son correctivos necesarios frente al principal instrumento canalizador, la democracia representativa mediante el sistema de partidos. Ya están insertándose nuevas herramientas de participación, especialmente en el ámbito local.

Hemos prestado, también, atención respecto al problema competencial en el ámbito autonómico para la inserción de figuras de democracia directa, debido principalmente a la desconfianza de los constituyentes respecto a la participación directa. El Alto Tribunal ya avanzó²⁴ que no se impedía que los EEAA atribuyeran competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos –mandatos– que deben estar conectados con una materia atribuida como competencia en el Estatuto, por lo que los mandatos pueden precisar de un desarrollo legislativo autonómico.

Aunque pueda considerarse constatado el referendo como forma de ejercicio del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos directamente, no parece que la fórmula restrictiva en base a la argumentación del TC de negar la competencia autonómica al no estar contemplada en el texto constitucional sea la solución. En especial, al hablar de consultas populares (Pérez

²⁴ STC 247/2007 de 12 de diciembre. BOE, núm. 13, de 15 de enero de 2008.

Sola, 2009, 439)²⁵. En puridad, solo se prevé que el referendo como forma de democracia directa es el cauce para el ejercicio del derecho de participación política, en contraposición, a otras manifestaciones participativas no «imputables» al cuerpo electoral. Así, como se ha señalado, el referendo requiere autorización reservada al Estado, atendiendo a la LOREG y LOILP, pese a que una lectura de las previsiones normativas no arroja excesiva luz. El razonamiento que hemos expuesto conllevaría a apostar, una vez se autorice por el Estado, por la posibilidad del reconocimiento estatutario de la competencia en materia de referendo para desarrollar las condiciones de realización de la consulta. En suma, aplicando la doctrina constitucional, la asunción competencial de consultas populares sería viable²⁶. Asimismo, la del referendo con autorización reservada al Estado (Pérez Sola, 2009, 453)²⁷.

En las páginas anteriores hemos mencionado al art. 23 del texto constitucional, que recoge diferentes formas de participación política. Dando por sentado la preminencia y el valor de la democracia *partitocrática*, nos agrada señalar que un sistema democrático en colación al principio, requiere utilizar instrumentos de participación directa o semidirecta. Ahora bien, el hecho de que los ciudadanos participen en las decisiones públicas o tengan posibilidad de hacerlo conlleva una carga de responsabilidad e información, que debe estar presente.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALZAGA VILLAMIL, O. (2012). *Derecho Político Español. Según la Constitución de 1978. Vol. II*. Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- CEBRIÁN ZAZURCA, E. (2008). Participación política, deliberación y nuevas tecnologías. *Jornadas ¿Exige la sociedad-red una nueva democracia?* Cortes de Aragón.
- DELGADO SOTILLOS, I.; LÓPEZ NIETO, L. (2011). *Actores y comportamiento político*. Madrid: UNED.
- FENICHEL PITKIN, H. (Trad. Ricardo Montoro.) (2014). *El concepto de representación*. Madrid: CEPC.

²⁵ En consideración al principio democrático «Somos por tanto partidarios de un entendimiento amplio de este procedimiento ya que las instituciones de participación directa cuenta en el texto constitucional con una vis expansiva fruto del mandato de maximización de la participación contenida en el art.9.2 o del reconocimiento de la participación directa que realiza el art.23 CE».

²⁶ Siempre que esas consultas populares no se refieran a la participación política.

²⁷ En concreto el autor señala: «respetando los anteriores criterios no habría nada que objetar a los referéndum autonómicos con la consideración del cuerpo electoral autonómico».

- GARRORENA MORALES, A. (1991). *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Civitas.
- (2016). Democracia, participación y representación. La crisis actual de la democracia representativa. ¿Qué hacer? En CASCAJO CASTRO, J. L.; MARTÍN DE LA VEGA, A. (Coord.). *Participación, representación y democracia, XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2013). «Los referendos regional y local en el Estado Autonomico. Sus bases y límites constitucionales.» *RVAP*, núm. 97.
- LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, P.; SATRÚSTEGUI, M. (2010). *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OLIVER ARAUJO, J. (1989). «El referéndum en el sistema constitucional español.» *Revista de derecho político*, núm. 29.
- PÉREZ ALBERDI, M. R. (2015). «La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares.» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2013). Valores democráticos y redes sociales. En PÉREZ LUÑO, A. E.; DE CARRERAS, F.; LIMBERGER, T.; GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, R. *Construcción Europea y Teledemocracia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- PÉREZ SOLA, N. (2009). «La competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de consultas populares.» *Teoría y Realidad Constitucional*. núm. 24.
- PRESNO LINERA, M. A. (2016). «La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control.» En CASCAJO CASTRO, J. L.; MARTÍN DE LA VEGA, A. (Coord.). *Participación, representación y democracia, XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAMÍREZ NÁRDIZ, A. (2010). *Democracia Participativa: La democracia participativa como profundización en la democracia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

IL PRINCIPIO DI ACCESSIBILITÀ DEI POTERI, OVVERO LA SOSTANZA DELLA DEMOCRAZIA ED I SUOI NEMICI

AGATINO GIUSEPPE LANZAFAME
Università degli Studi di Catania

SOMMARIO: 1. Contro il populismo, dare sostanza alla democrazia. 2. Il principio di accessibilità dei poteri come nucleo duro del principio democratico. 3. Regole, prassi, ostacoli e proposte per la circolazione delle élites. 3.1 Circolazione delle élites politiche e alterazioni del rapporto di rappresentanza. 3.2 «Tutti gli animali sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri». Note minime sulle (dis)eguali possibilità di accesso al potere burocratico ed alle élites economiche. 4. Lo statuto costituzionale del potere: una promessa da mantenere. 5. Riferimenti bibliografici.

1. CONTRO IL POPULISMO, DARE SOSTANZA ALLA DEMOCRAZIA

Il progressivo aumento delle disuguaglianze e l'accentuarsi della crisi economica –con gli inevitabili risvolti sociali della stessa– hanno condotto ad un aggravamento della crisi della democrazia rappresentativa della quale si discute da tempo¹. La crisi dei partiti tradizionali ed il consolidamento di strutture poli-

¹ In una vasta bibliografia, cfr. CROUCH, 2003; MASTROPAOLO, 2011; URBINATI, 2014; BARCELLONA, 2018.

tiche accentrate e leaderistiche², il continuo richiamo alla democrazia diretta a scapito dei processi decisionali complessi del circuito rappresentativo, la sostituzione della logica compromissoria tipica di un certo tipo di parlamentarismo con quella della contrapposizione amico-nemico, il rigetto della mediazione politica³ e la sua sostituzione con una retorica populista a tratti violenta⁴, sono frutto e concausa di un processo circolare di trasformazione della democrazia che rischia di erodere le fondamenta del costituzionalismo.

Destano preoccupazione sia l'affermazione di un modello di democrazia non più solo competitiva⁵, ma identitaria⁶, che considera la mediazione politica come un *vulnus* della dialettica democratica, sia la sovrapposizione –quasi confusione– tra principio democratico e regola di maggioranza⁷. In ragione di una siffatta interpretazione della democrazia –e in risposta alla deriva tecnocratica⁸– si affermano sempre più in Europa movimenti politici orientati a ritenere che tutti i pubblici poteri debbano indirizzare la propria attività al soddisfacimento dei *desiderata* della maggioranza e, conseguentemente, debbano rispondere del proprio operato ai cittadini e concretamente a coloro che –in ragione di una investitura sempre più plebiscitaria– interpretano il ruolo di rappresentanti della volontà popolare. È questa la logica di fondo della deriva maggioritaria promossa in Polonia da Diritto e Giustizia, attraverso provvedimenti volti a condurre sotto il controllo della maggioranza i principali poteri di garanzia, in un processo che integra gli estremi della crisi costituzionale⁹. La stessa onnipotenza maggioritaria caratterizza il processo di riforme realizzate da Orban in Ungheria per rafforzare il potere del binomio governo/maggioranza, unico interprete della volontà popolare¹⁰. In Italia, le tracce di tale concezione della democrazia si apprezzano nei discorsi dei due Vicepresidenti del Consiglio dei Ministri, protagonisti di un'accesa dialettica con la burocrazia statale, le autorità indipendenti e la magistratura: si ricordano le invettive contro i «tecnocrati, all'interno dei ministeri, che remano contro il Governo», l'in-

² Sul tema, da ultimo, GORLANI, 2017; SCUTO, 2017; e, se si vuole, LANZAFAME, 2017a.

³ Sul concetto di mediazione politica, cfr. AZZARITI, 2017, CIOLLI, 2017; DOGLIANI, 2017.

⁴ Per un'analisi del fenomeno populista, cfr. almeno MÈNY, SUREL, 2000 trad. it. 2004 e FERRAIUOLO, 2017.

⁵ Secondo l'espressione di SCHUMPETER, 1942, trad. it. 2001: 279 ss.

⁶ A tal proposito, v. da ultimo, CARIOLA, 2017 e AZZARITI, 2005.

⁷ La differenza tra i due concetti, però, è evidente. Il primo costituisce un principio fondante del costituzionalismo e informa l'intero ordinamento. La seconda, al contrario, costituisce il metodo tipico di assunzione delle decisioni pubbliche a seguito dell'affermazione governo rappresentativo. Tuttavia questa «non è né l'unica regola della democrazia, né è esclusivo del regime democratico». Così BOBBIO, 1981: 33. Sul tema si rimanda alle considerazioni di RUFFINI, 1926, ed. 1976, e CARIOLA, 2007.

⁸ Sul governo dei tecnici v. BOBBIO, 1984 e i contributi contenuti nei volumi a cura di GRASSO, 2016 e VOLPI, 2017.

⁹ Per una ricostruzione della deriva maggioritaria polacca, cfr. ex multis ANGELI, 2016.

¹⁰ Sulle vicende dell'ordinamento ungherese, per tutti, cfr. VECCHIO, 2013.

vito alla Banca d'Italia «a presentarsi alle elezioni», le reazioni alle indagini sulla vicenda Diciotti («io sono eletto dal popolo, i magistrati non lo sono»).

Una siffatta interpretazione del principio democratico è stata sempre contrastata dalla dottrina giuspubblicistica: la dimensione poliarchica dell'ordinamento giuridico¹¹ e la limitazione del potere¹² sono pilastri dello Stato costituzionale che fa del pluralismo il proprio modo d'essere¹³. La diffusione di una ideologia della democrazia radicale del potere popolare¹⁴, tuttavia, ha comportato una intensificazione, e se si vuole una radicalizzazione, delle posizioni sul tema. Si è sostenuto che «la democrazia è un mezzo, non un fine» (Gemma, 2018: 1; Weil, 2012: 22), postulando la necessità di «condurre una insistente polemica nei confronti della sovranità popolare, del potere popolare e della democrazia integrale» (Gemma, 2018, 11). È stato affermato che esiste un parte dell'ordinamento che «non solo non è democratico, ma non deve neppure essere influenzato dalla democrazia» e che i poteri burocratici costituiscono «componenti aristocratiche dello Stato democratico ... scelte, nel rispetto del principio di eguaglianza, in base al criterio del merito ... che non debbono preoccuparsi di seguire dettati popolari, ma regole tecniche» (Cassese, 2017, 27), quasi ad affermare la sussistenza di una contrapposizione tra la dimensione liberale e quella democratica dello Stato moderno.

Ad argomentare così, però, non solo si rischia di consolidare ed accettare la confusione tra principio democratico e regola di maggioranza, ma soprattutto si contribuisce a rafforzare la narrazione populista circa l'esistenza di una contrapposizione tra popolo ed élites, affermando l'esistenza di zone dell'ordinamento sottratte al principio – e quindi al controllo – democratico.

L'elemento comune che lega i diversi populismi europei è, infatti, la ridefinizione in senso oppositivo della parola «popolo»: tale termine, infatti, non è utilizzato nella sua accezione costituzionale –ovvero come identificativo dell'intero Stato comunità– ma, al contrario, è utilizzato in una dimensione partigiana per indicare la *sanior et maior pars* sfruttata e oppressa dalle élites di potere (politiche o economiche, nazionali o europee, secondo necessità)¹⁵. Ciò avviene mentre in Europa si propaga un'avversione nei confronti delle élites che non è «limitata alla sfera politica, ma investe ormai profondamente l'intera società, ed è in realtà un rifiuto di ogni competenza e autorità» (Passi-

¹¹ V. DAHL, 1971, trad. it. 1986, e Id. 2000.

¹² Cfr. CARIOLA, 2017, *passim* e M. LUCIANI, 2006.

¹³ HÄBERLE, 2005: *passim* ma spec. 151 e 186.

¹⁴ GEMMA, 2018, 7.

¹⁵ Sul punto, cfr. BALDINI, 2018. Sull'uso – e abuso – della parola «popolo», cfr. da ultimo DE RITA, 2018.

gli, 2018). La sana sfiducia liberale e democratica verso il potere si radicalizza, diventa odio sociale ed è utilizzata per giustificare nuovi assolutismi¹⁶.

A fronte di tale situazione lo studioso, lungi dal perdere fiducia nella democrazia, per un verso è tenuto a dare il giusto nome alle cose (democrazia, popolo, élites) e a ricostruire il sistema dei pesi e contrappesi costituzionali senza perdere di vista la questione della legittimazione del potere¹⁷; per altro verso ha il dovere di individuare le cause delle –e le soluzioni alle– fratture sociali che minacciano la tenuta dell’ordinamento senza dimenticare che «se al vertice il populismo assume caratteri grotteschi, alla base è un segnale di sconforto al quale il sistema democratico non deve rimanere sordo» (Mèny, Surel, 2000, trad. it. 2004: 283).

Per contrastare la pressione populista sulla democrazia, allora, è necessario investire sulla sua effettività, darle sostanza. La confutazione delle teorie che pretendono di ridisegnare le regole dell’ordinamento e di piegarle alle spinte del principio maggioritario (inteso nella sua accezione più forte) non deve essere condotta attraverso il ridimensionamento del principio democratico, ma al contrario deve essere spiegata in maniera più efficace attraverso l’esaltazione del suo nucleo duro ovvero quello di accessibilità universale ai poteri. Un ordinamento, infatti, è sostanzialmente democratico non solo perché riconosce al popolo –come persona astratta– la sovranità e lo riconosce come fonte del potere pubblico, ma anche perché permette la circolazione delle élites e quindi consente ad ogni individuo di accedere effettivamente al potere (*rectius*, ai poteri). In tale accezione, il principio democratico è fine (e non mezzo) dell’ordinamento ed espressione del diritto dell’uomo alla libertà e all’autogoverno; è «emersione dell’autorità dalla libertà e dall’uguaglianza» (Mortati, 1975: 5).

Se è quindi impossibile negare l’esistenza di una dicotomia tra governati e governanti –e più in generale tra chi in un dato momento esercita i poteri e chi, tendenzialmente, li subisce– è possibile, da un lato, ricostruire il comune fondamento di ogni potere pubblico nel principio democratico al fine di affermare che, nelle dinamiche dello Stato costituzionale, non dovrebbe sussistere alcuna frattura teorica tra popolo ed élites; dall’altro, indagare una delle cause fondanti del successo populista, ovvero il cattivo funzionamento dei meccanismi che consentono la circolazione delle élites e la piena inclusione dei diversi gruppi sociali nell’ordinamento.

¹⁶ Sul tema cfr. ROSANVALLON, 2006, trad. it. 2009: 247.

¹⁷ Questa, infatti, è centrale per il costituzionalismo quanto il tema della sua limitazione, così AMATO, 2018.

2. IL PRINCIPIO DI ACCESSIBILITÀ DEI POTERI COME NUCLEO DURO DEL PRINCIPIO DEMOCRATICO

Lo studio della forma di governo della società, inteso quale mera risposta alla domanda sulla titolarità del potere di comando, ha occupato il pensiero giuridico sin dall'antichità¹⁸. È nota la *summa divisio* classica tra governo di uno (monarchia), governo di pochi (aristocrazia) e governo di tutti (democrazia). Invero, in una società complessa e numerosa, sia la prima che la terza fattispecie costituiscono poco più che una suggestione: il tiranno deve condividere il potere con chi gestisce la sua anticamera ed esercita per suo conto le varie attività di governo¹⁹; allo stesso modo è noto che anche nelle esperienze di democrazia assembleare o referendaria non mai è vero che «uno vale uno» in quanto chi dirige l'assemblea, chi svolge compiti esecutivi, chi pone i quesiti, chi orienta la discussione è sempre titolare di una posizione di preminenza sulla collettività. L'organizzazione presuppone gerarchia e quindi costituisce sempre una élite ovvero una minoranza organizzata che detiene il potere, così evidenziato dalla corrente politologica che, da Gaetano Mosca in poi, ha ricostruito la teoria dei governi secondo il binomio «governanti» (o, in alternativa, «classe politica», «classe dirigente») e governati²⁰. Seguendo tale approccio realistico, la democrazia rappresentativa è stata definita come un governo di minoranze «consentito e indicato dalla maggioranza» (Sartori, 1957: 95). In quest'ottica, il metodo elettivo ed il principio maggioritario –in quanto occasione per l'indicazione del governo da parte della maggioranza e, in ultimo, per la legittimazione del potere– sono comunemente identificati come il nucleo duro del principio democratico. Già da tempo, però, è stato evidenziato che la coincidenza tra democrazia, metodo elettivo e principio maggioritario è un portato dell'affermazione del governo rappresentativo²¹. Invero, il nucleo essenziale della democrazia è stato sempre costituito dalla possibilità data a ciascun cittadino di accedere all'esercizio del potere. Tale impostazione è presente già nella democrazia ateniese: in tale esperienza, infatti, gran parte delle funzioni che non erano svolte dall'*ekklesia* erano affidate a magistrati estratti a sorte tra i cittadini e tale metodo era considerato aderente al concetto di democrazia in quanto consentiva al popolo di partecipare alle cariche pubbli-

¹⁸ Per una ricostruzione del pensiero classico cfr. BOBBIO, 1976; LUCIANI, 2010 e RESCIGNO, 1989.

¹⁹ Si rimanda alle considerazioni di SCHMITT, 1954, trad. it. 1990.

²⁰ Tra gli elitisti cfr. almeno MOSCA, 1883, ed. 1968; PARETO, 1916; MICHELS, 1911, trad. it. 1966; DORSO, 1944, ora in Id. 1955; MILLS, 1956 trad. it. 1973. Più di recente, AZZOLINI, 2017.

²¹ Cfr. MANIN, 1997, trad. it. 2010.

che²². L'inevitabile gestione del potere da parte di pochi era temperata dalla possibilità per tutti di accedere a quel potere: l'isotimia.

L'affermazione del governo rappresentativo ha comportato il declino del sorteggio quale metodo per la selezione dei governanti²³, in favore del metodo elettivo (il cui etimo richiama, appunto, la finalità di selezione dei migliori) ma non ha fatto scomparire dal discorso democratico il tema dell'accessibilità del potere. È significativa, in tal senso, la circostanza che l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) disciplinasse congiuntamente il principio rappresentativo («tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla formazione [della legge]») e quello dell'accesso al *munus publicum* («tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti»). Il diritto di accesso alle cariche pubbliche ha poi trovato autonoma dignità costituzionale come corollario del principio di non discriminazione: nell'ordinamento italiano, ad esempio, tale diritto è sancito dall'art. 51 Cost. che è comunemente letto come specificazione del principio d'eguaglianza al pari del principio concorsualistico sancito dagli artt. 97 e 106 (Midiri, 2006). Ciò è senz'altro vero ma non esclude che – più a monte – tale disposizione sia espressione di un più generale principio di accessibilità del potere, questo sì nucleo duro del principio democratico. A tal proposito, già da tempo è stata evidenziata la necessità di «non affannarsi nella ricerca di una definizione [del principio democratico] capace di comprendere ed esaurire la democraticità come attributo dello Stato» ma di indugiare piuttosto «in una rilettura della Costituzione nella chiave di complessivo dettato normativo inteso, in quanto tale, a rendere vigente il principio democratico ad applicarlo e a svolgerlo nei diversi precetti» (Marongiu, 1992: 89). Inoltre, è noto che il principio democratico non si esaurisce nelle procedure decisionali della democrazia rappresentativa (Olivetti, 2006: 24), ma è elemento costitutivo della forma di stato e permea tutto l'ordinamento (Mortati, 1975: 7).

Da una lettura complessiva della Carta, democrazia è innanzitutto accessibilità del potere ovvero possibilità per il cittadino di rendersi presente lì dove il potere è esercitato. Ciò importa una duplice dimensione di siffatto principio: quella partecipativa, relativa allo svolgimento del processo decisionale, e quella competitiva, che inerisce alla preposizione alle cariche. Tale bidimensionalità

²² Sul tema, cfr. ARISTOTELE, *La politica*, IV, 9, 1294b ss. V. però ora M. BONAZZI, 2018.

²³ V. però CASERTA, GAROFALO, PLUCHINO, RAPISARDA, SPAGANO, 2012; VAN REYBROUK, 2015; AINIS, 2015.

del principio di accessibilità emerge, con riferimento al potere politico, dalla formulazione dell'art. 49 Cost., secondo cui i cittadini «concorrono a determinare la politica nazionale»; attraverso i partiti il singolo cittadino partecipa all'assunzione delle decisioni e compete per l'accesso alle cariche pubbliche. La duplice accezione del principio di accessibilità informa anche il potere burocratico, ovvero la pubblica amministrazione e la giustizia. Da un lato, le decisioni dei due complessi di potere sono sempre espressione delle dinamiche partecipative attraverso cui i cittadini (co)determinano i processi decisionali della *res publica*: per tale motivo essi hanno diritto di accedere e partecipare al processo decisionale (artt. 24, 97, 111, 113 Cost.) e questo deve svolgersi in prossimità degli stessi (art. 118). Dall'altro, l'accesso alle cariche che esercitano tale potere avviene attraverso i concorsi pubblici (artt. 97 e 106 Cost.). Adirittura si è individuato in tale accesso al potere burocratico uno degli strumenti di affermazione dell'uguaglianza sostanziale (Pastori, 1967). È evidente che il collegamento del complesso burocratico con la dimensione democratica dell'ordinamento non è garantito dal solo principio di legalità – alla cui enunciazione si contrappongono l'ampiezza del potere da esso esercitato nell'applicazione della legge e il suo ruolo nella creazione del diritto – ma, soprattutto, dal principio di accessibilità. Sia il potere politico che quello burocratico, in altri termini, trovano fondamento nella dimensione democratica dell'ordinamento, intesa come effettività del diritto del popolo –non solo di costituire la fonte di legittimazione astratta di ogni potere ma– di intervenire nel processo decisionale e di avere pari possibilità di accedere alle sfere di potere.

È necessario sottolineare, peraltro, che la Carta fondamentale non si limita ad affermare l'esistenza di un diritto di accesso al potere da parte del cittadino, ma intende garantirne l'effettività: rilevano non soltanto l'enunciazione del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, c. 2), ma anche le disposizioni che regolamentano i diritti dei titolari di cariche pubbliche elettive (artt. 51, c. 4, e 69), l'effettività del diritto di difesa (art. 24) e l'affermazione del diritto allo studio (art. 34, c. 3) come strumento di pari opportunità. Proprio la tensione del complesso delle disposizioni costituzionali verso l'effettività dei diritti consente di declinare tale principio in termini «accessibilità», atteso che nel linguaggio comune tale lemma accede ad una dimensione sostanziale ed importa la fruibilità effettiva ed universale di un determinato bene. Ciò vale sia per la dimensione partecipativa che per quella competitiva del principio: sotto il primo profilo, infatti, devono essere osservati criticamente gli elementi che impediscono la partecipazione procedurale dei cittadini al potere burocratico (la moltiplicazione dei costi per l'accesso alla giustizia e per l'esercizio del diritto di accesso presso la p.a., la centralizzazione del processo decisionale);

sotto il secondo profilo deve essere indagato il malfunzionamento dei meccanismi che dovrebbero garantire l'accessibilità delle cariche pubbliche e la circolazione delle élites.

Su questo secondo tema, in particolare, va focalizzata l'attenzione. Ciò sia perché la dimensione partecipativa del principio democratico è stata a più riprese oggetto di ampi studi, sia perché la mancata circolazione delle élites costituisce uno dei fattori che sono alla base della persistente frattura tra popolo e classe dirigente, con inevitabili conseguenze sulla legittimazione della democrazia rappresentativa. La mancata circolazione delle élites nuoce alla cosa pubblica non solo perché «rende inabili i prescelti», ma soprattutto perché «scoraggia gli esclusi» (Sieyès, 1789, trad. it. 1972: 51) ed intacca la fiducia dei singoli (e talvolta di intere classi sociali, o territori) nell'intero ordinamento. La generale sfiducia dei cittadini nei partiti –ed il conseguente ripiegamento degli stessi nell'astensionismo o nel voto populista– muove dal medesimo presupposto su cui si fonda la progressiva erosione della fiducia dei consociati nei confronti dei diversi complessi di potere – politico, burocratico, economico, scientifico –percepiti sempre più distanti da larga parte dei consociati, ovvero la sostanziale esclusione di un ampio blocco sociale dalla possibilità di accedere a tali poteri. La tesi, insomma, è che nel nostro ordinamento esistano dei diaframmi che impediscono ad una parte della popolazione –la più povera, la più periferica, la più sfiduciata– di accedere alle sfere del potere e di essere parte attiva dell'ordinamento.

A tal proposito, vanno indagati sia il malfunzionamento dei meccanismi che garantiscono le pari possibilità di accesso al potere pubblico, sia gli ostacoli alla circolazione *delle* élites economiche. Non è sufficiente, infatti, riflettere sulla mancata circolazione della classe politica, ma è necessario porre il problema più ampio della stagnazione della classe dirigente.

Per un verso, infatti, se già da tempo la scienza politica ha evidenziato il fatto che alcuni soggetti privati (imprenditori, banchieri, professionisti, scienziati ed accademici) esercitano la direzione materiale e culturale della società, l'influenza di tali soggetti nei processi decisionali pubblici è aumentata con la globalizzazione (Azzolini, 2017: 89). È nota, peraltro, l'esistenza di un flusso biunivoco che porta i diversi soggetti ad oscillare tra potere pubblico e privato: può accadere che un Ministro, al termine del proprio incarico acceda ad una *law firm*; che un alto burocrate che ha gestito processi di privatizzazione spenda successivamente le proprie competenze nel settore privato; che un imprenditore diventi leader di partito e poi Presidente del Consiglio.

Per altro verso, da un punto di vista assiologico, deve rilevarsi che il principio di accessibilità dei poteri, non riguarda esclusivamente la dimensione

pubblica ma innerva la trama delle disposizioni costituzionali che disciplinano i rapporti economici e sociali. Per l'art. 1 della Carta è l'Italia, intesa anche come Stato-comunità, ad essere una «Repubblica democratica». È compito della stessa promuovere e curare l'elevazione sociale e professionale dei lavoratori e favorire la loro effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale (artt. 3 e 35, c. 2). Ciò importa la necessità per la Repubblica di operare per garantire l'effettiva possibilità per i cittadini non solo di divenire classe politica, ma più in generale classe dirigente.

3. REGOLE, PRASSI, OSTACOLI E PROPOSTE PER LA CIRCOLAZIONE DELLE ÉLITES

L'accesso alle diverse sfere di potere nel nostro ordinamento avviene attraverso diversi circuiti e per ciascuno di essi, secondo vari meccanismi. La selezione della classe politica avviene attraverso il circuito della rappresentanza (artt. 48, 49, 56, 57, e 67); quella della burocrazia pubblica, ivi compreso il potere giudiziario, e della ricerca pubblica secondo il circuito della competenza (artt. 97, c. 2 e 4, 104, c. 1, e 106, c. 1); quella degli imprenditori, dei manager e dei professionisti attraverso il circuito del mercato che dà espressione al principio di libera iniziativa economica (art. 41, c. 1, e 117, c. 2, lett. e). I meccanismi attraverso cui è esercitato l'accesso sono invece quello della competizione (elezioni, concorsi, etc.) e quello della cooptazione (nomine, assunzioni dirette). Rimane ancora quello familistico dell'appartenenza appunto ad una famiglia. È evidente tuttavia che il primo meccanismo è l'unico astrattamente idoneo a selezionare i soggetti migliori (ovvero, rispettivamente, i più rappresentativi, i più competenti, quelli capaci di fornire una migliore prestazione al minor prezzo). Al contrario, la cooptazione è maggiormente esposta a fenomeni distorsivi del merito ed il suo impiego richiede la predisposizione di adeguati meccanismi di responsabilità – sociale oltre che giuridica – del titolare del potere di nomina, al fine di evitare che tale meccanismo sia utilizzato a fini auto-conservativi dalle élites a spese della collettività. Non a caso il metodo competitivo è la regola per l'accesso alle posizioni di potere pubblico; di converso la dimensione naturalmente competitiva del mercato autolimita il ricorso ad una cooptazione avulsa dal merito.

Un primo diaframma alla circolazione delle élites è costituito dalla diffusione di meccanismi di cooptazione per la selezione della classe dirigente pubblica in contesti normativi che non garantiscono l'adeguata sanzione della responsabilità (né politica, né amministrativa). Il secondo diaframma è dovuto

all'insufficienza degli strumenti previsti dall'ordinamento per evitare distorsioni delle procedure competitive a favore di chi possiede maggiori risorse economiche. Se, infatti, è quasi utopistica la pretesa di impedire la trasformazione del capitale economico in capitale politico –o comunque in un vantaggio nell'accesso alla classe dirigente– l'ordinamento giuridico deve predisporre tutti gli argini per impedire che tale vantaggio si trasformi in un'invalicabile barriera di accesso²⁴. Il terzo diaframma, infine, è di ordine geografico e riguarda la tendenza all'accentramento del potere con la conseguente riduzione delle possibilità di accesso nelle periferie. Si tratta di fattori di resistenza che si combinano e confondono nelle trame della legislazione ordinaria e che insieme contribuiscono alla cristallizzazione del potere in capo a chi già lo detiene. Senza pretesa di esaustività vale la pena fare alcuni esempi.

3.1 **Circolazione delle élites politiche e alterazioni del rapporto di rappresentanza**

Con riferimento all'accesso dei cittadini al potere politico, i principali ostacoli alla circolazione delle élites dirigenti, a livello nazionale, sono costituiti dal consolidamento di una legislazione elettorale ispirata alla logica della cooptazione e dalla contestuale assenza di un sistema di regole minime sulla democrazia interna ai partiti politici. La diffusione di sistemi elettorali (e di strutture partitiche) che accentrano il potere di selezione del ceto politico in capo ai vertici, peraltro, se da un lato favorisce l'autoperpetuazione del potere da parte di chi già lo occupa, dall'altro non premia la capacità dei quadri dirigenti dei partiti politici di rappresentare i territori o le istanze sociali, né valorizza il possesso di competenze e sensibilità specifiche, ma promuove solo chi è fedele ed ubbidiente alla linea politica del *leader*.

Per quanto riguarda la legislazione elettorale, in particolare, costituiscono un sensibile ostacolo alla circolazione delle élites politiche, le disposizioni che hanno consentito, dal 2005 ad oggi, agli uffici centrali dei partiti di determinare i candidati eletti nei due rami del Parlamento²⁵. Tali meccanismi, da un lato, spingono l'élite politica a preoccuparsi di intercettare l'attenzione –e di orientare la propria fedeltà– nei confronti dei leader dei partiti, e non nei confronti del corpo elettorale, con un evidente rovesciamento della direzione del

²⁴ Sul punto si veda l'opera di WALZER, 1983, trad. it. 1987.

²⁵ Il riferimento è al meccanismo delle liste bloccate previsto dalla l. 21 dicembre 2007, n. 270; alle liste semi-bloccate previste dalla l. 6 maggio 2015, n. 52 e al sistema misto previsto dalla l. 3 novembre 2017, n. 165.

rapporto di rappresentanza e di responsabilità politica²⁶. Dall'altro, le stesse regole consentono ai partiti di assumere a livello centrale le scelte relative alla compilazione delle liste e di escludere il corpo elettorale dal processo di designazione degli eletti (o quantomeno di gran parte di essi). Tali caratteristiche dei sistemi elettorali hanno evidenti conseguenze sia sulla capacità rappresentativa dei singoli parlamentari, sia sui rapporti di forza tra Parlamento (dove siedono i nominati) e Governo (dove siedono i *leader*). La diffusione patologica del fenomeno del trasformismo parlamentare, e le conseguenti tensioni ideologiche attorno al divieto di mandato imperativo, sono il frutto proprio delle distorsioni del rapporto di rappresentanza dovute sia a tali sistemi elettorali, sia all'organizzazione verticistica dei partiti politici. I due elementi, peraltro, si influenzano reciprocamente: leggi elettorali ispirate alla logica della cooptazione rafforzano il cd. *party in central office* e conducono all'affermazione di modelli di partito centralizzati.

Ad essere mortificata, così, non è solo la possibilità per gli attivisti di partito, per gli amministratori locali e più in generale per i cittadini di competere per rappresentare il proprio territorio – e più in generale tutta la nazione – in Parlamento, ma la stessa possibilità dei cittadini di influire sulla determinazione dell'offerta politica. La regolare esclusione dei rappresentati dal processo di creazione dell'offerta politica emerge anche dagli interventi legislativi – e dagli stratagemmi organizzativi – utilizzati dal ceto politico per eludere la raccolta delle firme necessarie per la presentazione delle liste alle elezioni politiche²⁷. Attraverso tali condotte alcuni soggetti politici hanno avuto un vantaggio competitivo su altri attori politici in ragione della loro prossimità alle attuali élites parlamentari. La portata distorsiva del fenomeno rispetto al principio di rappresentanza politica è evidente: i partiti, d'altronde «sono associazioni. Se non hanno una reale base associativa non hanno il diritto di presentarsi alle elezioni» (Dogliani, 2018: 31). Tali fenomeni contribuiscono non poco alla cristallizzazione delle posizioni di potere.

Nella dimensione nazionale, da un lato, non vi sono spazi per l'accesso dei cittadini all'élites politica tramite competizione interna ai partiti politici; dall'altro la competizione esterna è resa praticamente impossibile per l'esistenza di

²⁶ È naturale, infatti, che i nominati rappresentino in assemblea le idee e gli interessi dei leader (di quelli che li hanno nominati, o di quelli che possono garantire la riconferma) e siano quindi responsabili nei confronti degli stessi: ciò costituisce un «punto di notevole sofferenza democratica», cfr. BARBERA, 2008: 8.

²⁷ Si pensi alla riduzione delle firme necessarie per la presentazione delle liste in occasione delle elezioni del 4 marzo 2018 disposta con l'art. 1, c. 1123, l. n. 205/2017, nel solco di quanto già effettuato nel 2013, e all'utilizzo elusivo della fattispecie di cui all'art. 18-bis, c. 2, dpr n. 361/1957. Sul tema MAESTRI, 2017.

fenomeni distorsivi che attengono sia le regole per la presentazione delle liste, sia l'accesso alle risorse necessarie per la campagna elettorale.

La possibilità per il cittadino di accedere alla classe politica, inoltre, è erosa dal processo di intensa compressione della dimensione democratica degli enti locali. Il riferimento è alla soppressione delle circoscrizioni di decentramento comunale di cui all'art. 17, d.lgs. n. 267/2000; alla progressiva riduzione del numero dei consiglieri comunali e provinciali; alla trasformazione, con l. n. 56/2014, delle Province in enti di secondo livello a «rappresentatività attenuata» (Tubertini, 2014: 202)²⁸. Tutti fenomeni che hanno ulteriormente diminuito la possibilità per i cittadini di accedere all'élite politica: gli enti locali oltre ad essere espressione dell'autogoverno dei territori sono anche fucine di educazione democratica e vivai di classi politiche.

Per una maggiore accessibilità del potere politico –e per una migliore circolazione delle élites– è necessario quindi ripensare il meccanismo di selezione del ceto politico proprio a partire dai territori. Ciò significa innanzitutto non procedere ulteriormente alla compressione degli spazi di democrazia locale ed anzi riconsiderare *de iure condendo* una loro nuova espansione.

Con riferimento alla dimensione nazionale, è innanzitutto necessario intervenire sulla legislazione elettorale per garantire il collegamento tra rappresentanza politica e territorio²⁹. Nella logica del costituzionalismo, infatti, rappresentanza territoriale e rappresentanza nazionale costituiscono due dimensioni inscindibili di un identico fenomeno, cosicché la prima è modo d'essere e strumento di costruzione della seconda. Realizzano tale obiettivo sia i sistemi maggioritari uninominali, sia i sistemi proporzionali con circoscrizioni non troppo ampie.

Nell'ottica di garantire l'effettività della competizione democratica –nella sua dimensione interpartitica– è necessario, però, che le regole sul finanziamento dei partiti, quelle sulla presentazione delle candidature, se non addirittura l'intera disciplina elettorale, non siano di volta in volta piegate e manipolate a fini conservativi del ceto politico³⁰. Deve essere, inoltre, consentito ai cittadini di incidere direttamente nel processo di selezione dei candidati all'interno dei partiti, al triplice fine di assicurare l'effettività della competizione infrapartitica; di garantire la qualità della rappresentanza; di consentire agli elettori di influire sulla determinazione dell'offerta politica (e non solo di sce-

²⁸ Sulle criticità di tale trasformazione si vedano le osservazioni espresse già prima dell'approvazione della riforma da SERGES, 2014: 629 ss. e, se si vuole, da LANZAFAME, 2017b.

²⁹ Su rappresentanza politica e territorio, cfr. almeno COSSIRI, 2017; FURLANI, 1985; RUSSO, 1998; ESPOSITO, 2011.

³⁰ Sul problema dell'ipercinetismo del legislatore italiano in materia elettorale cfr. TARLI BARBIERI, 2018.

gliere tra proposte rigidamente predeterminate). Tale risultato è possibile, in un sistema proporzionale, con il voto di preferenza, e più in generale attraverso regole che vincolino i partiti a procedure aperte per la selezione dei candidati.

La circostanza che le dinamiche interne ai partiti politici avvengano nel rispetto effettivo del principio democratico, d'altronde, è fondamentale per evitare che, da un lato, la dimensione territoriale del rapporto di rappresentanza si traduca nella formazione di un nuovo notabilato; dall'altro per garantire che i partiti politici non siano ridotti a mera cassa di risonanza (e strumento) della volontà del *leader* ma costituiscano invece un tassello effettivo del circuito democratico, specie per quanto riguarda la sanzione della responsabilità politica. È bene precisare, a tal proposito, che la necessità di una maggiore democrazia interna ai partiti – realizzata attraverso il concorso di fonti esterne ed interne ad essi – non può risolversi nella mera introduzione di forme di elezioni primarie per l'investitura del *leader*. L'esperienza comparata dimostra, infatti, che queste non costituiscono uno strumento sufficiente a colmare la frattura tra i partiti e la società³¹, né conducono ad un rafforzamento della democrazia interna ai partiti ma, al contrario, contribuiscono a consolidarne l'impostazione verticistica³². All'opposto è necessario che siano fissate regole minime per la selezione democratica dei quadri intermedi di partito³³, così come per l'individuazione delle candidature, e che siano proposti modelli organizzativi idonei a salvaguardare il diritto delle articolazioni territoriali di partecipare effettivamente ai processi decisionali relativi alla democrazia locale. In assenza, di un processo di democratizzazione dei partiti la prospettiva è quella di un ampliamento del contenuto giustiziabile dell'art. 49 Cost³⁴. È già accaduto che la giurisprudenza ordinaria si sia dimostrata più sensibile al tema dell'effettività della democrazia rispetto a quella costituzionale, la cui timidezza si è apprezzata sia sulla materia elettorale (Corte cost. nn. 1/2014 e 35/2017), sia per quanto riguarda la democrazia locale (Corte cost., nn. 50/2015 e 168/2018).

³¹ Sul punto si vedano le osservazioni di JAN, 2017: 13 ss. e LEFEBVRE, 2017: 515 relative all'esperienza francese.

³² È il caso del Portogallo, dove l'introduzione dell'elezione diretta del segretario da parte dei maggiori partiti ha sì garantito una maggiore legittimazione dei vertici, ma ha contribuito ad indebolire ulteriormente le élites politiche a livello locale. Sul tema, cfr. COSTA LOBO, 2003: 249 ss, e spec. 255-256.

³³ Sul tema, da ultimo, cfr. IGNAZI, BORDANDINI, 2018.

³⁴ LANZAFAME, 2017a: 21.

3.2 «Tutti gli animali sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri». Note minime sulle (dis)eguali possibilità di accesso al potere burocratico ed alle élites economiche

L'effettività della circolazione delle élites burocratiche ed economiche intercetta il tema dell'uguaglianza sostanziale e della tutela dei diritti sociali³⁵. Si è detto che l'accessibilità del potere in tali ambiti è garantita, da un lato, dal principio concorsualistico e, dall'altro, dalla naturale competitività del libero mercato. Entrambi i meccanismi, in teoria, dovrebbero favorire l'emersione del merito ed evitare la cristallizzazione del potere in determinate classi sociali. Il primo, tuttavia, pur difeso dalla giurisprudenza costituzionale³⁶ è stato eluso e ridimensionato a più riprese dal legislatore³⁷ e dalla prassi degli enti locali³⁸. Il secondo, allo stesso modo, non riesce a garantire l'assenza di distorsioni del merito per l'esistenza di ampi settori dell'economia nei quali non è presente un adeguato livello di concorrenza. La democrazia politica, però, presuppone ed include la democrazia economica contro ogni forma di monopolio o oligopolio delle risorse: l'accesso al potere presuppone la garanzia del diritto al lavoro e della libertà professionale (artt. 4 Cost. e 15 Carta di Nizza) e l'effettività della libertà di impresa (artt. 41 Cost. e 16 Carta di Nizza). La sussistenza della democrazia economica, a sua volta, è legata all'accessibilità del capitale necessario per l'emersione del merito, ovvero sapere e ricchezza. Sotto un primo profilo, quindi, la questione dell'accessibilità del potere incontra di necessità il tema della garanzia del diritto allo studio. È evidente la contraddizione di un sistema formativo pubblico che garantisce a tutti il diritto all'istruzione universitaria ma che non riesce ad assicurare adeguate possibilità di inserimento professionale alle proprie eccellenze a tutto vantaggio di pochi istituti privati, riservati appunto a chi già proviene dall'élites, che detengono il monopolio dell'accesso al *management* privato. Se è vero che

³⁵ Sul tema, da ultimo, cfr. MORELLI, 2018.

³⁶ La Consulta, infatti, ha delimitato «in modo rigoroso» il potere derogatorio attribuito al legislatore dall'art. 97 Cost. ed ha considerato legittimi tali interventi «quando funzionali alle esigenze di buon andamento e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarli», cfr. *ex multis* Corte cost., n. 195/2010.

³⁷ Si pensi ai provvedimenti legislativi volti alla stabilizzazione mediante concorsi semi-riservati del personale precario assunto per chiamata diretta da parte delle p.a.: può ricordarsi, da ultimo, l'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 75/2017.

³⁸ L'esternalizzazione dei servizi pubblici locali ai privati (naturalmente sensibili ai *desiderata* della politica locale) – o la loro gestione da parte società *in house* sottoposte a vincoli meno stringenti per le assunzioni (Cass. Civ., SU, n. 7759/2017; Cons. Stato, n. 1549/2017) – ha ridotto le posizioni accessibili per concorso. Lo stesso può dirsi del frequente ricorso a contratti ex art. 110, d.lgs. n. 267/2000 per cui non è richiesto solo una «selezione pubblica».

«organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi reciprocamente» (Corte Cost. n. 383/1998), le petizioni di principio circa l'universalità dell'accesso al diritto allo studio richiedono di essere supportate da investimenti volti alla riduzione del *gap* –di risorse, relazioni, infrastrutture– che sussista tra istruzione pubblica e privata. Diversamente si alimenta l'illusione dell'accessibilità –e non la sua effettività– con inevitabili ricadute in termini di fratture sociali. Analoghe criticità presenta la dilatazione nel tempo dell'iter di accesso alle professioni e ad alcune posizioni nella burocrazia: nel periodo successivo alla formazione universitaria (v. tirocini) chi versa in condizioni di fragilità economica non è (più) tutelato dagli istituti di garanzia del diritto allo studio, e non può (ancora) assicurarsi la sussistenza attraverso il lavoro. L'assenza di protezione determina la contrazione degli investimenti in formazione e la rinuncia all'ascesa sociale. Parimenti importante è il tema dell'accesso alle risorse economiche e al credito. È necessario riflettere sul superamento della tendenziale insindacabilità del merito creditizio e sull'estensione della dimensione pubblicistica del credito³⁹, anche in ragione del moltiplicarsi degli investimenti pubblici in tale settore. Sullo sfondo, la necessità di rendere effettivo ed azionabile il diritto di accesso al credito ed aumentare l'*accountability* del settore bancario.

Infine, un'ulteriore barriera alla circolazione delle élites burocratiche ed economiche è costituita dalla tendenza centralizzazione del potere pubblico che esclude e marginalizza chi vive nelle periferie. La traslazione del potere decisionale verso i centri di potere romani (autorità indipendenti, ministeri, tribunali), e più in generale verso le grandi capitali internazionali, comporta una migrazione delle élites verso il centro e conduce alla progressiva l'esclusione del ceto medio delle periferie dalla gestione del potere e, in ultimo, alla sua deresponsabilizzazione.

4. LO STATUTO COSTITUZIONALE DEL POTERE: UNA PROMESSA DA MANTENERE

La grande contraddizione del costituzionalismo –che deve, di necessità, rifiutare il potere ma che, altrettanto inevitabilmente, deve legittimarlo– trova la propria composizione nel suo statuto costituzionale, cioè nei principi che contribuiscono a dargli forma e catturarlo. Il potere, nella logica della costituzione, è diffuso, inclusivo e responsabile. In una parola: accessibile.

³⁹ Sul punto, per tutti, si vedano le riflessioni di NAPOLITANO, 2009.

Le questioni sinteticamente affrontate rivelano, invece, che le promesse della Costituzione sul potere –e quelle sull’uguaglianza– sono ancora in larga parte disattese e larga parte della società non partecipa dei (ed ai) poteri. Posta ai margini dei processi decisionali –che si svolgono sempre più lontano (a Roma, a Bruxelles o a Washington)– e priva anche solo della speranza di accedere alle sfere del potere, gran parte della cittadinanza è stretta tra l’idea di arrendersi alla visione tecnocratica e neoliberista della «democrazia senza governo» (Volpi, 2018) o «acefala» (Tuccari, 2014) e quella di cadere nell’illusione populista della «democrazia del leader» (Calise, 2016), salvo poi scoprire che i modelli conducono nella stessa direzione: il dominio di una élites ristretta, inamovibile ed irresponsabile. È la «legge ferrea dell’oligarchia» (Michels, 1911, trad. it. 1966: 501); il «circolo vizioso» che conduce le nazioni al fallimento (Acemoglu, Robinson, 2012, trad. it. 2013: 349).

A queste condizioni, è evidente il rischio che le crisi politiche che affliggono diversi ordinamenti europei si traducano in altrettante crisi costituzionali degli stessi⁴⁰. La storia ha confermato che la stagnazione dei poteri –ed il loro esercizio in regime monopolistico da parte di una determinata classe sociale– può condurre alla rottura dell’ordine costituito. Se la storia è già stata definita un «cimitero di aristocrazie» (Pareto, 1916: § 2054), deve ricordarsi che il tramonto di queste è stato spesso accompagnato dalla rottura dei patti costituzionali su cui i regimi si fondavano. Consapevole di tale rischio, l’ex leader britannico David Cameron, già nel 2009, aveva auspicato «*a massive, sweeping, radical redistribution of power: from the state to citizens; from the government to parliament; from Whitehall to communities; from the EU to Britain; from judges to the people; from bureaucracy to democracy. Through decentralisation, transparency and accountability we must take power from the elite and hand it to the man and woman in the street*»⁴¹. Un manifesto apprezzabile nell’ottica di una maggiore accessibilità del potere, ma insufficiente, in quanto limitato alla sola diffusione del potere pubblico. Più a fondo è necessario rimuovere gli ostacoli che impediscono la partecipazione al potere di chi è economicamente e socialmente fragile. L’inclusione politica richiede quella sociale; la circolazione delle élites politiche implica quella dell’economia. Un sistema che crea occasioni e protezione per tutti moltiplica la determinazione dei consociati ad investire tempo e risorse nella formazione, nell’impresa, nella professione, così come

⁴⁰ V. LEVINSON, BALKIN, 2009: 714.

⁴¹ Il testo integrale della riflessione, intitolata, *A new politic*, è stato pubblicato su *The Guardian*, 26 maggio 2018.

nella partecipazione politica e promuove un impegno collettivo – privato e pubblico – i cui benefici si estendono dalle persone alle nazioni. Sotto tale profilo, l'accessibilità dei poteri si salda con la sfida della coesione, della permeabilità degli strati sociali, della mano della Repubblica «stesa al merito povero ed oscuro per innalzarlo» (Mosca, 1883, ed. 1968: 292) in una logica che tiene insieme democrazia, giustizia e sviluppo⁴².

È la promessa di ogni Costituzione⁴³ ed il tema su cui si gioca il futuro dell'Europa: uguaglianza delle possibilità, correttezza della competizione, affermazione del merito e partecipazione di ogni cittadino all'organizzazione sociale, economica e politica del paese. Nessuno escluso.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ACEMOGLU A., ROBINSON J. (2013), *Perché le nazioni falliscono: alle origini di povertà, prosperità e povertà*, Milano.
- AINIS M. (2015), *La piccola eguaglianza*, Milano.
- AMATO G. (2018), «Passato, presente e futuro del costituzionalismo», in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3.
- ANGELI A. (2016), «Polonia. Le derive di una democrazia (quasi) maggioritaria», in *Federalismi.it*, n. 17.
- AZZARITI G. (2005), *Critica della democrazia identitaria: lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari.
- (2017), «Mediazione politica e compromesso parlamentare», in *Costituzionalismo.it*, n. 2.
- AZZOLINI G. (2017), *Dopo le classi dirigenti. La metamorfosi delle oligarchie nell'età globale*, Roma-Bari.
- BALDINI V. (2018), «Populismo versus democrazia costituzionale. In «dialogo» con Andreas Voßkuhle», in *Dirittifondamentali.it*, n. 2.
- BARBERA A. (2008), «La democrazia «dei» e «nei» partiti, tra rappresentanza e governabilità» in *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- BARCELLONA M. (2018), *Dove va la democrazia? Scenari dalla crisi*, Roma.
- BOBBIO N. (1976), *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino.
- (1981), «La regola di maggioranza: limiti e aporie», in Id., *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna, p. 33 s.
- (1984), *Il futuro della democrazia*, Torino.

⁴² Si vedano la teoria del circolo virtuoso di ACEMOGLU, ROBINSON, 2012, trad. it. 2013: 316 e le riflessioni di J. RAWLS, 1971 trad. it. 1992: *passim*, ma spec. 66 ss.

⁴³ L'espressione è mutuata da HARTWIG, 2008.

- BONAZZI M. (2018), *Il processo a Socrate*, Bari-Roma.
- CALISE M. (2016), *La democrazia del leader*, Roma-Bari.
- CARIOLO A. (2007), «La regola di maggioranza», in Id., *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino, p. 193 s.
- (2017), «Riflessioni su sovranità e rappresentanza», in *Rivista Aic*, n. 1.
- CASERTA M., GAROFALO C., PLUCHINO A., RAPISARDA A., SPAGANO S. (2012), *La democrazia a sorte*, Catania.
- CASSESE S. (2017), *La democrazia e i suoi limiti*, Milano.
- COSSIRI A. (2017), «La costituzione del rapporto di rappresentanza politica nazionale tra discrezionalità legislativa e vincoli costituzionali», in *Rivista Aic*, n. 1.
- CIOLLI I. (2017), «Ascesa e declino dell'attività di mediazione politica. Dai governi di coalizione all'espansione dei poteri monocratici del presidente del consiglio», in *Costituzionalismo.it*, n. 2.
- COSTA LOBO M. (2003), «A elite partidária em Portugal 1976 –2002», in Pinto A. C. – Freire A. (a cura di), *Elites, sociedade e mudança política*, Lisboa, p. 249 s.
- CROUCH C. (2003), *Postdemocrazia*, Roma-Bari.
- DAHL R. (1986) *Poliarchia: partecipazione e opposizione nei sistemi politici* (1971), Milano.
- (2000), *Sulla democrazia*, Roma-Bari.
- DE RITA G. (2018), *Meglio non abusare della parola «popolo»*, sul *Corriere della Sera*, 23 ottobre 2018;
- DOGLIANI M. (2017), «Rappresentanza, governo e mediazione politica», in *Costituzionalismo.it*, n. 2.
- (2018), «La forma di Governo tra riformismo elettorale e mutamento politico-istituzionale», in *Federalismi.it*, n. spec. 1.
- DORSO G. (1944), «Classe politica e classe dirigente», in Id. *Dittatura, classe politica e classe dirigente*, Torino, 1955.
- ESPOSITO M. (2011), «Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica», in *Giur. cost.*, n. 3, p. 2756 s.
- FERRAIUOLO G. (2017), «Rappresentanza e populismo», in *Rivista Aic*, n. 3.
- FURLANI S. (1985), «Procedimenti elettorali e rappresentanza territoriale», in *Nuovi studi politici*, n. 4, p. 49 s.
- GEMMA G. (2018), «Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia», in *Rivista Aic*, n. 3.
- GORLANI M. (2017), *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico. Il declino della «forma» partito e la crisi del parlamentarismo italiano*, Bari.
- GRASSO G. (2016), *Il governo tra tecnica e politica*, *Atti del Seminario Annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa»*, Como, 20 novembre 2015, Napoli.
- HÄBERLE P. (2005), *Lo Stato costituzionale*, Roma.
- HARTWIG M. (2008), «La Costituzione come promessa del futuro», in R. Bifulco – A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, p. 57 s.

- IGNAZI P., BORDANDINI P. (2018), *I muscoli del partito*, Bologna.
- JAN P. (2017), «La V République et les partis», in *Pouvoirs*, n. 163, p. 5 s.
- LANZAFAME A. (2017a), «Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti», in *Rivista Aic*, n. 1.
- (2017b), «La democrazia locale in Italia ed in Spagna alla prova delle riforme», in *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- LEFEBVRE R. (2017), «Les primaires ouvertes et les partis politiques», in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n. 3, p. 515 s.
- LEVINSON S., BALKIN J. M. (2009), «Constitutional Crises», in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 3: p. 707 s.
- LUCIANI M. (2006), «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico», in *Giur. cost.*, n. 2: p. 1644 s.
- (2010), «Governo (forme di)», in *Enc. Dir., Annali*, p. 538 s.
- MAESTRI G. (2017), «Prossime elezioni: l'emendamento tagliafirme è un regalo scomodo», in *laCostituzione.info*.
- MANIN B. (2010), *Principi del governo rappresentativo* (1997), Bologna.
- MARONGIU G. (1992), «Funzione amministrativa e ordinamento democratico», in Marongiu G., De Martin G. C. (cur.) *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, p. 89 s.
- MASTROPAOLO A. (2011), *La democrazia è una causa persa*, Torino.
- MÈNY Y., SUREL Y. (2004), *Populismo e democrazia* (2000), Bologna.
- MICHELIS R. (1966), *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna* (1911), Bologna.
- MIDIRI M. (2006), «Art. 51», in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (cur), *Commentario alla costituzione*, I, Milano, p. 1016 s.
- MILLS C. W. (1973), *La elite del potere* (1956), Milano.
- MORELLI A. (2018), «Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea», in *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- MORTATI C. (1975), «Art. 1», in Branca G. (cur), *Commentario della Costituzione. Principi Fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, p. 1 s.
- MOSCA G. (1883), *Teorica dei governi e governo parlamentare*, Milano, 1968.
- NAPOLITANO G. (2009), «L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito», in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 4.
- OLIVETTI M. (2006). «Art. 1», in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (cur), *Commentario alla costituzione*, I, Milano, p. 5 s.
- PARETO V. (1916), *Trattato di sociologia generale*, Firenze.
- PASSIGLI S. (2018), *Il futuro difficile della nostra democrazia*, in *Corriere della Sera*, 13 ottobre 2018.
- PASTORI G. (1967), *La burocrazia*, Padova.
- RAWLS J. (1992), *Una teoria delle giustizia* (1971), Milano.
- RESCIGNO G. U. (1989), «Forme di stato e forme di governo (diritto costituzionale)», in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma.

- ROSANVALLON P. (2009), *La politica nell'era della sfiducia* (2006), Enna.
- RUSSO A. (1998), *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto. Un'indagine sulle principali democrazie stabilizzate*, Milano.
- SARTORI G. (1957), *Democrazia e definizioni*, Bologna.
- SCHMITT C. (1990), *Dialogo sul potere*, Genova, 1954.
- SERGES G. (2014), «Soppressione delle province e «temporanea» ridefinizione della loro posizione nel sistema degli enti locali», in *Diritto e Società*, n. 4, p. 629 s.
- SCHUMPETER J. (2001), *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), Milano.
- SCUTO F. (2017), *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino.
- SIEYÈS E. (1972), *Che cosa è il Terzo stato?* (1789), Roma.
- TARLI BARBIERI G. (2018), «L'infinito riformismo elettorale tra aporie giuridiche e dilemmi costituzionali», in *Federalismi.it*, n. spec. 1.
- TUBERTINI C. (2014), «Area vasta e non solo: il sistema locale alla prova delle riforme», in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2, p. 197 s.
- TUCCARI F. (2014), *Plebiscitaria ma soprattutto acefala. La democrazia nell'era post-democratica*, *Il Mulino*, n. 6.
- URBINATI N. (2014), *Democrazia sfigurata*, Milano.
- VAN REYBROUK D. (2015), *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico* (2013), Milano.
- VECCHIO F. (2013), *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova.
- VOLPI M. (2017), *Governi tecnici e tecnici al governo* (cur.), Torino.
- (2018), *Democrazie senza governo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, p. V s.
- WALZER M. (1987) *Sfere di giustizia* (1983), Milano.
- WEIL S. (2012), *Manifesto per la soppressione dei partiti politici*, Ariccia.

PARTECIPAZIONE POLITICA E ORDINAMENTO PENALE: IL CASO SPAGNOLO E QUELLO ITALIANO A CONFRONTO

CLAUDIA MARCHESE*
Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Le interazioni tra l'ordinamento penale e la sfera della partecipazione politica. 2. Le soluzioni diametralmente opposte adottate dall'ordinamento spagnolo e da quello italiano in merito alle limitazioni al diritto di voto discendenti da sentenza penale. 3. La legislazione frammentaria in materia di limitazioni al diritto di elettorato passivo discendenti da sentenza penale ed i problemi determinati dalla legislazione di emergenza. 4. L'impatto del diritto penale sulla libertà di associazione in partiti politici. 5. Conclusioni. 6. Riferimenti bibliografici.

1. LE INTERAZIONI TRA L'ORDINAMENTO PENALE E LA SFERA DELLA PARTECIPAZIONE POLITICA

La disciplina degli ambiti di partecipazione politica rappresenta in qualsiasi ordinamento un settore particolarmente delicato giacché dalla stessa dipende l'individuazione dei soggetti legittimati a prendere parte al governo della *res publica*. Altrettanto delicata si presenta la definizione delle modalità

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.

attraverso le quali tale partecipazione può avere luogo, in quanto una disciplina delle modalità di esercizio dei diritti politici lacunosa, incompleta o restrittiva appare suscettibile di vanificare lo stesso riconoscimento dei diritti.

A queste delicate e complesse tematiche è dedicato il presente scritto, nel quale la definizione degli ambiti di partecipazione politica sarà affrontata avendo riguardo alle interrelazioni con l'ordinamento penale. Diversi sono, infatti, i profili di intersezione tra i due ambiti.

Il primo aspetto concerne la rilevanza delle sentenze penali di condanna ai fini della limitazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti politici, a partire dal riconoscimento della qualità di elettore su cui si fonda la titolarità di una serie di altre situazioni giuridiche a carattere partecipativo. Tale rilevanza delle sentenze penali rinvia spiegazione, per un verso, nell'idea che possa essere ammesso alla partecipazione alla vita politica esclusivamente il soggetto che non abbia violato il *pactum societatis* e, per altro verso, nella risalente convinzione che la partecipazione alla vita politica, in veste di elettore o a maggior ragione di eleggibile, richieda la rispondenza a requisiti di onorabilità. Il secondo profilo concerne le fattispecie di reato compiute in occasione delle elezioni e, dunque, i reati elettorali. Ulteriore profilo concerne le limitazioni all'attività dei partiti politici che perseguano i propri fini usando la violenza o che si prefiggano il compimento di fatti costituenti reato o l'azione a fini eversivi dell'ordinamento democratico. In relazione alla definizione degli spazi di partecipazione politica, peraltro, è bene chiarire che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento, così come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹. Ciò non solo in considerazione delle peculiarità storico-politiche che caratterizzano ciascun ordinamento e delle quali appare necessario tenere conto, ma in considerazione del fatto che l'individuazione dei soggetti titolari dei diritti politici è strettamente connessa alla definizione della spettanza della sovranità e dei modi di esercizio della stessa.

Ci sembra, quindi, possibile cominciare a delineare l'ambito nel quale si svolgerà la presente indagine: nelle successive pagine tratteremo della rilevanza delle sentenze penali di condanna ai fini della titolarità e dell'esercizio dei diritti politici, nonché cercheremo di individuare le limitazioni della

¹ Sul margine di apprezzamento nazionale in materia di diritti politici, v. Corte EDU, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*, 2 marzo 1987; *Georgian Labour Party c. Georgia*, ric. n. 9103/04, 8 luglio 2008; *Py c. Francia*, ric. n. 66289/01; *HerriBatasuna e Batasuna c. Spagna*, ric. nn. 25803/04 e 25817/07, 30 giugno 2009; *Etxebarria e altri c. Spagna*, ric. nn. 35579/03, 35613/03, 35626/03 e 35634/04, 30 giugno 2009; *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/95; *Hrasnov e Skuratov c. Russia*, ric. nn. 17864/04 e 21396/04, 19 luglio 2007. Sulla giurisprudenza della Corte EDU relativa ai diritti politici sia consentito rinviare a MARCHESE (2016a, 185).

libertà di associazione in partiti politici legate alla materia penale. Per quanto concerne i reati elettorali, invece, non sembra questa la sede opportuna per un'approfondita disamina, rientrando l'analisi delle singole fattispecie nella materia penale.

Nello svolgimento di una simile ricerca il caso italiano e quello spagnolo consentiranno di evidenziare, per un verso, come sia possibile giungere a soluzioni diametralmente opposte e, per altro verso, come la materia *de qua* sia significativamente caratterizzata da una legislazione di carattere emergenziale, che ha determinato e continua a cagionare non pochi problemi.

2. LE SOLUZIONI DIAMETRALMENTE OPPOSTE ADOTTATE DALL'ORDINAMENTO SPAGNOLO E DA QUELLO ITALIANO IN MERITO ALLE LIMITAZIONI AL DIRITTO DI VOTO DISCENDENTI DA SENTENZA PENALE

In relazione alle limitazioni al diritto di voto derivanti dall'aver riportato sentenza penale di condanna il primo rilievo che appare necessario compiere concerne la differenza tra il quadro normativo italiano e quello spagnolo. La disciplina italiana, infatti, riposa sulla previsione di cui all'art. 48, c. IV, Cost. secondo la quale «il diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi di indegnità morale indicati dalla legge»². Sulla base di tale norma il legislatore ordinario ha adottato una molteplicità di disposizioni, dando così luogo ad una disciplina frammentaria.

Successivamente all'entrata in vigore della Costituzione si prevede nell'ordinamento italiano un regime che può essere definito di doppio binario in ordine alle limitazioni al diritto di voto derivanti dall'aver riportato sentenza penale di condanna: da un lato, si prevedono fattispecie di reato dalle quali conseguiva automaticamente, a seguito di condanna, la perdita sia del diritto di voto che del diritto di accedere alle cariche pubbliche elettive e, dall'altro lato, furono previste una serie di misure sotto forma di pene accessorie, misure di sicurezza e di prevenzione dalle quali scaturisse la limitazione tanto dell'elettorato attivo quanto dell'elettorato passivo³. Ulteriori limitazioni sono state previste in ragione della commissione di reati elettorali.

² Per un commento a tale articolo v. PITRUZZELLA (1989); PALMA (1965, 672); FURLANI (1964, 444).

³ Le fattispecie di reato dalle quali conseguiva automaticamente la perdita sia del diritto di voto che del diritto di accedere alle cariche pubbliche elettive erano previste dalla L. 23 marzo 1956, n. 137 (c.d. legge Bubbio), nonché dalle leggi contro il fascismo e, precisamente, dal d.l.l. 27 luglio 1944, n. 159, dal

Tale quadro normativo, nel corso del tempo è stato ridefinito, essendo state abrogate le fattispecie di reato dalla cui commissione scaturiva in maniera automatica la limitazione dell'elettorato attivo e passivo, tuttavia sono rimaste in vigore le limitazioni del diritto discendenti da pene accessorie, misure di sicurezza e misure di prevenzione disciplinate dal d. P. R. 20 marzo 1967, n. 223. Permane, dunque, in vigore un quadro normativo alquanto articolato.

Diversamente, nell'ordinamento spagnolo la disciplina delle limitazioni al diritto di voto discendenti da sentenza penale rinveniva il proprio fondamento all'art. 3, c. I, lett. a) della *Ley Orgánica del Régimen Electoral* là dove sancisce che «sono privi del diritto di voto i condannati con sentenza giudiziale definitiva alla pena principale o accessoria della perdita del diritto di voto per tutto il tempo della sua durata». Tale norma trovava, poi, attuazione nella disciplina dell'inabilitazione assoluta o speciale dai pubblici uffici contenuta nel Codice Penale.

L'impiego del tempo imperfetto risulta d'obbligo in quanto a seguito della riforma del Codice Penale, intervenuta nel 1995, è stata abrogata la possibilità per le misure inabilitative di produrre effetti limitativi in ordine al diritto di voto, permanendo in vigore esclusivamente le limitazioni discendenti sull'elettorato passivo. Tale abrogazione espressa è intervenuta esclusivamente in relazione al Codice Penale, non essendo stata formalmente abrogata la richiamata previsione dell'art.3, c. I, lett. a) della LOREG.

Tuttavia, la reintroduzione di misure limitative del diritto di voto discendenti dall'aver riportato sentenza penale di condanna appare difficoltosa giacché la riforma è avvenuta a seguito di un dibattito che ha segnato una rottura definitiva con la tradizione giuridica nella materia *de qua*⁴. Invero, le limitazioni al diritto di voto discendenti dall'aver riportato sentenza penale di condanna sono state repute un residuo non più accettabile di pena infamante e, pertanto, contrarie alle prescrizioni dell'art. 15 della Costituzione spagnola che sancisce il divieto di qualsiasi privazione dei diritti di contenuto così ampio da portare all'annichilimento giuridico dell'individuo, oltre che alla totale privazione della possibilità di agire e di prendere parte alla vita della comunità⁵.

d.l.l. 22 aprile 1945, n. 142 e dal d.l.l. 26 aprile 1945, n. 195. Per un approfondimento in relazione alle singole fattispecie di reato dalle quali conseguiva la privazione del diritto di elettorato in entrambi i suoi versanti attivo e passivo, v. PRETI (1957).

⁴ In argomento, v. per tutti PRESNO LINERA (2003).

⁵ Le previsioni relative alla privazione del diritto di suffragio attivo, seppure presenti nel progetto originario di codice penale, furono soppresse durante la fase di approvazione parlamentare. Sul punto, v. M. A. BOLDOVA PASAMAR (2006, 137); ROCA AGAPITO (2007, 208).

L'evoluzione della disciplina spagnola ed il ragionamento fondato sulla contrarietà alle previsioni di cui all'art. 15 della Costituzione spagnola della privazione del diritto di voto si collocano, in realtà, in un quadro più ampio. La limitazione del diritto di voto in conseguenza dell'aver riportato sentenza penale di condanna, infatti, non solo appare essere un residuo di pena infamante, una sanzione per aver violato il *pactum societatis*, bensì si pone in contrasto con la più moderna finalità rieducativa della pena. Il voto, infatti, rappresenta un importante strumento partecipativo e di inclusione sociale.

Il dibattito sull'attualità della limitazione del diritto di voto derivante dall'aver riportato sentenza penale di condanna appare particolarmente acceso negli Stati Uniti ed anche negli Stati europei si registra una significativa evoluzione.

Negli Stati Uniti la legislazione in materia di privazione del diritto di elettorato di soggetti che abbiano riportato sentenza penale di condanna è rimessa alla legislazione dei singoli Stati, così che si registrano ben quarantotto Stati che proibiscono ai detenuti, durante il periodo della pena, di votare. Si tratta di una legislazione particolarmente rigida: di questi quarantotto Stati trentacinque proibiscono anche ai condannati non in stato di reclusione in istituti carcerari di esercitare il voto, mentre in Florida, Iowa e Kentucky l'aver riportato una condanna penale determina la privazione a vita del diritto di voto e di tutte quelle situazioni giuridiche fondate sulla qualità di elettore. Del pari, in Alabama chi ha riportato sentenza definitiva di condanna per omicidio, incesto o crimini contro i minori è privato definitivamente del diritto di voto.

La finalità punitiva di tale normativa appare evidente ed il rigore della stessa, come anticipato, ha dato vita ad un intenso dibattito tra coloro che ritengono che l'esclusione dei detenuti o, comunque, dei soggetti che abbiano riportato sentenza penale di condanna si pone in contrasto con la finalità rieducativa della pena e che anzi determinerebbe un'ulteriore spinta all'allontanamento dalla comunità e coloro i quali manifestano il timore che la partecipazione dei detenuti al momento elettorale potrebbe influenzare le politiche pubbliche, nonché agevolare le infiltrazioni criminali nel tessuto politico o, ancora, cagionare l'assenza di fiducia da parte della restante popolazione nei confronti del sistema politico-criminale⁶.

Anche negli Stati europei la privazione del voto dei soggetti che abbiano riportato sentenza penale di condanna costituisce una questione attuale. È pos-

⁶ In argomento, v. KEYSSAR (2000, 163); MANZA, UGGEN (2006); CRUTCHFIELD (2007, 707); EWALD (2009); BEHAN, (2014).

sibile, infatti, rilevare che nel 2006 nella Repubblica d'Irlanda l'*Electoral (Amendment) Act* per la prima volta ha ammesso al voto l'intera popolazione carceraria. Eguale strada è stata percorsa dalla legislazione austriaca, così come a Cipro dal 2006 si è consentito ai detenuti di esercitare il diritto di voto direttamente negli istituti penitenziari, costituendo appositi seggi. E, ancora, nel 2009 in Belgio è stato abrogato l'automatismo tra condanna penale e perdita del suffragio. Nello stesso anno in Slovacchia il Tribunale costituzionale ha dichiarato incostituzionale la privazione generalizzata del diritto di voto di coloro che sono stati condannati⁷.

Come è possibile notare, si è verificata un'evoluzione progressiva della normativa nell'area europea. Tale evoluzione è avvenuta sulla spinta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, la quale a partire dalla nota sentenza *Hirst v. United Kingdom* ha pronunciato la contrarietà alla CEDU delle privazioni indiscriminate del diritto di voto in conseguenza dell'essere stati condannati per la commissione di un reato⁸. Simili misure, infatti, si presentano in contrasto con la CEDU in quanto danno luogo ad una compressione automatica e non proporzionale di un diritto fondamentale, quale è il diritto di voto, tutelato dall'art. 3 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU.

In tale contesto legislativo e giurisprudenziale sembra opportuno svolgere qualche considerazione sulla disciplina italiana. Come si è detto, nella disciplina italiana le limitazioni al diritto di voto conseguenti a sentenza penale discendono dalle previsioni di cui al d. P. R. 20 marzo 1967, n. 223. In relazione a tale normativa, segnatamente con riferimento alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi⁹. In tale occasione essa ha ritenuto che l'interdizione non si ponga in contrasto con la CEDU, in quanto non vi sono automatismi tra la sentenza di condanna e la limitazione del diritto. In particolare, la pena accessoria non discende automaticamente dalla legge in conseguenza dell'accertamento della commissione di qualsivoglia delitto, ma deve essere statuita in sentenza e, dunque, oggetto di decisione giudiziale.

Ciò non toglie che in un clima di riforme concernenti le misure *de quibus* sia possibile sollecitare una riflessione interna sulla loro attualità.

⁷ Per una panoramica relativa alla disciplina negli ordinamenti europei v. BEHAN (2014).

⁸ Corte EDU, *Hirst c. Regno Unito*, 30 marzo 2004; *Hirst c. Regno Unito*, Grande Camera, 6 ottobre, 2005.

⁹ Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 25 maggio 2012.

3. LA LEGISLAZIONE FRAMMENTARIA IN MATERIA DI LIMITAZIONI AL DIRITTO DI ELETTORATO PASSIVO DISCENDENTI DA SENTENZA PENALE ED I PROBLEMI DETERMINATI DALLA LEGISLAZIONE DI EMERGENZA

In relazione al diritto di elettorato passivo si riscontra una legislazione composita sia nell'ordinamento italiano che nell'ordinamento spagnolo. In entrambi gli ordinamenti, infatti, è dato riscontrare sia limitazioni che costituiscono l'effetto di pene accessorie sia misure restrittive, derivanti dall'aver riportato sentenza penale di condanna, predisposte *ad hoc* dal legislatore statale in relazione al diritto di accesso alle cariche pubbliche elettive, proprio queste ultime – come vedremo – hanno determinato le maggiori problematiche.

Cominciando la disamina delle distinte fattispecie, è possibile rilevare come, nell'ordinamento italiano, determinino una privazione del diritto di elettorato passivo le misure di cui al d. P. R. 20 marzo 1967, n. 223. Come abbiamo visto, si tratta di pene accessorie, misure di sicurezza e misure di prevenzione dalle quali scaturiscono sia limitazioni dell'elettorato attivo che di quello passivo.

Nell'ordinamento spagnolo, a seguito della riforma del Codice Penale del 1995, è venuto meno l'effetto restrittivo delle misure di inabilitazione in relazione al diritto di voto, restando in vigore la produzione di effetti restrittivi esclusivamente con riguardo al diritto di accesso alle cariche pubbliche elettive.

Tali misure rinvengono il proprio fondamento all'art. 39 del Codice Penale, là dove sono enucleate le pene privative di diritti. Nel novero di queste ultime sono ricomprese l'inabilitazione assoluta e quella speciale.

Il regime giuridico dell'inabilitazione assoluta è dettato dall'art. 41 che statuisce quanto segue: «la pena dell'inabilitazione assoluta produce la privazione definitiva di tutti gli oneri, gli impieghi e le cariche pubbliche che detenga il condannato, anche nel caso in cui siano elettivi. Produce, altresì, l'incapacitazione ad ottenere gli stessi o qualsiasi altro onere, carica o impiego pubblico e quella ad essere eletto ad un incarico pubblico, durante il tempo della condanna». L'inabilitazione speciale è disciplinata, invece, all'art. 42 del Codice Penale.

La distinzione tra le due forme di inabilitazione risiede nel fatto che mentre l'inabilitazione assoluta colpisce tutti gli onori e le cariche di cui era investito il condannato al momento della commissione del delitto, l'inabilitazione

speciale ha un contenuto circoscritto ed individuato in sentenza. In entrambi i casi l'inabilitazione dovrà essere statuita in sentenza¹⁰.

Oltre a tali misure, tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello spagnolo il legislatore ha introdotto ulteriori restrizioni che fuoriescono dalla sfera strettamente penale. Nell'ambito di queste ultime la privazione dell'elettorato passivo non costituisce una misura sanzionatoria, bensì l'aver riportato sentenza penale di condanna determina il mero configurarsi di un requisito negativo ostativo al riconoscimento della titolarità e dell'esercizio del diritto di accesso alle cariche pubbliche elettive. In questi casi la privazione del diritto non costituisce più il contenuto di una pena, bensì il ragionamento giuridico si sposta sul piano dei requisiti del diritto.

Cominciando la disamina dall'ordinamento italiano è possibile rilevare come l'aver riportato sentenza penale di condanna è stato considerato *tout court* alla stregua di un requisito negativo, per la prima volta, dalla L. 19 marzo 1990, n. 55, atto normativo che ha introdotto la misura dell'incandidabilità¹¹.

Tale misura sancisce l'impossibilità radicale di presentare la propria candidatura per il soggetto che abbia riportato sentenza di condanna per determinate fattispecie di reato ovvero nei confronti del quale sia stata disposta una pena detentiva di durata pari o superiore a quella ritenuta rilevante dal legislatore ai fini dell'applicabilità della misura. Qualora un soggetto incandidabile dovesse risultare eletto non essendo stata preventivamente rilevata l'esistenza della causa di incandidabilità dagli uffici elettorali, l'elezione sarà radicalmente nulla. Del pari, si prevede la decadenza dell'eletto che incorra in una situazione di incandidabilità successivamente all'elezione.

Tale misura fu introdotta nell'ordinamento al fine di contrastare la recrudescenza del fenomeno mafioso che, al principio degli anni Novanta, faceva avvertire la capillarità della sua presenza sul territorio nazionale e nel tessuto istituzionale del Paese. Pertanto, la misura dell'incandidabilità fu adottata sotto una spinta emergenzialista e ciò appare evidente da vari elementi normativi. In particolare, questa misura fu disposta esclusivamente in relazione alle elezioni regionali ed amministrative, giacché a tali livelli si erano manifestati gli episodi più evidenti di infiltrazioni mafiose, senza che analogo provvedimento fosse assunto a livello di elezioni politiche. Ancora più evidente è la matrice

¹⁰ Per un commento a tale normativa, v. BERNAL VALLS (1999, 13); GUTIÉRREZ CASTAÑEDA (2012); MASFERRER DOMINGO (2009); LÓPEZ BARJA DE QUIROJA (1999, 127); SERRANO BUSTRAGUEÑO, (2002).

¹¹ In relazione alla disciplina originaria dell'incandidabilità v. GROTANELLI DE SANTI (1992, 2445); PACE (1994, 1007). Più recentemente, RIVOSECCHI (2011, 3); LUPO, RIVOSECCHI (2008, 259). Sia consentito, altresì, rinviare a MARCHESE (2013, 521); ID, (2016b).

emergenzialista della previsione della incandidabilità nei confronti dei soggetti rinviati a giudizio o sottoposti a misure di prevenzione per associazione mafiosa e della sospensione dalla carica dei Presidenti delle giunte e degli assessori regionali, nonché degli amministratori locali rinviati a giudizio o sottoposti a misure di prevenzione per associazione mafiosa. Tale disciplina fu, poi, estesa dalla L. n. 16/1992 ai consiglieri regionali ed ai soggetti che esercitavano incarichi o impieghi negli enti territoriali, con un ulteriore inasprimento delle misure.

Analizzando la descritta normativa è importante porre in rilievo, per un verso, una differenziazione della disciplina a seconda del circuito rappresentativo coinvolto e, per altro verso, la restrizione del diritto fondamentale sulla base del mero rinvio a giudizio o della sottoposizione a misure di prevenzione.

Entrambi questi profili sono stati portati all'attenzione della Corte costituzionale: mentre per quanto riguarda la sussistenza di differenti fattispecie di incandidabilità ai vari livelli rappresentativi la Corte costituzionale ha ritenuto insussistente la disparità di trattamento giacché vengono in rilievo livelli rappresentativi differenti tra di loro non comparabili, la Consulta ha ritenuto costituzionalmente illegittima la restrizione del diritto fondamentale di elettorato passivo in assenza di una sentenza di condanna definitiva. In particolare, la Corte ha ritenuto l'applicazione della misura della incandidabilità in assenza di una sentenza di condanna definitiva contrastante con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 della Costituzione e con il valore costituzionale della corretta e libera concorrenza elettorale¹².

Il nesso tra sentenza di condanna definitiva e limitazione del diritto *de quo* è stato confermato dal D.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235. Quest'ultimo testo normativo ha abrogato la disciplina posta dalla L. n. 55/1990 ed ha compiuto il tentativo di introdurre una disciplina organica delle fattispecie di incandidabilità in relazione alla Camera dei Deputati ed al Senato della Repubblica, alla carica di membro del Parlamento europeo, alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, nonché ha introdotto il divieto di assunzione e di svolgimento di incarichi governativi nazionali per i soggetti incorsi in una delle situazioni di incandidabilità previste per i parlamentari.

In tale sede non appare possibile un approfondimento in merito alla misura dell'incandidabilità nella disciplina attualmente vigente posta dal D. Lgs. n. 235/2012, il solo profilo in relazione al quale appare ragionevole soffermar-

¹² In relazione alla legittimità costituzionale della previsione di differenti fattispecie di incandidabilità ai vari livelli rappresentativi v. Corte cost. sent. n. 407/1992. Sulla illegittimità costituzionale della restrizione del diritto di elettorato passivo sulla base del mero rinvio a giudizio v. invece Corte cost. sent. n. 141/1996.

si è la riconduzione della misura *de qua* alla sfera dei requisiti negativi del diritto e la sua estraneità alla sfera strettamente penale¹³.

La collocazione dell'assenza di cause di incandidabilità tra i requisiti del diritto discende da una pluralità di fattori: in primo luogo, le limitazioni derivanti da sentenza penale sono state tradizionalmente ricostruite come requisiti negativi del diritto. In secondo luogo, la sussistenza di cause di incandidabilità costituisce oggetto di verifica da parte degli uffici elettorali, unitamente ai controlli che tali uffici sono deputati a svolgere in ordine alla sussistenza degli altri requisiti. In terzo luogo, le cause di incandidabilità rispondono al regime giuridico delle ineleggibilità in senso ampio, ossia di quegli impedimenti alla validità dell'elezione derivanti dall'assenza dei requisiti di titolarità del diritto.

Ciò detto in relazione alla collocazione tra i requisiti del diritto di elettorato passivo dell'assenza di cause di incandidabilità, la natura penale sanzionatoria della misura *de qua* sembra da escludere per una serie di ragioni di diverso ordine. In *primis*, considerare la misura in questione quale sanzione penale potrebbe comportare un'inutile duplicazione della misura dell'interdizione dai pubblici uffici, senza apportare alcun elemento ulteriore.

Il medesimo fatto di reato si troverebbe ad essere sanzionato con due pene di contenuto analogo. Altro profilo da tenere in considerazione è il fatto che l'incandidabilità discende direttamente dalla legge, diversamente le pene accessorie devono trovare statuizione in sentenza. Tali profili ci inducono ad evidenziare come l'incandidabilità non costituisca una misura penale, bensì una fattispecie la cui applicazione è fatta discendere *ex lege* dall'esistenza di sentenze definitive di condanna¹⁴.

Altresì, sembra da escludere la natura di sanzione amministrativa giacché, oltre all'assenza delle caratteristiche tipiche del procedimento amministrativo sanzionatorio, la misura *de qua* non sembra essere sorretta da una finalità afflittiva primariamente perseguita dal legislatore.

Il carattere afflittivo della restrizione della sfera giuridica del soggetto che intende esercitare il proprio diritto di elettorato passivo rappresenta una mera conseguenza di una misura disposta dal legislatore al fine primario di tutelare gli interessi pubblici connessi al corretto svolgimento del mandato rappresentativo ed all'onorabilità dei rappresentanti.

¹³ Per un approfondimento sia consentito rinviare a MARCHESI (2016b).

¹⁴ La distinzione tra incandidabilità ed interdizione dai pubblici uffici è illustrata dalla Corte cost. nella sent. n. 132/2001.

Risulta importante chiarire la non riconducibilità dell'incandidabilità alla sfera delle sanzioni penali e di quelle amministrative in quanto ci consente di evidenziare come le restrizioni del diritto di elettorato conseguenti all'aver riportato sentenza penale di condanna possano seguire un regime che già abbiamo definito alla stregua di un doppio binario: da un lato, la limitazione del diritto può essere il contenuto di una misura avente natura sanzionatoria penale, dall'altro lato, la sentenza penale può essere assunta dall'ordinamento quale mero presupposto dal quale far discendere una compressione del diritto.

Analoga situazione si verifica nell'ordinamento spagnolo in cui, a *latere* delle misure di inabilitazione previste dal Codice Penale, la LOREG prevede una serie di fattispecie di ineleggibilità per il soggetto che abbia riportato sentenza penale di condanna¹⁵.

L'art. 6, c. II, lett. a) LOREG sancisce in via generale l'ineleggibilità di coloro i quali siano stati condannati con sentenza definitiva alla privazione della libertà per il periodo di durata della pena¹⁶. Tale norma introduce nell'ordinamento spagnolo una misura assimilabile all'incandidabilità prevista nell'ordinamento italiano. L'applicazione di questa causa di ineleggibilità, infatti, discende direttamente dalla legge: essa trova applicazione automatica in conseguenza della privazione della libertà personale disposta in sentenza.

L'applicabilità *ex lege* evidenzia, altresì, la differenza rispetto all'inabilitazione, quale misura avente natura sanzionatoria che deve essere espressamente statuita in sentenza. Anche nel caso dell'ordinamento spagnolo è, dunque, da escludere la natura penale della misura prevista dall'art. 6, c. II, lett. a) LOREG: in questo caso la sentenza penale di condanna rileva a livello di requisiti del diritto e, analogamente a quanto evidenziato in relazione all'incandidabilità, si colloca alla base di una fattispecie posta a presidio del buon andamento della Pubblica Amministrazione e dell'onorabilità dei rappresentanti.

La previsione dell'art. 6, c. II, della LOREG è completata da quanto disposto dalla lett. b) del medesimo articolo che statuisce l'ineleggibilità di coloro i quali sono stati condannati con sentenza, sebbene non definitiva, per i delitti di ribellione o di terrorismo nei confronti della Pubblica Amministrazione o delle istituzioni dello Stato, quando nella stessa sia statuita l'inabilitazione all'esercizio del diritto di elettorato passivo o, ancora, l'inabilitazione assoluta o speciale.

Tale causa di ineleggibilità risulta assimilabile per *ratio* alla previsione, introdotta dalla L. n. 55/1990, della incandidabilità alle elezioni regionali e loca-

¹⁵ Sul rapporto tra sentenza penale di condanna e diritto di elettorato passivo nell'ordinamento spagnolo, v. GARCÍA ROCA (1999); SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1998, 281).

¹⁶ Per un commento a tale disposizione v. ENTRENA CUESTA (1986, 74); ARNALDO ALCUBILLA, DELGADO IRIBARREN (2011).

li dei soggetti rinviati a giudizio o sottoposti a misure di prevenzione per associazione mafiosa. In entrambi i casi, infatti, si tratta di misure di emergenza volte a contrastare, nell'un caso, il fenomeno del terrorismo interno e, nell'altro caso, dell'associazionismo mafioso. Inoltre, in entrambi i casi si fa riferimento a momenti antecedenti alla definitività della sentenza penale. Tuttavia, nel caso italiano, come già detto, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la richiamata disciplina in quanto lesiva della presunzione di non colpevolezza e della libera concorrenza elettorale. Nell'ordinamento spagnolo la previsione di cui all'art. 6, c. II, lett. b) LOREG permane in vigore, pur essendo stata oggetto di dibattito in dottrina¹⁷. In particolare, in questo caso è stato ritenuto prevalente l'interesse alla sicurezza ed al buon andamento dell'amministrazione rispetto alla compressione del diritto fondamentale.

Il discorso sin qui svolto ci induce ad evidenziare come l'evoluzione della disciplina delle restrizioni del diritto di elettorato passivo discendenti da sentenza penale sia stata caratterizzata in maniera significativa dalla legislazione di emergenza, normativa che rischia però di determinare compressioni ingiustificate dei principi garantisti e dei diritti fondamentali. In una materia quale quella elettorale, destinata ad influenzare l'intera vita dell'ordinamento, sarebbe doveroso affidare la regolamentazione ad atti normativi che rappresentino il frutto di una riflessione matura e di un adeguato bilanciamento delle situazioni giuridiche coinvolte.

4. L'IMPATTO DEL DIRITTO PENALE SULLA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE IN PARTITI POLITICI

Per quanto concerne l'impatto dell'ordinamento penale in relazione alla libertà di associazione in partiti politici analizzeremo esclusivamente la disciplina spagnola in quanto quest'ultima nella *Ley Orgánica de Partidos Políticos* (L.O. 27 giugno 2002, n. 6) detta una puntuale disciplina delle ipotesi che possono condurre all'ordine giudiziale di scioglimento del partito, individuando tra le cause dello stesso fattispecie riconducibili al Codice Penale¹⁸.

¹⁷ In relazione alla privazione dell'elettorato passivo a seguito di sentenza non definitiva, la dottrina ha avanzato dubbi di legittimità costituzionale, soprattutto per quanto concerne la presunzione di innocenza. In argomento, GARCIA SORIANO (2000, 174); ABAJO QUINTANA, BESTREIRO RIVAS, (1997, 85); FERNANDEZ MIRANDA CAMPOAMOR (1989, 231). Si esprime, invece, in senso favorevole alla previsione dell'art. 6, c. II, LOREG, PULIDO QUECEDO (1992).

¹⁸ Sulla disciplina posta dalla L. O. 27 giugno 2002, n. 6 in relazione all'ordine giudiziale di scioglimento di partiti politici v. BLANCO VALDÉS (2004); VIRGALA FORURIA (2002, 203); ÁLVAREZ ÁLVAREZ

In particolare, la disciplina dello scioglimento dei partiti politici per ordine giudiziale e della sospensione in via cautelare degli stessi è prevista dall'art. 10 della L.O. n. 6/2002. Tale norma al secondo comma individua le fattispecie che legittimano l'ordine di scioglimento.

In *primis*, la qualificazione del partito politico alla stregua di associazione illecita secondo le previsioni del Codice Penale ne determinerà lo scioglimento. In *secundis*, assume rilievo la vulnerazione in maniera continua, grave e reiterata del funzionamento democratico del partito. Ancora, rileva ai fini dello scioglimento l'ipotesi in cui l'attività del partito leda, in maniera reiterata e grave, i principi democratici o si prefigga di deteriorare o distruggere il regime delle libertà ovvero impossibilitare od eliminare il sistema democratico tramite le condotte di cui all'art. 9 della medesima legge.

Quest'ultimo articolo disciplina l'attività dei partiti politici. La struttura della norma si presenta bipartita: al primo comma sono individuati i principi a cui deve ispirarsi l'attività del partito, ai commi seguenti l'articolo enuclea, invece, le condotte dalle quali può conseguire l'ordine giudiziale di scioglimento.

Soffermandoci sulle condotte previste dal secondo comma è, in primo luogo, possibile evidenziare come esse siano tipizzate in maniera ampia e si tratti di fattispecie poste a presidio delle libertà personali dell'individuo e dell'ordinamento democratico. In secondo luogo, le condotte che assumono rilevanza ai fini dello scioglimento sono riconducibili a condotte di legittimazione di attentati contro la vita e l'integrità delle persone, perpetrazione di discriminazioni, incitamento alla violenza, nonché attività di appoggio politico espresso o implicito ad organizzazioni terroristiche. L'attività di appoggio ad organizzazioni terroristiche risulta ulteriormente tipizzata al comma seguente nel quale sono individuate una serie di condotte – dall'appoggio tacito al terrorismo, all'inclusione negli organi direttivi del partito e nelle liste elettorali di persone condannate per terrorismo, all'utilizzazione nell'attività del partito di simboli e messaggi riconducibili al terrorismo, al fornire copertura alle attività terroristiche – ritenute rilevanti dall'ordinamento ai fini dell'ordine di scioglimento.

L'attenzione riposta dal legislatore nel definire tali condotte svela l'intento di colpire ed eliminare qualsiasi nesso tra sfere di partecipazione politica e organizzazioni terroristiche. In particolare, il legislatore mira a sradicare le infiltrazioni di dette organizzazioni nel tessuto politico del Paese. Appaiono

(2002, 445). Più in generale sulla illegalizzazione di partiti politici CORCUELA ATIENZA, TAJADURA, VIRGALA FORURIA (2008).

evidenti le ragioni storico-politiche alla base di questa disciplina, se consideriamo l'impatto dell'attività terroristica dell'ETA nell'ordinamento spagnolo.

Il contesto politico nel quale maturano le limitazioni dei diritti politici assume, peraltro, rilievo non solo ai fini di una contestualizzazione delle misure, bensì anche della loro valutazione giuridica giacché costituisce un'affermazione consolidata nella giurisprudenza della Corte EDU quella secondo cui in relazione alla disciplina dei diritti politici gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento nazionale proprio al fine di tenere in debita considerazione le peculiarità dell'ordinamento in cui la disciplina è destinata ad operare.

È evidente che il criterio del margine di apprezzamento nazionale non possa costituire il solo criterio adoperato dai giudici di Strasburgo nel valutare le fattispecie sottoposte al loro esame: i giudici della Corte Edu tengono, altresì, in considerazione i criteri di necessità della misura restrittiva e di proporzionalità.

Tornando alla disciplina prevista dalla *Ley Orgánica de Partidos Políticos* in tema di scioglimento dei partiti è possibile evidenziare come il legislatore abbia scelto di non richiamare direttamente fattispecie penali, bensì di descrivere una serie di condotte a cui siano riconducibili sia fattispecie che non raggiungano la soglia del penalmente rilevante sia vere e proprie fattispecie di reato. Di conseguenza, assumeranno rilievo sia risoluzioni, documenti, comunicazioni del partito, dei suoi organi e dei gruppi parlamentari sia impegni pubblicamente assunti dai dirigenti e dai membri dei partiti. Rileveranno, però, anche le sanzioni amministrative imposte al partito politico, nonché le condanne penali riportate da dirigenti, candidati, eletti o più semplicemente da membri del partito per i delitti disciplinati dai Titoli XXI e XXIV del Codice Penale. Appare qui evidente il nesso tra ordinamento penale e partecipazione politica, il nesso altresì appare evidente là dove la *Ley Orgánica de Partidos Políticos* attribuisce al giudice penale il potere di disporre in via cautelare lo scioglimento del partito politico nel caso in cui rilevi la sussistenza di una delle fattispecie che legittimano tale misura.

Alla luce della ricostruzione effettuata la disciplina spagnola dello scioglimento dei partiti politici sembra avere una portata particolarmente ampia. In particolare, come già detto, sono suscettibili di assumere rilievo anche condotte che, pur non giungendo ad integrare una fattispecie di reato, qualora continue o reiterate sono suscettibili di dimostrare la conduzione da parte del partito di attività contrarie alle libertà dell'individuo o eversive dell'ordinamento democratico. Il legislatore sembra, infatti, tipizzare una serie di indici dai quali desume la contrarietà all'ordinamento democratico dell'attività svolta dai partiti politici.

Simili limitazioni dei diritti politici sono riconducibili alla c.d. *militant democracy*, ossia a quella ricostruzione secondo cui la democrazia ha bisogno di misure limitative al fine di garantire la sua stessa sopravvivenza. Adottando tale ricostruzione il problema diviene, però, quello di individuare sino a che punto queste misure siano legittime.

Al fine di fornire una risposta a tale quesito è possibile far riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, la quale nel valutare il rispetto della Convenzione da parte di simili misure, da un lato, è solita tenere conto del margine di apprezzamento nazionale e, dall'altro lato, vaglia le fattispecie *de quibus* alla luce del criterio di proporzionalità e del *pressing social need*. Ulteriori criteri valutativi relativi alle finalità che legittimano simili limitazioni sono riscontrabili all'art. 11, c. II, CEDU.

5. CONCLUSIONI

Dalla ricostruzione svolta è possibile desumere come sussistano innumerevoli punti di contatto tra l'ordinamento penale e la disciplina della partecipazione politica e, in particolare, come l'aver riportato sentenza penale di condanna possa essere considerato quale presupposto al fine di limitare la titolarità e l'esercizio dei diritti politici. La disamina svolta ha consentito di evidenziare come in relazione alle limitazioni incidenti sul diritto di elettorato attivo sia in atto un'evoluzione normativa, almeno nei Paesi europei, che sembra procedere verso l'abolizione di qualsiasi forma di automatismo tra condanna penale e perdita del voto e, progressivamente, verso l'abrogazione di simili misure. Tale evoluzione appare sostenuta dalla valorizzazione della finalità rieducativa della pena.

In relazione alle restrizioni del diritto di elettorato passivo discendenti da sentenza penale, la ricostruzione svolta ha posto in rilievo come sia nell'ordinamento italiano che in quello spagnolo si sia delineato un regime di doppio binario: da un lato, sono riscontrabili limitazioni discendenti da pene accessorie, misure di sicurezza e misure di prevenzione e, dall'altro lato, vi sono fattispecie in cui la sentenza penale viene in rilievo quale elemento che determina un mero requisito ostativo all'eleggibilità. Inoltre, la ricostruzione normativa ha posto in evidenza come in questo settore sia stato significativo l'impatto della legislazione di emergenza, adottata in Italia al fine di contrastare il fenomeno delle infiltrazioni mafiose nel tessuto politico ed in Spagna allo scopo di combattere fenomeni di terrorismo interno. In entrambi i casi si tratta di normative che hanno comportato deroghe ai principi garantisti. Su tale profilo occorre riporre particolare attenzione in quanto tanto il diritto di voto quanto il

diritto di elettorato passivo costituiscono diritti fondamentali le cui limitazioni devono trovare giustificazione in situazioni giuridiche altrettanto meritevoli di tutela. Nel caso di specie le restrizioni troverebbero la propria giustificazione nella finalità di tutelare il buon andamento della Pubblica Amministrazione, l'onorabilità dei rappresentanti e, in definitiva, la stessa vigenza dell'ordinamento democratico, finalità di tutela che appaiono ancora più evidenti se si considera la disciplina spagnola relativa all'ordine giudiziale di scioglimento dei partiti politici. Si tratta, come già detto, di fattispecie riconducibili alla *militant democracy*, ossia di limitazioni apportate ai diritti politici al fine di garantire la democrazia stessa. Occorre, però, fare attenzione in quanto le limitazioni adottate sulla base di tale finalità necessitano sempre di essere sostenute da un rigido impiego dei canoni di proporzionalità, adeguatezza e necessità, giacché qualora fossero disancorate da tali parametri la finalità di tutelare la democrazia rischierebbe di divenire una giustificazione solo formale.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ABAJO QUINTANA, J. J.; BESTREIRO RIVAS, J., (1997), «Las inelegibilidades y las incompatibilidades en los distintos procesos electorales», in *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el Régimen Electoral*, Madrid: Congreso de los Diputados, 85.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2002), «Lealtad constitucional y partidos políticos», in *Teoría y realidad constitucional*, n. 10, 445.
- ARNALDO ALCUBILLA, E.; DELGADO IRIBARREN, M. (2019), *Código Electoral*, IX ed., Madrid: Wolters Kluwer.
- BEHAN, C. (2014), *Citizen convicts. Prisoners, politics and the vote*, Manchester – New York: Manchester University Press.
- BERNAL VALLS, J. (1999), «Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal», en *Revista General de Derecho*, n. 652-653, 13.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (2004), *La nueva ley de partidos y la defensa del Estado*, in *La defensa del estado*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2006), «Penas privativas de derechos», in *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, a cura di L. Gracia Martín, Valencia: Tirant Lo Blanch, 137.
- CORCUERA ATIENZA, J., TAJADURA J., VIRGALA FORURIA, E. (2008), *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid: Dykinson.
- CRUTCHFIELD, R. (2007), «Abandon Criminal Disenfranchisement Policies», in *Journal of Criminology and Public Policy*, 6, 707.

- ENTRENA CUESTA, R. (1986), «Art. 6», in *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, a cura di L. M. Cazorla Prieto, Madrid: Civitas Ediciones, 74.
- EWALD, A. (2009), *Criminal disenfranchisement in an International perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A. (1989), «Art. 70: causas de inelegibilidad e incompatibilidad», in *Comentario a las leyes políticas. Constitución Española 1978*, a cura di O. Alzaga Villaamil, Madrid: Edersa, 231.
- FURLANI, S. (1964), «Elettorato attivo», in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Utet, Torino, 444.
- GARCÍA ROCA, J. (1999), *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona: Aranzadi.
- GARCÍA SORIANO, M. V. (2000), *Jueces y magistrados en el proceso electoral*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GROTTANELLI DE SANTI, G. (1992), «Sulla pretesa retroattività delle leggi nn. 15 e 16 in tema di elettorato attivo e passivo», in *Giur. cost.*, 2445.
- GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. (2012), *Las penas privativas de derechos políticos o profesionales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J. (1999), «Las penas privativas de derechos», in *Revista del Poder Judicial*, 53, 127.
- LUPO, N.; RIVOSECCHI, G. (2008), *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, in *La legislazione elettorale italiana*, a cura di R. D'Alimonte – C. Fusaro, Bologna: Il Mulino, 259.
- KEYSSAR, A. (2000), *The right to vote. The contested history of democracy in the United States*, New York: Basic Books.
- MANZA, J.; UGGEN, C. (2006), *Locked Out: Felon Disenfranchisement and american democracy*, New York: Oxford University Press.
- MARCHESE, C. (2013), «Incandidabilità: verso una disciplina organica?», in *Rass. parl.*, III, 521.
- (2016a), *I diritti politici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rappresentanza e globalizzazione*, a cura di C. Bassu e G. G. Carboni, Torino: Giappichelli, 185.
- (2016b), «Legge Severino: la Corte si pronuncia...e resta nel solco dei suoi passi», in *Forum Quad. cost.*
- MASFERRER DOMINGO, A. (2009), *La inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública en la tradición penal europea y anglosajona. Especial consideración al Derecho francés, alemán, español, inglés y norteamericano*, Madrid: Ministerio del Interior.
- PACE, A. (1994), «Legittime le leggi retroattive in materia elettorale?!», in *Giur. cost.*, I, 1007.
- PALMA, G. (1965), «Elettorato e liste elettorali», in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 672.

- PITRUZZELLA, G. (1989), «Elezioni, II, Elezioni politiche: elettorato», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
- PRESNO LINERA, M. A. (2003), *El derecho de voto*, Madrid: Tecnos.
- PRETI, L. (1957), *Diritto elettorale politico*, Milano: Giuffrè.
- PULIDO QUECEDO, M. (1992), *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Pamplona: Civitas.
- RIVOSECCHI, G. (2011), «Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento», in *rivistaaic.it*, 3.
- ROCA AGAPITO, L. (2007), *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Barcelona, Jose María Bosch Editor, 208.
- SERRANO BUSTRAGUEÑO, J. (2018), «Sección 3°. De las penas privativas de derechos», in *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, a cura di A. Del Moral García, Granada: Comares.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. (1998), «Artículo 70. Las inelegibilidades e incompatibilidades de los Diputados y Senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso y al Senado», in *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, a cura di O. Alzaga Villaamil, Edersa, Madrid, vol. VI, 281.
- VÍRGALA FORURIA, E. (2002), *Los partidos políticos ilícitos tras la L. O. 6/2002*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 10, 203
- VOLPE, G. (1989), «Diritti politici», in *Enc. giur. Treccani*, XI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma.

PARTE 3

SISTEMAS Y DERECHOS ELECTORALES

LA LEGISLAZIONE ELETTORALE NELLE COSTITUENTI SPAGNOLA E ITALIANA

MARCO CECILI*
Università di Roma Tor Vergata

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il caso spagnolo: una recente costituzionalizzazione del principio proporzionale. 3. Il dibattito in Italia. 4. Brevi conclusioni. 5. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

In Europa¹, la stabilità dei sistemi elettorali è un valore diffusamente tutelato in forma diretta da norme costituzionali di principio o, in loro assenza, dal vasto consenso politico che si coagula attorno a regole considerate fondamentali per garantire il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche.

Il patrimonio elettorale europeo può essere riassunto in alcuni principi fondamentali che, secondo il *Codice di buona condotta in materia elettorale* elaborato dalla Commissione di Venezia nell'ambito del Consiglio d'Europa,

* Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico.

¹ Nell'intero lavoro l'esame dei sistemi elettorali è circoscritto – salva diversa indicazione – alla Camera bassa nel caso in cui sia presente un Parlamento bicamerale.

consistono nel suffragio universale, libero, eguale, segreto e diretto². Al fine di rendere effettivi tali principi, tuttavia, la Commissione di Venezia ha identificato anche le condizioni necessarie per la loro attuazione, in particolare attraverso la garanzia della stabilità del sistema elettorale, considerata cruciale per la credibilità dell'intero procedimento elettorale³. In questa prospettiva, devono essere garantiti non soltanto i principi di fondo, che difficilmente potrebbero essere messi direttamente in discussione, ma soprattutto alcuni aspetti specifici, come il sistema elettorale propriamente detto, la composizione delle commissioni elettorali e la suddivisione delle circoscrizioni. Per raggiungere tale scopo la Commissione di Venezia suggerisce di costituzionalizzare tali norme o, comunque, di conferire loro una posizione gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria; in alternativa all'irrigidimento delle fonti normative si suggerisce anche un peculiare meccanismo di salvaguardia, secondo cui in caso di riforma della legge elettorale, le nuove norme entreranno in vigore solo dopo il primo rinnovo del Parlamento, perlomeno nel caso in cui le elezioni si tengano nell'anno successivo alla riforma⁴.

Se si prendono in esame le Costituzioni dei 3 ventotto Paesi dell'Unione europea e le Costituzioni delle tre democrazie europee consolidate ad essa estranee (Svizzera, Norvegia e Islanda) si può facilmente verificare che su un totale di trentuno testi costituzionali⁵ ben venti accolgono la costituzionalizzazione del sistema elettorale⁶; mentre altre dieci Costituzioni si affiancano alla Costituzione italiana e non contengono alcuna indicazione in merito alle caratteristiche fondamentali del sistema elettorale⁷.

² *Codice di buona condotta in materia elettorale*, Linee guida, n. I, «I cinque principi del patrimonio elettorale europeo sono il suffragio universale, eguale, libero, segreto e diretto. Inoltre, le elezioni devono essere periodiche».

³ TRUCCO, 2011, 25, sottolinea il rischio di tentazioni «irresistibili» per le forze politiche di maggioranza di modificare le regole elettorali a proprio vantaggio.

⁴ Sul principio della stabilità delle leggi elettorali si veda, con riferimento alla legge italiana del 2005, CAPORILLI, 2005.

⁵ È simile il risultato della comparazione condotta da TRUCCO, 2011, 516 che prende in considerazione anche la Costituzione ungherese del 1949 ora abrogata che, pur non costituzionalizzando il sistema elettorale, garantisce, al pari della Costituzione vigente, l'approvazione della legge elettorale da parte di una maggioranza dei due terzi.

⁶ Si tratta delle Costituzioni di Austria (art. 26); Belgio (art. 62); Danimarca (art. 31); Estonia (art. 60); Finlandia (art. 25); Irlanda (art. 16.5); Islanda (art. 31); Lettonia (art. 6); Lussemburgo (art. 51); Malta (art. 56); Norvegia (art. 59); Paesi bassi (art. 53); Polonia (art. 96); Portogallo (art. 113); Repubblica ceca (art. 18); Slovenia (art. 80); Spagna (art. 68); Svezia (art. 1 del Cap. III dello Strumento di Governo); Svizzera (art. 149). A questi si aggiunge il Regno Unito dove il sistema elettorale è di fatto parte integrante della Costituzione.

⁷ Si tratta delle Costituzioni di Bulgaria, Cipro, Francia, Germania, Grecia, Lituania, Romania, Slovacchia, Ungheria e Croazia.

2. IL CASO SPAGNOLO: UNA RECENTE COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL PRINCIPIO PROPORZIONALE

Una rilevante peculiarità dell'assetto normativo afferente alla regolamentazione del sistema elettorale spagnolo risiede nel grado di incidenza – tutt'altro che marginale – che, rispetto alla relativa configurazione, esercita la fonte costituzionale. In Spagna è la Costituzione stessa a occuparsi, prima di qualunque altra fonte, della disciplina della materia elettorale, fissando nel suo testo alcuni presupposti diretti a condizionare inevitabilmente le scelte di dettaglio del legislatore, limitando, con ciò, il suo margine di discrezionalità e vincolandolo al rispetto di alcune inderogabili esigenze. Infatti, la scelta per cui, all'esito di un *iter* costituente piuttosto travagliato, le forze politiche impegnate nella stesura del nuovo testo costituzionale optarono, fu quella di procedere alla costituzionalizzazione dei sistemi di elezione delle *Cortes generales*, consacrandone all'interno della norma suprema dell'ordinamento alcuni aspetti di fondo che il legislatore ordinario non avrebbe potuto, di conseguenza, modificare. Per quanto specificamente attiene alla composizione del Congresso dei Deputati (*Congreso de los Diputados*), sono quattro gli elementi cardine che l'art. 68 Cost. individua al fine di condizionare l'espletamento dell'attività di legislazione elettorale⁸.

Al suo comma primo l'articolo in questione prescrive, anzitutto, che la camera di rappresentanza popolare del sistema bicamerale spagnolo si componga di un numero di membri compreso tra un minimo di trecento e un massimo di quattrocento deputati, con ciò precludendo al legislatore la possibilità di allestire una camera bassa articolata in un numero di seggi eccedente rispetto ai valori riportati nella forbice.

Il comma secondo della medesima disposizione sottopone l'attività del legislatore ordinario a due ulteriori limitazioni, stabilendo, anzitutto, una con-

⁸ «El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley.

La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población.

La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.

El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España.

Las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones».

nessione – *rectius*, una identificazione – tra le circoscrizioni elettorali e la Provincia, per giungere, in seconda battuta, a disporre che a ciascuna di queste venga assegnata una rappresentanza minima paritaria, e rimettendo la ripartizione dei seggi restanti a operazioni successive che provvedano a distribuirli in maniera proporzionale rispetto alla popolazione di ognuna⁹.

Al terzo comma dell'art. 68 Cost. si rinviene, infine, l'ultimo elemento attraverso il quale i costituenti hanno voluto condizionare le modalità di designazione dei deputati, prevedendo che la loro elezione abbia luogo, nell'ambito di ogni circoscrizione, secondo criteri di rappresentanza proporzionale¹⁰.

In relazione alla disciplina che la Costituzione predispose in ordine all'elezione del Congresso dei Deputati, il richiamo esplicito e, dunque, formale al principio proporzionale va necessariamente contemperato con le previsioni che danno corpo agli altri tre «punti-chiave» della disciplina medesima, i quali incidono in modo assolutamente rilevante sulla sua implementazione effettiva. C'è da tenere presente, infatti, che «la rappresentanza proporzionale non è sufficiente se non è accompagnata da altre variabili che garantiscano il suo corretto funzionamento, quali sono, essenzialmente, una determinata dimensione delle circoscrizioni e un numero relativamente elevato di seggi da assegnare in ciascuna di esse. [Infatti,] [...] la rappresentanza proporzionale è direttamente proporzionale al numero dei seggi da assegnare e inversamente proporzionale al numero delle circoscrizioni, in virtù del fatto che gli effetti richiesti da questo sistema sono maggiori quanto maggiore è il numero dei deputati da eleggere e decrescono nella misura in cui è maggiore il numero delle circoscrizioni» (Perez-Serrano Jauregui, 1989, 123-124).

A tale proposito va anzitutto precisato che, secondo l'opinione maggioritaria, con l'espressione testuale «*critérios de representación proporcional*» i costituenti spagnoli non avrebbero inteso richiamare il principio proporzionale solo nella sua qualità di estensione del principio democratico, ma avrebbero, invece, voluto meramente esprimere e, dunque, sancire a livello costituzionale la predilezione per un meccanismo specifico di traduzione dei voti in seggi. In effetti – e nonostante il pluralismo politico venga prospettato dalla Costituzio-

⁹ Con l'eccezione dei distretti di Ceuta e Melilla, rispetto alle cui popolazioni il medesimo comma dispone che vengano rappresentate ciascuna da un solo deputato.

¹⁰ Il principio proporzionale è costituzionalizzato anche con riferimento all'elezione degli organi rappresentativi delle Comunità autonome. Il primo periodo dell'art. 152, c. 1°, CE. stabilisce, infatti, che «Negli Statuti approvati attraverso il procedimento cui si riferisce l'articolo precedente, l'organizzazione istituzionale autonoma si baserà su una Assemblea Legislativa, eletta a suffragio universale, in conformità a un sistema di rappresentanza proporzionale che garantisca, inoltre, la rappresentanza delle varie zone del territorio».

ne stessa nei termini di un *valor superior* dell'ordinamento giuridico¹¹ – l'interpretazione che, del riferimento in questione, è stata diffusamente accolta non vi ha letto la volontà dei costituenti di assicurare l'instaurazione di un parlamentarismo compromissorio, quale esito della realizzazione di una rappresentanza democratica che fosse di necessità massimamente inclusiva (Vallés, 1986, 24 ss.). In vero, laddove il richiamo alla *representación proporcional* venisse interpretato secondo tale accezione, non potrebbe non riscontrarsi l'esistenza di un evidente discostamento fra il modello prefigurato dalla prescrizione costituzionale e la realtà dei fatti: una realtà, questa, che – come si osserverà – si caratterizza per la presenza di procedimenti elettorali che, di fatto, favoriscono una rappresentazione semplificata della pluralità delle istanze che trovano espressione in seno alla comunità.

Ad avvalorare la tesi secondo la quale il richiamo costituzionale alla proporzionalità non si imporrebbe – informandoli – agli effetti prodotti dal sistema elettorale provvedono proprio i tre punti-chiave succitati, il cui inserimento in Costituzione ha fatto in modo che, con riferimento al medesimo, potesse e possa tuttora parlarsi di un sistema proporzionale *fortemente corretto*¹².

In primo luogo, attraverso l'allestimento di una camera che è composta da un numero di parlamentari piuttosto ridotto, il costituente ha voluto senz'altro correggere la proporzionalità del sistema, limitando in maniera intuitiva l'accesso alla rappresentanza. Correlativamente, l'individuazione di un alto numero di circoscrizioni contribuisce, a sua volta, a ridimensionare in via ulteriore la probabilità che il sistema produca degli effetti di rappresentanza proporzionale, essendo un «legge sicura» dei meccanismi elettorali quella per cui «tanto più alto è il numero delle circoscrizioni [...], tanto più ridotto è il potenziale di proporzionalità» (Caciagli, 1982, 509-510). Rispetto all'ultima variabile considerata e disciplinata dal legislatore costituente spagnolo, infine, è piuttosto agevole riscontrare quanto la garanzia di una rappresentanza minima

¹¹ Art. 1, comma 1, CE: «La Spagna si costituisce come Stato sociale e democratico di Diritto che propugna come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'eguaglianza e il pluralismo politico».

¹² CACIAGLI, 1994,130, «Le interpretazioni espresse intorno a questo precetto, in una prospettiva giuridica, sono state molteplici e diverse, come del resto non poteva non essere. Ciononostante, la spiegazione più accreditata, e a sua volta rispettosa della interpretazione letterale del testo costituzionale, probabilmente è quella proposta da Montero e Vallés in un recente scritto sulla riforma elettorale. Secondo tali autori, a fronte di altri tentativi dottrinali per salvare la proporzionalità globale del sistema elettorale risultante dalla congiunzione degli elementi citati, l'art. 68 suindicato non costituzionalizza tanto un principio di rappresentanza proporzionale quanto una determinata formula elettorale. Di conseguenza, secondo questa interpretazione, il testo costituzionale è soddisfatto con la istituzione di una qualsiasi fra le formule elettorali presenti nel panorama dottrinale, senza preoccuparsi se i risultati pratici della applicazione di questa siano più vicini ai sistemi elettorali propri del principio maggioritario». Si veda anche AGUIAR DE LUQUE, 1995,369; MONTERO E VALLÉS, 1992.

iniziale a ciascuna delle circoscrizioni elettorali possa produrre degli evidenti effetti di disparità tra le medesime, favorendo la sovra-rappresentazione di quelle più piccole e la corrispondente sotto-rappresentazione di quelle più grandi.

Come è stato detto, «aver deciso di inserire i criteri fondamentali di un sistema elettorale nella costituzione ed aver adottato quei criteri invece che altri è stata una fondamentale scelta politica, come tale oggetto di uno scontro e parto di una contrattazione che hanno conosciuto fasi molto difficili» (Caciagli, 1982, 502). Ciononostante, e in particolare a dispetto delle profonde diversità di veduta propugnate dai vari schieramenti politici partecipi al processo costituente¹³, lungi dall'esser risultata foriera di un qualche apporto creativo o innovatore, la decisione adottata all'esito di quel processo finì per convalidare – attribuendogli peraltro dignità costituzionale – lo stato dei fatti allora esistente, recependo la disciplina elettorale¹⁴ predisposta, nel rispetto della legalità franchista, dal governo di Adolfo Suárez¹⁵ al fine di regolare le modalità di composizione delle medesime *Cortes* costituenti¹⁶, istituzioni centrali della sua opera di «rottura patteggiata» (Prieto, 1977, 23 ss.).

La transizione dall'autoritarismo alla democrazia che la Spagna conobbe a partire dalla morte del Generale Franco, infatti, «non si produsse» – come è stato osservato – «attraverso un processo di auto trasformazione del regime, né attraverso una rottura frontale radicale. Si trattò del prodotto di una serie di negoziati e patti tra vari attori politici finalizzati, attraverso un processo riformista, a raggiungere l'obiettivo del cambio di regime» (Aguilera De Prat, 2001, 40).

Animato dall'intenzione di conciliare la soddisfazione delle nuove istanze di rappresentatività – implicata dalla necessità di riconoscere e dare garanzia al principio del pluralismo politico – con delle (in ogni caso) imprescindibili esigenze di governabilità, in relazione alle modalità di elezione del

¹³ Ostili all'opera di costituzionalizzazione del sistema elettorale per il Congresso dei Deputati – perché proporzionale – erano gli esponenti di AP (*Alianza Popular*), i quali nutrivano una decisa predilezione per il maggioritario, molto più confacente alla loro strategia politica; pure una buona sezione dell'UCD (*Unión de Centro Democrático*), d'altra parte, si era inizialmente dichiarata contraria all'idea di costituzionalizzare il sistema elettorale del Congresso, avendo, di seguito, mutato la propria posizione al fine di preservare la politica consensuale avviata con i partiti di sinistra e con quelli nazionalisti. PSOE (*Partido Socialista Obrero Español*), PCE (*Partido Comunista de España*), PNV (*Partido Nacionalista Vasco*), PDC (*Pacto Democrático por Cataluña*) e i diversi indipendenti di sinistra, infatti, si erano mostrati, sin dal principio, favorevoli alla consacrazione costituzionale del sistema proporzionale.

¹⁴ Disciplina contenuta nella *Ley para la reforma política* n. 1 del 4 gennaio 1977 e nel *Real Decreto Ley* n. 20 del 18 marzo 1977.

¹⁵ Re Juan Carlos nominò Adolfo Suárez capo del Governo il 3 luglio 1976, dopo aver imposto ad Arias Navarro l'obbligo di dimettersi.

¹⁶ Le cui elezioni – le prime libere dopo quarant'anni di dittatura – si svolsero il 15 giugno 1977.

Congresso dei Deputati il Governo Suárez optò per l'allestimento di un sistema elettorale proporzionale, aggiustandolo, però, attraverso l'introduzione di alcuni correttivi che gli avrebbero permesso di produrre, nella sostanza, gli effetti tipici di un sistema maggioritario.

I contrasti che animarono i dibattiti sul punto nel corso dell'*iter* costituente non riuscirono a essere superati se non attraverso l'accettazione, da parte delle diverse forze politiche coinvolte, dell'accordo generale concluso tra UCD¹⁷ e PSOE¹⁸, il quale accordo si proponeva sostanzialmente di recepire e di trasfondere nel testo costituzionale i principi sui quali aveva tratto il proprio fondamento la disciplina elettorale del 1977¹⁹. Con la volontà di proseguire, e auspicatamente di completare, il processo di transizione democratica in un'ottica di compromesso, equilibrio e prudenza, i legislatori costituenti optarono finalmente per la costituzionalizzazione di un sistema elettorale che aveva già dato buona prova di sé; un sistema, come si è visto, formalmente proporzionale ma produttivo di effetti maggioritari, il quale avrebbe contribuito, per il tramite della relativa consacrazione costituzionale, ad allontanare la minaccia del ritorno all'autoritarismo e tuttavia pure ad assicurare la governabilità a un sistema in crisi.

Con lo sfondo del quadro costituzionale che si è sommariamente illustrato, il legislatore spagnolo, nell'espletamento del compito assegnatogli dalla Costituzione medesima, ha provveduto ad assemblare la disciplina elettorale di dettaglio soltanto sette anni dopo l'entrata in vigore della legge fondamentale, attraverso l'approvazione della *Ley Orgánica 5/1985 de 19 de Junio, del Régimen Electoral General*²⁰.

La formula utilizzata nel richiamarsi al principio proporzionale è infatti una formula volutamente raffreddata, cosicché quel principio ne esce depotenziato già in termini lessicali. L'art. 68, al comma 3, afferma infatti che il sistema deve essere orientato al rispetto dei criteri di proporzionalità (*atendiendo a*

¹⁷ Il partito di governo.

¹⁸ Il principale partito di opposizione.

¹⁹ Infatti, «Come quasi tutti i sistemi elettorali, anche quello della Spagna postfranchista è nato da un compromesso fra i maggiori attori politici nella fase di transizione da un regime politico all'altro. Il compromesso fu però governato e imposto dalla «coalizione dominante» che era uscita dal ventre del regime. I rapporti di forza e il contesto della transizione, avvenuta secondo una *reforma pactada* e non secondo la *ruptura* che le forze antifranchiste avevano reclamato ma che non erano riuscite ad ottenere, consentirono al partito di governo, la Unión de Centro Democrático (UCD), composto in gran parte da esponenti del franchismo, di far accettare ai partiti dell'opposizione, in sede di elaborazione della Costituzione, lo stesso sistema con il quale erano state elette le prime *Cortes* democratiche nel giugno 1977». (Caciagli, 1994, 131).

²⁰ D'ora in poi LOREG. L'adozione della nuova legge elettorale avvenne soltanto nel 1985 perché solo allora fu possibile rinvenire, in seno al Congresso, la presenza di una chiara maggioranza (socialista), la quale, invece, mancò nel corso della prima legislatura post-costituente.

criterios de representación proporcional) nonostante il costituente abbia mostrato di saper utilizzare, quando voluto, formule decisamente più incisive. Un referente evidentemente più impegnativo dello stesso principio si ritrova, d'altronde, solo poco più in là nello stesso testo, all'art. 152 CE, laddove si stabilisce, con riferimento alle elezioni delle Assemblee Legislative delle Comunità Autonome²¹, che le stesse debbano avvenire secondo un sistema di rappresentanza proporzionale (*con arreglo a un sistema de representación proporcional*) (Pauciullo, 2007, 348 ss.).

Alla distribuzione dei seggi accedono solo le liste che superino la soglia di sbarramento stabilita al 3%, anch'essa operante a livello circoscrizionale. Si tratta in realtà di una soglia di sbarramento di chiusura e per lo più fittizia, dal momento che agisce solo nelle due grandi circoscrizioni di Madrid e Barcellona. La soglia di sbarramento reale è superiore al 10% in quasi tutte le altre circoscrizioni, ed in quelle più piccole tocca, e talvolta supera, il 20%. Nei collegi di Ceuta e Melilla (in cui si assegna 1 deputato) l'elezione del candidato si svolge in termini evidentemente maggioritari.

Gli effetti disproporzionali del sistema mitigano la propria influenza nei confronti di quei partiti che, coniugando un bacino elettorale ristretto con una forte capacità rappresentativa territoriale, riescono a sfruttare i pur stretti spazi di pluralismo concessi dai pochi seggi su cui si gioca la competizione elettorale.

Il bipartitismo dunque, certamente garantito per anni da una legge elettorale che a ciò era particolarmente predisposta, è stato il risultato di un insieme di fattori legati solo in parte al modello elettorale, che comunque non è capace di determinarli in autonomia. E tutto ciò è ora palese ed evidente, tanto da aver aperto un dibattito sulla sua riformabilità, proprio in ragione di degenerazioni di segno opposto.

In questo senso si può sostenere, in ultima analisi, che il sistema spagnolo è un sistema capace, in condizioni ordinarie, di garantire la maggioranza assoluta dei seggi a chi ha la maggioranza (comunque consistente, pur se non assoluta) dei voti, senza autorizzare un premio di maggioranza e senza sacrificare sensibilmente le ragioni delle minoranze e, soprattutto, garantendo un

²¹ Art. 152, comma 1, CE: «En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquella. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea».

accesso ampio al Congresso, specialmente in sede regionale (Caciagli, 1994, 142 ss.).

Soprattutto la distorsione bipolare (oggi peraltro in *stand by*), non impedisce che siano numerose le realtà politiche rappresentate al Congresso, anche se molte di queste dispongono di un numero esiguo di seggi. Si può quindi imputare alla fretta di fornire una valutazione, avendone potuto studiare solo gli effetti nel breve periodo, l'errore di aver voluto derivare da alcune caratteristiche proprie del sistema elettorale spagnolo, gli indici di appartenenza al modello dei sistemi sostanzialmente maggioritari.

3. IN DIBATTITO IN ITALIA

Nell'Assemblea costituente italiana una questione centrale fu quella relativa ai sistemi elettorali per le due Camere. Si registrò un consenso di fondo a non attribuire alla carta costituzionale una valenza prescrittiva in merito alle tecniche di traduzione dei voti in seggi. Il dibattito è stato particolarmente interessante. Durante la discussione relativa al sistema elettorale per la Camera dei deputati, Mortati, da proporzionalista convinto, sostenne che il sistema elettorale non è un elemento di contorno e non è una scelta che risulti influente. Sulla stessa lunghezza si posero i repubblicani, che attraverso Zuccarini, affermarono l'imprescindibilità della proporzionale per una «vera democrazia», mentre Ruini la riterrà «logica e inevitabile», a fronte della presenza dei partiti di massa nella gestione della vita pubblica. Ovviamente risultavano contrari i liberali. Nonostante questo quadro ci si orientò a non costituzionalizzare la proporzionale, sostenendo l'inopportunità di legare possibili opzioni politiche future alla messa in discussione di tutta la Costituzione²². Questa scelta condiziona anche la normativa costituzionale sul Senato. Al momento di decidere sulla costituzionalizzazione del sistema elettorale (questa volta uninominale), si preferì il rinvio alla legge ordinaria, ribadendo il vincolo di un sistema elettorale a suffragio universale.

Un primo progetto di legge elettorale venne presentato da Scelba all'Assemblea Costituente il 10 maggio 1947. Si rilanciò di nuovo il problema del collegamento parlamento-governo e quello della ricaduta che il sistema elettorale ha sulla governabilità dello stato, dimostrandosi dunque aperti anche a soluzioni tecniche di mediazione che demitizzavano il ruolo del sistema elettorale all'interno del sistema politico.

²² Opzione sostenuta da Perassi.

Il modello di legge proposto dal governo partiva sostanzialmente dal d.d.l. 74/1946, che aveva regolato le elezioni per l'Assemblea Costituente. In realtà il governo, pur mantenendo la griglia già sperimentata, introdusse significative modifiche: l'aumento del numero delle preferenze, il ridimensionamento dei collegi, l'abolizione del collegio unico regionale e il trasferimento dei resti su collegi regionali, al cui riparto partecipavano solo le liste che avessero conquistato almeno un quoziente all'interno della regione²³. Il profilarsi di uno scontro con i partiti minori indusse il governo al ritiro del progetto e alla presentazione di un nuovo disegno di legge più vicino al modello del d.d.l. 74/1946. Il garantismo ministeriale per la sopravvivenza dei partiti intermedi era indubbiamente rafforzato dalla crisi di governo che si profilava all'orizzonte, dopo la rottura del tripartito. Di fronte a questo progetto²⁴ l'unico dibattito che si registrò, fu ancora una volta sul problema del collegio unico nazionale e del riparto dei resti²⁵. Qui non si tratta più di *tecnalities*, ma dell'ultimo tentativo di non trasfondere all'interno dell'impianto parlamentare la logica della politica organizzata per partiti²⁶.

Il criterio di formazione del Senato appare fin dai dibattiti preparatori molto più complesso. Se non c'erano dubbi circa la natura politica della rappresentanza della Camera dei deputati, rispetto alla Camera alta i partiti proposero ipotesi molto più eterogenee. La Democrazia cristiana riteneva che attribuendo al Senato la valenza di rappresentanza per organi, si potesse realizzare all'interno di questa camera una felice sintesi tra professioni ed interessi. Vicino a questa posizione si collocava la Democrazia del lavoro (Bonomi, Ruini, Nitti), che nel binomio economia-cultura riteneva di aver individuato il principio informatore del Senato. Nel mondo liberale prevalse, invece, l'idea di una rappresentanza di origine territoriale, che passasse attraverso i corpi decentrati dello stato. Questa idea non era lontana neppure dal mondo azionista. Le sinistre, che privilegiavano a livello ideologico una organizzazione monocamerale, avanzarono la richiesta di due camere *fotocopia*. I socialisti e parte degli azionisti, tuttavia, erano disposti anche ad una camera tecnica, purché priva del rapporto di fiducia (Aimo, 1977, 79-109). Quando queste diverse posizioni dovevano essere portate ad unità nel dibattito costituente, l'operazione si fece rischiosa. Il tentativo di Lussu di far passare, nel disorientamento gene-

²³ Si stabiliva un numero massimo di 4 preferenze nelle circoscrizioni con *Magnitudo* superiore a 15.

²⁴ Prima del dibattito in aula, il nuovo progetto viene discusso da un'ulteriore commissione.

²⁵ A questo riguardo va segnalato che nell'ultima versione della legge elettorale si stabilisce di aumentare in tutte le circoscrizioni di tre unità il divisore, per abbassare il livello del quoziente elettorale ed aumentare quindi la distribuzione dei seggi all'interno delle circoscrizioni territoriali.

²⁶ Di fronte alle intemperanze liberali, Piccioni disse: «Alla personalitocrazia io preferisco sempre la partitocrazia», cfr. Assemblea Costituente, tornata del 20 dicembre 1947, 3491.

rale, l'affermazione di principio: «La seconda Camera è la Camera delle Regioni»²⁷, venne abilmente aggirato dal democristiano Tosato, che corresse il tiro facendo approvare la formula secondo la quale la «seconda Camera è eletta su base regionale»²⁸. Questo significa che già delle originarie istanze autonomistiche, può rimanere in gioco anche solo il collegio elettorale allargato, concepito come mero contenitore territoriale di voti. È ancora la DC che, per bocca di Mortati, a cercare una sintesi che contemperi l'esigenza di collegi professionali con quella dell'elezione diretta, proponendo, ferma restando l'acquisita circoscrizione regionale, di demandare metà degli *eligendi* al suffragio diretto e metà a collegi formati su base professionale. Le critiche a questa proposta giunsero prontamente da destra, dove Einaudi evidenziò come la circoscrizione territoriale allargata alla regione non introduceva elementi di differenziazione tra Camera e Senato, mentre Patricolo sottolineò di sentire nella proposta di collegi professionali «nostalgia della Camera Corporativa»²⁹.

Il limite che penalizzava l'idea della DC di una Camera delle professioni era, a dire il vero, noto agli stessi democristiani. Fu, infatti, Mortati ad affermare: «La verità è che contro il principio della rappresentanza organica agiscono delle prevenzioni alimentate dal ricordo del passato e fors'anche dalla dizione stessa che spesso si usa per indicare tale tipo di rappresentanza. L'espressione di «rappresentanza degli interessi» suscita dell'avversione»³⁰.

È evidente che la Democrazia cristiana, che aveva ottenuto da destra un appoggio sul collegio territoriale, trovasse ora difficoltà sul tema professionale, su cui questa parte politica non era disponibile a convergere. D'altro canto, aprire a sinistrasignificava rivedere la linea prescelta sul criterio di formazione della seconda Camera.

A sinistra, infatti, su proposta del comunista Grieco, venne presentato un ordine del giorno che, accettando la base regionale e cambiando i parametri di rapporto per la definizione del numero dei senatori, in realtà ipotizzava l'idea del *Senato-fotocopia*³¹.

²⁷ Assemblea Costituente, Seconda sottocommissione, tornata del 26 settembre 1946, 290.

²⁸ *Ivi*, 293.

²⁹ Assemblea Costituente, Seconda sottocommissione, tornata del 27 settembre 1946, 302.

³⁰ Assemblea Costituente, Seconda sottocommissione, tornata del 28 settembre 1946, 308.

³¹ «La seconda Sottocommissione decide: 1) i deputati della seconda Camera sono eletti a suffragio universale, diretto, uguale e segreto; 2) sono eleggibili a membri della seconda Camera tutti i cittadini che abbiano compiuto il 30° anno di età e che rispondano alle condizioni di eleggibilità indicate dalla legge elettorale; 3) la votazione ha luogo su base regionale e con lo stesso sistema della prima Camera. I deputati sono eletti in ragione di uno ogni 150,000 abitanti», Assemblea Costituente, Seconda sottocommissione, tornata del 1° ottobre 1946, 314.

Nell'autunno del 1947 si affrontò il problema della seconda Camera nell'adunanza plenaria dell'Assemblea Costituente. Lussu attaccò frontalmente Togliatti, che faceva sponda con i liberali per un ritorno all'uninomiale, ritenendo grave «il fatto che Togliatti – questo illustre, freddo e incorreggibile maestro di errori – abbia dimostrato le sue simpatie per l'istituto del collegio uninominale. Io oso sperare che il collega Togliatti non voglia aggiungere ancora una perla alla sua collana già lunga. Questo collegio uninominale sarebbe il duplicato laico dell'art. 7»³².

Nonostante i tentativi democristiani e repubblicani di spostare l'asse liberali-comunisti, la *vexata questio* dell'elezione del Senato fu risolta da un ordine del giorno Nitti: «L'Assemblea costituente afferma che il Senato sarà eletto con suffragio universale e diretto e col sistema del collegio uninominale»³³, approvato con 190 voti favorevoli e 181 contrari.

La successiva scelta di Terracini di eliminare il riferimento al sistema elettorale dal testo costituzionale, lasciandolo come indicazione per la futura legge elettorale, rappresentava in realtà l'ultimo ristretto spazio di manovra lasciato alle opposizioni³⁴.

La legge elettorale per il Senato viene predisposta dal Governo e presentata all'Assemblea da Scelba l'11 dicembre 1947, con un disegno che cerca di unire il collegio uninominale alla base regionale³⁵.

La tecnica di traduzione dei voti in seggi predisponeva, però un meccanismo di elezione che si allontana sia dal maggioritario secco che da quello a due turni, ricorrendo ad uno stratagemma che richiama in vita il proporzionale: i candidati si presentavano singolarmente nei collegi uninominali e risultavano eletti solo una volta raggiunti almeno il 50%+1 dei voti; i seggi non assegnati con questo metodo venivano invece attribuiti su base regionale ai gruppi di senatori che avevano precedentemente dichiarato un collegamento, avvalendosi di un uguale simbolo di riconoscimento, in forza del sistema del quoziente corretto e dei resti più alti, come nel sistema vigente alla Camera.

La commissione speciale³⁶ nominata all'interno dell'Assemblea Costituente ritenne che il disegno avesse reintrodotta la proporzionale e non avesse ottemperato all'ordine del giorno Nitti. In forza di questo giudizio vennero apportate notevoli modifiche. La maggioranza della commissione riformò il

³² Assemblea Costituente, tornata del 15 settembre 1947, 200.

³³ Assemblea Costituente, tornata del 7 ottobre 1947, 977.

³⁴ Assemblea Costituente, tornata dell'8 ottobre 1947, 1002 e 1003.

³⁵ Assemblea Costituente, tornata dell'11 dicembre 1947, 3040.

³⁶ Presieduta da Micheli. La relazione di maggioranza è redatta da Fausto Gullo (PCI), mentre quella di minoranza da Mortati.

progetto in senso uninominalista, tornando al classico meccanismo dei due turni nel caso nessun candidato avesse raggiunto il 40% dei voti. La minoranza, invece, attraverso le parole di Mortati, cercò di rivalorizzare il progetto ministeriale, sostenendo come tale progetto potesse esaltare la specificità regionale che era andata perduta durante il dibattito assembleare. Le modifiche che Mortati introdusse erano dirette a consentire un collegamento dei senatori indipendentemente dal partito di appartenenza, e a individuare un quoziente regionale senza legami con l'assegnazione dei seggi in prima istanza.

Il dibattito che seguì in assemblea, trovava la destra contraria sia all'originario progetto governativo sia alle correzioni apportate dalla minoranza. Rafforzava questa convinzione la consapevolezza di poter contare sull'appoggio comunista nella lotta per l'uninomiale.

Proprio in aula, invece, si invertirono le parti e i comunisti si trovarono a rivedere la loro posizione sull'uninomiale. I comunisti appoggiarono un ordine del giorno di Dossetti che, rielaborando ulteriormente i correttivi della minoranza, fece scomparire il maggioritario per fare spazio, nei fatti, all'uninomiale. Secondo questo o.d.g. avrebbero dovuto essere eletti col sistema uninomiale solo i candidati che avessero raggiunto una percentuale pari al 65% dei voti espressi, mentre i seggi non attribuiti in prima istanza avrebbero dovuto essere assegnati su un collegio unico regionale, recuperando il modello proporzionale. Su questa proposta i comunisti si trovarono d'accordo. La convergenza di Togliatti sulla proposta Dossetti si legava all'orientamento dell'Assemblea in favore della consolidata posizione che il partito stava ottenendo nella repubblica. Ricordando quei momenti Dossetti commentò: «L'impegno mio nel dibattito sulle modalità d'elezione del Senato era nel senso di far scattare una clausola che impedisse il collegio uninomiale. Il collegio uninomiale mi preoccupava [...] ritenendo che si dovesse perseguire una democrazia più democratica possibile – quindi una democrazia proporzionale» (Dossetti, 1994, 47). Solo 67 seggi sono stati assegnati per il raggiungimento del 65% dei voti dal 1948 al 1992 (prevalentemente in Trentino-Alto Adige).

4. BREVI CONCLUSIONI

Il tema dei limiti al potere del legislatore è quindi fondamentale in un sistema democratico. In genere, le costituzioni liberaldemocratiche prescrivono taluni limiti alla potestà legislativa in materia elettorale (ad esempio i casi di previsione di una specifica formula elettorale, oppure di norme procedurali *ad hoc*). Si devono, però, anche prendere in considerazione gli eventuali mar-

gini d'azione lasciati al legislatore, che possono essere amplissimi. Basti pensare al più rilevante prototipo di positivizzazione di una formula elettorale, quello spagnolo, che dimostra come la previsione di «*criterios de representación proporcional*» da parte della Costituzione (art. 68.3), non ha impedito ampi margini di apprezzamento politico-legislativo in sede di attuazione. La legge elettorale vigente (ley n. 5/1985), mediante la distribuzione dei 350 seggi del *Congreso de los Diputados* in 50 circoscrizioni coincidenti con le province che eleggono in media 6/7 deputati, corregge l'assegnazione proporzionale con un premio di maggioranza occulto, che distorce in maniera rilevante la rappresentanza politica (pari al 16-18% a livello circoscrizionale), e con la presenza di un'elevata soglia di sbarramento implicita.

In Italia, l'instabilità elettorale è stata molto forte, passando da un sistema proporzionale a varie tipologie di «modelli misti». La recente approvazione del *Rosatellum* ha fatto sperare che si fosse giunti ad un periodo di stabilizzazione, ma sembra trattarsi semplicemente di una legge ponte, nell'attesa che venga raggiunto un nuovo equilibrio (Lupo, 2017)³⁷.

L'instabilità elettorale degli ultimi 20 anni deve far riflettere sul tentativo di rinvenire nella Costituzione vincoli sul sistema elettorale. Il più noto è quello di Carlo Lavagna, che nel Suo «*Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*»³⁸ ha affermato l'implicita costituzionalizzazione del principio proporzionale. Lungi dall'apparire superati, dopo quasi sessanta anni dalla «prolusione» di Macerata e dopo circa venticinque di esperienza maggioritaria, gli argomenti di Lavagna appaiono molto solidi, raffinati e, anche qualora non considerati convincenti, sicuramente meritevoli di discussione e dibattito. Desta semmai meraviglia osservare come la scienza costituzionalistica si sia così rapidamente omologata al «pensiero unico prevalente [...]». Quasi che in materia elettorale la riflessione costituzionalistica fosse cos'retta a conformarsi alle scelte del legislatore, almeno per ciò che riguarda l'alternativa di fondo proporzionale/maggioritario» (Croce, 2011, 2). Il discorso portato avanti da Lavagna nel celebre saggio del 1952 ha come base di partenza un assunto fondamentale: la non indifferenza rispetto all'ordinamento costituzionale delle scelte in materia di legge elettorale. Secondo l'autore, infatti, «l'adottare un sistema anziché un altro può avere una profonda ripercussione sulla struttura e sulla vita dello Stato, e in ultima analisi, sulla concreta forma di governo. La disciplina costituzionale di quest'ultima potrebbe risultare, quindi, in pratica

³⁷ Il 9 settembre 2019 il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha inserito l'approvazione di una nuova legge elettorale tra i punti programmatici dell'Esecutivo.

³⁸ LAVAGNA, 1952, 849-875.

elusa o deformata dalla realizzazione di particolari sistemi di elezione» (Lavagna, 1952, 849). Il «cuore» dell'argomentazione di Lavagna è però la valorizzazione del principio dell'eguaglianza del voto³⁹: interpretando l'art. 48 alla luce dell'art. 3, comma 2, Cost., l'autore pone l'accento sull'eguaglianza «in uscita» e sul principio di «identità delle valenze», concludendo che «il principio di eguaglianza sostanziale, per essere rigorosamente attuato, deve vedere attribuito ad ogni elettore, astrattamente considerato, un medesimo coefficiente individuale, tale da rendere in tutti identica la valenza del proprio voto» e che «tale identità può essere realizzata solo attraverso il sistema proporzionale puro» (Lavagna, 1952, 871-873)⁴⁰.

Nella loro differenza, le esperienze spagnola e italiana sono molto simili. In Spagna pur essendoci la costituzionalizzazione del principio proporzionale, questo non ha impedito correzioni in senso maggioritario; in Italia, al contrario, l'assenza di qualsiasi indicazione sul sistema elettorale, ha portato all'adozione di varie tipologie di modelli elettorali e alla ricerca di vincoli costituzionali.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGUIAR DE LUQUE, L. (1995), «Forma di governo e sistema elettorale in Spagna», in Luciani M. e Volpi M. (a cura di), *Riforme elettorali*, Roma-Bari: Laterza.
- AGUILERA DE PRAT, C. R. (2001), «La transición política en España», in Alcantara M. e Martínez A. (a cura di), *Política y Gobierno en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- AIMO, B. (1977), *Bicameralismo e regioni*. Ivrea: Edizioni Comunità.
- CACIAGLI, M. (1982), «Il sistema elettorale delle Cortes negli articoli 68 e 69», in García De Enterría E. e Predieri A. (a cura di), *La costituzione spagnola del 1978*, Milano: Giuffrè.
- (1994), «Spagna: proporzionale con effetti (finora) maggioritari», in Massari O. e Pasquino G. (a cura di), *Rappresentare e governare*. Bologna: Il Mulino.
- CAPORILLI, F. (2005), «La stabilità della legge elettorale ed i principi fondamentali del patrimonio elettorale europeo», in *Forum di Quaderni costituzionali*.

³⁹ LAVAGNA, 1952, 865.

⁴⁰ Per l'autore, considerando «il voto di ciascun elettore alla luce dei risultati finali e concreti che esso produce, abbiamo il concetto di valenza del voto individuale, intesa come coefficiente individuale di conquista di un determinato seggio. In senso matematico, tale valenza è espressa dal numero dei seggi conquistati diviso per il numero dei voti validi emessi, a tale scopo, dai diversi gruppi di elettori: talché ogni elettore concorrerà, con una certa, esigua, percentuale a questo risultato».

- CROCE, M., «Appunti in tema di costituzione italiana e sistemi elettorali (rileggendo Carlo Lavagna)», in *Rivista AIC*, n. 1/2011.
- LAVAGNA, C. (1952), «Il sistema elettorale nella Costituzione italiana», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 849-875.
- LUPO, N. (2017), «Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana», in *Federalismi*, n. 22.
- LEHNER, E. (2008), «La decretazione d'urgenza in materia elettorale», in Siclari, M. (a cura di), *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*. Roma: Aracne.
- MONTERO, J. L. Y VALLÉS, J. M. (1992), «El debate sobre la reforma electoral», in *Claves de la Razón Práctica*, n. 22.
- PAUCIULLO, G. (2007), «Il sistema elettorale delle Cortés in Spagna», in Oliviero M. e Volpi M. (a cura di), *Sistemi elettorali e democrazie*. Torino: Giappichelli.
- PEREZ-SERRANO JAUREGUI, N. (1989), «Artículo 68», in *Revista de Derecho Publico, Comentario a las leyes políticas-Constitución española de 1978*, tomo VI. Madrid: Edersa.
- PRIETO, F. (1977), «La Spagna verso la democrazia», in *Aggiornamenti Sociali*, 1977.
- TRUCCO, L. (2011), *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- VALLÉS, M. (1986), «Sistema electoral y democracia representativa: nota sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 y su función política», in *Rev. Est. Pol.*, n. 53.

LEGGI ELETTORALI E CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ: UNA SAGA INFINITA?

ERIK FURNO

Università di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. Breve premessa. 2. Il sindacato sulle leggi elettorali: la sentenza n.1 del 2014. 3. Gli sviluppi successivi in apparente controtendenza: la sentenza n. 110 del 2015. 4. *L'Italicum* al vaglio della Consulta: la sentenza n. 35 del 2017. 5. Lo stato dell'arte: il seguito parlamentare e la legge 3 novembre 2017, n.165. 6. Riferimenti bibliografici.

1. BREVE PREMESSA

È noto che la Costituzione italiana, apparendo «neutra» in materia elettorale¹, non impone alcun modello di sistema elettorale, ma lascia alla discrezio-

¹ Sulla neutralità della Costituzione, che ammette, per le elezioni del Parlamento, sia sistemi proporzionali, che maggioritari, v. PIERANDREI (1953, 353 e 357); FURLANI (1960, 474); MAZZIOTTI DI CELSO (1981, 765); CARAVITA, LUCIANI (1982, 120); NOCILLA (1985, 366).

A favore dei sistemi elettorali proporzionali LAVAGNA (1952, 849 e 871); FERRARA (1979, 513); RESCIGNO (1994, 187 e 223), che ritiene illegittimi non tutti i sistemi maggioritari, ma solo quelli che attribuiscono a una minoranza un numero di seggi superiori alla maggioranza assoluta.

Non mancano autorevoli voci contrarie quali MORTATI (1975, 461), che ricava dall'art.49 Cost. «l'obbligo del legislatore di predisporre sistemi elettorali non solo limitativi di un esasperato proporzionalismo, ma anche tali da agevolare la formazione, preventivamente al voto popolare, di accordi programmatici, impegnativi per la futura azione di governo fra più formazioni politiche».

nalità del legislatore «la scelta del sistema elettorale che ritenga più idoneo ed efficace in considerazione del contesto storico»².

Secondo la Corte costituzionale, infatti, l'Assemblea Costituente «pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul piano normativo, costituzionalizzando una scelta proporzionalistica o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, la configurazione dei quali resta affidata alla legislazione ordinaria»³.

Tale scelta, volta a non intaccare il delicato equilibrio tra le forze politiche del tempo⁴, ha fatto sì che il sistema parlamentare italiano, in settanta anni di storia repubblicana, sia stato caratterizzato da un'altalenante susseguirsi di normative elettorali, spesso seguite da altrettanti referendum in materia⁵. Esso è passato da un sistema proporzionale puro (dal 1948 al 1993) ad un sistema prevalentemente maggioritario con una quota proporzionale del 25% qual'era il *Mattarellum*⁶ (dal 1994 al 2005), poi da un apparente ritorno al proporzionale con liste bloccate ed un premio di maggioranza, meglio noto come *Porcellum*⁷ (dal 2006 al 2013), al c.d. *Italicum*⁸, mai applicato perché caducato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 35/2017, per finire alla normativa

² Così Corte cost., 13 gennaio 2014, n.1, punto 3.1 Cons. dir.

³ Corte cost., 12 settembre 1995, n. 429.

⁴ BETTINELLI (1944/1948, 367-378).

⁵ Trattasi dei referendum elettorali svoltisi nel 1991, 1993, 1995, 1999, 2000 e 2009.

⁶ L. 4 agosto 1993, nn. 276 e 277, che prevedevano, per il Senato, l'assegnazione di 238 seggi con un sistema maggioritario a turno unico ed i restanti 77 seggi venivano ripartiti con metodo proporzionale.

⁷ L. 21 dicembre 2005, n.270, recante «Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica», che riproporzionalizzava il sistema, prevedendo un premio di maggioranza attribuito, per la Camera, su base nazionale ed al Senato, su base regionale, utilizzato nel 2006, 2008 e 2013 ma ritenuto «distorsivo» della rappresentanza politica perché attribuito al partito o alla coalizione più votati senza però una ragionevole soglia minima di voti da raggiungere, ed il meccanismo delle liste bloccate, scelte interamente dai partiti in modo da coartare la volontà degli elettori, entrambi dichiarati incostituzionali da Corte cost. n.1/2014.

La definizione di *Porcellum* si deve alla versione latineggiante della più volgare definizione data dal relatore della stessa legge, on. Calderoli.

⁸ L. 6 maggio 2015, n.52, recante «Disposizioni in materia di elezione della Camera dei Deputati», contemplante la sola Camera dei deputati in attesa della riforma costituzionale (poi bocciata dal referendum del 4 dicembre 2016), che aboliva il bicameralismo perfetto e prevedeva un sistema proporzionale con premio di maggioranza alla lista che guadagnava il 40% dei voti o, in mancanza, il ballottaggio tra le prime due liste, con la vincitrice che prendeva 340 seggi e la possibilità per il capolista eletto in più collegi di scegliere discrezionalmente il proprio collegio di elezione.

Quindi, un sistema proporzionale, con premio di maggioranza, clausola di sbarramento e voto di preferenza, in modo da favorire un sistema politico bipolare con pochi grandi partiti e favorire la governabilità.

La Corte costituzionale, con la sentenza n.35/2017, pur ritenendo non irragionevole la soglia del 40% così da salvare il premio di maggioranza al primo turno, ha dichiarato illegittimo il successivo ballottaggio e la disposizione che consentiva al capolista eletto in più collegi di scegliere a sua discrezione il proprio collegio di elezione, in modo da far rivivere il criterio residuale del sorteggio.

di risulta del *Consultellum*⁹, che prevedeva un sistema proporzionale con scrutinio di lista e voto di preferenza, con conseguenti difficoltà per la formazione di una maggioranza di governo omogenea ed attualmente, allo stato, al c.d. *Rosatellum bis*¹⁰, che ritorna al sistema proporzionale a lista bloccata per i due terzi ed ai collegi uninominali maggioritari per il restante terzo.

In disparte i riflessi che i diversi sistemi elettorali hanno avuto sul sistema politico¹¹ e sulla forma di governo¹² o, comunque, sulla Costituzione materiale, ove si condivida tale accezione, occorre partire dalla giurisprudenza costituzionale per esaminare gli spunti, che essa offre in materia elettorale, onde trarne utili insegnamenti *pro futuro*. Il parziale annullamento delle leggi elettorali e l'individuazione di principi, di cui il legislatore non può, pur nell'ampia discrezionalità che la Corte costituzionale gli riconosce, non tenere conto, devono servire da linee guida per l'adozione di ogni nuova legislazione elettorale.

2. IL SINDACATO SULLE LEGGI ELETTORALI: LA SENTENZA N. 1 DEL 2014

Come nella sentenza n. 1/2013¹³, che giustificava la distruzione delle intercettazioni causali del Capo dello Stato utilizzando la pregressa giurisprudenza sulla

⁹ Trattasi della definizione giornalistica del sistema elettorale ricavabile a seguito della sentenza della Corte costituzionale n.1/2014, che prevedeva, quale disciplina per l'elezione del Senato, la normativa di risulta del d.lgs. n.533/1993, come modificato dalla l. n. 270/2015, di tipo proporzionale su base regionale, depurato del premio di maggioranza, con la possibilità di apparentamenti in coalizioni e facoltà per l'elettore di esprimere un voto di preferenza, mentre per la Camera la disciplina per l'elezione risultava dall' *Italicum*, come depurato dalla sentenza n.35/2017, con sistema proporzionale, ripartizione dei seggi a livello nazionale, clausola di sbarramento al 3% e circoscrizioni coincidenti con le Regioni, suddivise in collegi elettorali.

¹⁰ L. 3 novembre 2017, n.165, recante «Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali», in G. U., Serie Generale, n. 264 dell'11.11.2017. La definizione di *Rosatellum bis* si deve nel linguaggio giornalistico alla circostanza che tale legge costituisce una versione modificata dell'originario testo di legge presentato dall'on. Ettore Rosato, capogruppo del Partito democratico alla Camera.

¹¹ Un classico al riguardo è costituito da Duverger (1950). Sull'influenza delle leggi elettorali sui mutamenti del sistema politico, v. AMATO, BARBERA, CIAURRO, LABRIOLA, MATTARELLA, ORTINO (1994, 1).

¹² LUCIANI (2010, 572): «chi agisce sul sistema elettorale agisce su un elemento della forma di governo, perché agisce su una delle regole dei rapporti fra i poteri e gli organi costituzionali». Secondo l'opinione corrente, il sistema elettorale è costituito dall'insieme delle norme che traducono i voti espressi in seggi nella composizione di un organo collegiale rappresentativo. V. al riguardo LANCHESTER (1981, 81) ed, in relazione al c.d. *Italicum*, BARBERA (2015, 645); VOLPI (2016, 8). Al riguardo si rinvia altresì al contributo di DE MINICO (2019).

¹³ Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1, con nota ed osservazioni di ROMBOLI (2013, 393). Tra gli innumerevoli commenti v., senza alcuna pretesa di esaustività, PACE (2013); MAZZIOTTI (2013, 50); SORRENTINO (2013); CARLASSARE (2013, 59); GIANELLO (2013); GRISOLIA (2013); FURNO (2014). In generale, sul ruolo del Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana cfr., *ex multis*, LUCIANI, VOLPI (1997); RUGGERI (2011); SCACCIA, (2015a).

posizione ed il ruolo del Presidente della Repubblica, anche la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale, da cui non si può non prendere le mosse quale prima decisione che annulla *in parte qua* la legge elettorale delle Camere, s'inserisce nel filone giurisprudenziale preesistente per arricchirlo di nuove potenzialità¹⁴.

Decisione quest'ultima definita di volta in volta come «straordinaria»¹⁵, anzi «storica»¹⁶, «senza precedenti, fors'anche epocale»¹⁷, la sentenza «forse (...) più creativa tra tutte quelle prese dalla Corte costituzionale nei quasi sessant'anni di attività»¹⁸, introduttiva di «un'azione popolare»¹⁹, in un crescendo rossiniano che ne conferma, ove mai ve ne fosse bisogno, l'eccezionale importanza.

In particolare, la sentenza n. 1/2014²⁰, da un lato, introduce un inedito sindacato sulla legge elettorale mediante l'incidente di costituzionalità, peraltro sollevato con una tipica *fictio litis* ²¹, riuscendo così a forzare quella che costituiva una vera e propria *zona d'ombra* o *zona franca* ²² della giurisdizione costituzionale italiana²³, e, dall'altro, riconosce la complessiva irragionevolezza del *Porcellum* ²⁴, fissando alcuni principi nel delicato bilanciamento tra le esigenze di rappresentatività delle assemblee parlamentari e le garanzie di stabilità dei governi e dell'efficienza dei processi decisionali. Il tutto dichiarando altresì l'illegittimità delle liste bloccate, siccome rimesse totalmente ai partiti, senza che gli elettori possano incidere con il loro voto, stante l'ampiezza delle

¹⁴ BARTOLE (2014, 635 e 638).

¹⁵ MORRONE (2014, 47).

¹⁶ D'AMICO (2014, 90), AZZARITI (2013, 1), che profeticamente afferma: «non si (può) negare che sia questa una sentenza (...) storica, assolutamente innovativa, dalla quale sarà difficile «liberarsi».

¹⁷ CARNEVALE (2013, 1).

¹⁸ ZAGREBELSKY (2014, 2960).

¹⁹ RESCIGNO (2014, 29).

²⁰ Tra la copiosa messe di commenti, senza alcuna pretesa di esaustività, v. CATELANI (2014); SCACCIA (2014); DAL CANTO (2014); SPADACINI (2014); PASTENA (2014); SEVERINI (2014); DICKMANN (2014); CARAVITA (2014); GUZZETTA (2014); STAIANO (2014); RAUTI (2014).

²¹ Riguardo al controllo di costituzionalità, si ha una *fictio litis* nelle ipotesi in cui la lite è promossa al solo fine di eliminare una legge incostituzionale, in modo da aggirare il divieto di accesso diretto alla Corte costituzionale.

Per ZAGREBELSKY, MARCENÒ (2018, 114), «Con la formula *fictio litis* si intende tuttavia anche, in senso lato, la controversia provocata intenzionalmente e strumentalmente per poter sollevare la questione incidentale. In questo senso, la lite, così congegnata, è pienamente ammissibile in quanto una reale controversia esiste effettivamente, non essendo in potere di nessuno indagare per quali motivi essa è venuta a determinarsi (sent. n.241 del 2008; ord. n.53 del 2010)».

²² Su tale distinzione PIZZORUSSO (2012, 1021), e BIN (2014, 3).

²³ Sottolineata come inammissibile lacuna della giustizia costituzionale da MESSERINI (2006, 553); PERTICI, ROSSI (2006); SICLARI (2006, 11), BIONDI (2006, 54 e 94), MANETTI (2001, 119). Prospettano l'introduzione nel nostro sistema di un ricorso diretto al giudice costituzionale da parte del singolo e/o delle minoranze parlamentari CARROZZA, ROMBOLI, ROSSI, (2006, 679).

²⁴ Per un esame di tale legge, DE FIORES (2007); BALDUZZI, COSULICH (2005, 5179); DURANTI, SAWICKI (2006).

circoscrizioni elettorali e l'elevato numero di candidati, che impedisce, in concreto, la loro conoscibilità diretta da parte degli stessi elettori.

In disparte la declaratoria di illegittimità dei criteri per l'attribuzione dei premi di maggioranza alla Camera ed al Senato e delle modalità di formazione delle liste elettorali previste dalla legge n. 270/2005, peraltro già preannunciata nei giudizi di ammissibilità delle relative richieste referendarie²⁵, quel che più rileva, nella specie, è il palese tentativo della Corte, testimoniato dallo sforzo motivazionale, non solo di estendere il sindacato di costituzionalità anche alle leggi elettorali, «che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte»²⁶, ma anche l'esigenza di salvaguardare un diritto fondamentale, quale il diritto di voto, assicurando il controllo sulle «regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato»²⁷.

Tale decisione, prendendo occasione da una coraggiosa ed articolata ordinanza interlocutoria della Cassazione²⁸, apre le porte del giudizio di costituzionalità ad una sorta di ricorso sostanzialmente diretto²⁹, da altri definito come un cripto-ricorso diretto³⁰ oppure un ricorso semi-diretto³¹ o semi-incidentale³²,

²⁵ Corte cost., 30 gennaio 2008, nn. 15 e 16, ove la Consulta rileva che «l'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento, sia pure a livello regionale, di una soglia minima di voti e/o di seggi». Lo stesso monito è stato poi ribadito da Corte cost., 24 gennaio 2012, n. 13, sempre in occasione di un giudizio di ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo dell'intera legge n. 270/2005.

²⁶ Per tali motivi ZAGREBELSKY, MARCENÒ (2012, 305).

²⁷ Punto 2 in diritto della sentenza n.1/2014.

²⁸ Ordinanza di rimessione, Cass., sez. I, 21 marzo-17 maggio 2013, n. 12060, con nota di ROMBOLI (2013, 1825 e 1836). Tale ordinanza, sfruttando le peculiarità del caso concreto sottoposto al suo esame (giudicato interno in ordine alla legittimazione ed all'interesse ad agire delle parti, che impediva di considerare la controversia come *lis ficta*), ha sollevato la q. l. c., in relazione degli artt. 1, co. 2, 3, 48, co. 2, 49, 56, co. 1, 58, co. 1, 67 e 117, co. 1, Cost., anche alla luce dell'art. 3 Prot. 1 della CEDU, degli artt. 4, co. 2, 59, co. 1, e 83, co. 1, n. 5, e 2 del d. P. R. n. 361/1957, nel testo risultante dalla legge n. 270/2005; 14, co. 1, e 17, co. 2 e 4, del d. lgs. n. 533/1993, nel testo risultante dalla legge n. 270/2005. Le eccezioni di costituzionalità riguardavano due aspetti della legge elettorale quali quelli relativi alle condizioni per l'attribuzione del premio di maggioranza e la mancata previsione del voto di preferenza sui candidati. Per le critiche a tale ordinanza, v., *ex multis*, ANZON DEMMIG (2013); SALERNO (2013, 1349); STAIANO (2013); REPETTO (2013, 3); OLIVITO (2013). Gli ostacoli o le strettoie derivanti dalla incidentalità della q.l.c. sono aggravati in materia elettorale dalla riserva operata dall'art. 66 Cost. e dall'art. 87 del d. P. R. 30 marzo 1957, n. 361, a favore del meccanismo parlamentare di verifica dei poteri, oltre che dal rilievo che le leggi elettorali costituiscono «leggi costituzionalmente necessarie» e, come tali, una volta entrate in vigore, difficilmente dichiarabili incostituzionali. Sul sistema di giustizia elettorale, CATELANI, DONATI, GRISOLIA (2013), e sul controllo di costituzionalità della legge elettorale SERGES (2015, 151).

²⁹ ROMBOLI (2014, 695).

³⁰ RUGGERI, SPADARO (2014, 218).

³¹ SALVI (2014).

³² BIGNAMI (2014, 27).

proposto da alcuni elettori *uti cives* in un giudizio ordinario³³, per rimuovere l'asserito pregiudizio al proprio diritto di voto ed accertare la «portata» di tale diritto, «resa incerta da una normativa elettorale in ipotesi incostituzionale»³⁴.

Il requisito della rilevanza e della pregiudizialità tra giudizio *a quo* e giudizio *ad quem*³⁵ viene limitato dalla Corte delle leggi ad un controllo della «*non implausibilità*» della motivazione del giudice remittente mediante il richiamo della pregressa giurisprudenza, secondo cui «la circostanza che la dedotta incostituzionalità di una o più norme legislative costituisca l'unico motivo di ricorso innanzi al giudice a quo non impedisce di considerare sussistente il requisito della rilevanza, ogni qualvolta sia individuabile nel giudizio principale un *petitum* separato e distinto dalla questione (o dalle questioni) di legittimità costituzionale, sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi»³⁶.

E per sostenere l'alterità dei due giudizi, i giudici costituzionali affermano che «il *petitum* oggetto del giudizio principale è costituito dalla pronuncia di accertamento del diritto azionato, in ipotesi condizionata dalla decisione delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, non risultando l'accertamento richiesto al giudice comune totalmente assorbito dalla sentenza di questa Corte, in quanto residuerebbe la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto»³⁷.

La dichiarata separazione dei *petita* e l'asserita residualità di un autonomo spazio di decisione per il giudice *a quo* all'esito dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità servono, infatti, alla Corte per convalidare la pregiudizialità e, quindi, la rilevanza quale requisito di ammissibilità³⁸ della *quaestio legitimitatis* rispetto al giudizio principale.

³³ Secondo l'ordinanza di rimessione della Cassazione, l'azione dei ricorrenti è un'azione costitutiva o di accertamento-costitutiva, posto che l'interesse dei ricorrenti «è quello di rimuovere un pregiudizio che invero non è dato da una mera situazione di incertezza ma da una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica che postula di essere rimossa mediante un'attività ulteriore, giuridica e materiale, che consenta ai cittadini elettori di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali» (punto 3.1.1).

³⁴ Punto 2 in diritto della sent. n. 1/2014.

³⁵ La dottrina distingue tra incidentalità, rilevanza e pregiudizialità: la prima indica l'origine incidentale della questione di legittimità costituzionale, essendo vietato l'accesso diretto alla Corte costituzionale; la seconda concerne il rapporto di dipendenza tra il processo di merito e quello dinanzi alla Consulta, di modo che il primo non possa essere risolto senza l'esito del secondo; l'ultima attiene alla necessaria distinzione tra i *petita* delle due controversie, dovendosi impedire la *factio litis*. V. al riguardo ROMBOLI (2016), 709. Su come venga inteso il trionfo rilevanza/ incidentalità/ pregiudizialità v., *ex aliis*, CERRI (2012, 150), RUGGERI, SPADARO (2014), 214.

³⁶ *Ibidem*. I giudici costituzionali all'uopo richiamano le sentenze nn. 4 del 2000 e 59 del 1957.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Già da tempo ZAGREBELSKY (1969, 1001), nel presupposto che, in un sistema a costituzione rigida tutte le leggi debbono essere sottoposte al controllo di costituzionalità, suggeriva di intendere la rilevanza come condizione «normale», ma non sempre «necessaria» del giudizio di costituzionalità.

Per una ricostruzione del sistema incidentale v. LUCIANI (1984).

Sennonché è proprio la sentenza emessa dalla Cassazione³⁹, che, in sede di riassunzione del giudizio di merito dopo la pronuncia di incostituzionalità, ha annullato senza rinvio la decisione di secondo grado, a svelare la identità e la sovrapponibilità del giudizio ordinario con il giudizio costituzionale⁴⁰, risultando il conseguenziale provvedimento del giudice *a quo* privo di un suo contenuto sostanziale⁴¹, posto che il diritto di voto è accertato come leso nel periodo di vigenza della legge n. 270/2005 e l'intervento della Corte deve ritenersi completamente soddisfacente *pro futuro*, avendo ripristinato, per l'avvenire, la legalità costituzionale e la possibilità per i cittadini elettori di esercitare il diritto di voto personale, uguale, libero e diretto⁴².

Di tale fragilità argomentativa sembra essere consapevole la stessa Corte⁴³, che sente la necessità di rafforzare le *rationes decidendi* («Per di più») ⁴⁴, a supporto dell'accertamento devoluto al giudice *a quo* e dell'ammissibilità della *quaestio legitimitatis*, per rifarsi al diritto fondamentale di voto, «che ha come connotato essenziale il collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme»⁴⁵, nonché alla «peculiarità e (d)al rilievo costituzionale, da un lato, del diritto oggetto di accertamento; dall'altro, della legge che, per il sospetto di illegittimità costituzionale, ne rende incerta la portata»⁴⁶.

Non è un caso, quindi, che i giudici costituzionali finiscano per richiamare «il principio di costituzionalità», che «rende (...) imprescindibile affermare il sindacato di questa Corte», che «deve coprire nella misura più ampia possi-

³⁹ Cass., sez. I, 16 aprile 2014, n.8878, secondo cui «la tutela riconosciuta dall'ordinamento ai ricorrenti elettori, oltre all'accertamento per il passato della lesione subita e del diritto al rimborso delle spese per conseguire tale risultato processuale (...), è quella, pienamente soddisfacente, della riparazione in forma specifica per effetto della sentenza costituzionale che ha ripristinato la legalità costituzionale».

⁴⁰ RESCIGNO, (2014, 27); RIMOLI (2014, 684-686); CARNEVALE (2013, 3); SERGES (2014, 1); STAIANO, (2014a, 709-710), nonché ID. (2014b, 3).

⁴¹ *Contra*, SORRENTINO (2014, 706), ritiene che «la accertata lesione del diritto (con conseguenze di tipo risarcitorio che potrebbero essere fatte valere in un separato giudizio) mette in luce la già rilevata diversità di piani dei due giudizi e l'incidentalità dell'uno rispetto all'altro».

⁴² REPETTO (2017, 34), osserva come manchi nella specie quel provvedimento ulteriore, autonomo e distinto, qual è l'annullamento di un atto applicativo della legge, da cui ricavarci la strumentalità della pronuncia della Corte rispetto ad un interesse specifico che trascenda la caducazione operata con la sentenza di accoglimento. V. in proposito Corte cost. 16 aprile 1998, n. 127, secondo cui «il *petitum* del giudizio, nel corso del quale viene sollevata una questione di costituzionalità, non può risolversi nella proposizione della questione stessa», e Corte cost. n. 65/1964.

⁴³ ZAGREBELSKY (2014, 2961) ritiene che il rafforzamento motivazionale in ordine all'ammissibilità della q. l. c. sia dovuto ai dubbi della stessa Corte relativi alla dualità ed al mancato assorbimento del giudizio comune con quello costituzionale. Secondo l'A., sostanzialmente «la Corte indica i buoni fini ai quali mira e, da questi fini, desume l'ammissibilità della questione». Sulle contraddizioni della motivazione v. anche BENVENUTI, (2016), 61.

⁴⁴ Secondo CARNEVALE (2013, 6), e SERGES, (2014, 5), tale motivazione rappresenta il nucleo più convincente ed innovativo della decisione.

⁴⁵ Punto 2 del Cons. dir. sent. n. 1/2014.

⁴⁶ Punto 2 del Cons. dir. sent. n. 1/2014.

bile l'ordinamento giuridico (sentenza n. 387 del 1996) anche sulle leggi», quali quelle elettorali, «che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte» (sentenze n. 384 del 1991 e n. 226 del 1976)⁴⁷.

Le sollevate questioni di legittimità costituzionale divengono, quindi, ammissibili «anche in linea con l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato»⁴⁸.

Ragionare diversamente, secondo la Corte, significherebbe «creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato»⁴⁹.

Più che di una nuova modalità di accesso alla Corte, sembra trattarsi di un'interpretazione estensiva, per quanto forzata, della incidentalità costituzionale, o di «una evoluzione interpretativa all'interno di uno sviluppo giurisprudenziale del nostro giudizio incidentale sulle leggi in cui si è progressivamente accentuato il rilievo della concretezza nella tutela dei diritti costituzionali»⁵⁰, senza che si possa per questo ritenere violato il meccanismo dell'accesso incidentale fissato dall'art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e dall'art. 23, comma 2, della l. 11 marzo 1953, n. 87, o si possa ritenere introdotto nel nostro sistema un *recurso de amparo*, come in Spagna⁵¹, o una *Verfassungsbeschwerde*, come nell'esperienza dei paesi di area tedesca⁵².

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ SALERNO (2014, 698), che richiama VOLPE (2003, 1212).

⁵¹ Occorre ricordare che nella Costituzione spagnola del 1978 è stato previsto anche l'*amparo* costituzionale, che riguarda specificamente la violazione di determinati diritti costituzionali da parte di atti del potere esecutivo, giudiziario e legislativo. Tale ricorso riconosce la legittimazione alla parte lesa, al *Defensor del Pueblo* (il difensore civico) ed al pubblico ministero, ha carattere sussidiario ed è limitato ad una serie di diritti costituzionali specificamente individuati. Nonostante la previsione di taluni meccanismi di filtro, l'elevato numero di ricorsi, soprattutto riguardo all'ipotesi di *amparo* nei confronti di atti od omissioni del potere giudiziario, ha reso necessaria la successiva approvazione della legge organica 24 maggio 2007, n.6, per snellire il lavoro della Corte. Tale legge ha inciso sostanzialmente sul giudizio di ammissibilità, introducendo il requisito della necessaria «speciale rilevanza costituzionale», da valutarsi sulla base di tre elementi: a) la sua importanza per l'interpretazione della Costituzione; b) per l'applicazione e l'efficacia generale della stessa; c) per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali. Tali elementi sono poi accuratamente specificati dalla sentenza del STC 25 giugno 2009, n.155. V. al riguardo ROMBOLI (2010, 119) e ID. (2009,1555).

⁵² Anche in Germania, Austria e Svizzera è ammesso il ricorso diretto dell'interessato nei confronti della legge che leda i diritti fondamentali. In particolare, in Germania con la *Verfassungsbeschwerde* è ammesso il ricorso del privato contro qualsiasi atto di un pubblico potere lesivo di un diritto costituzional-

Nel merito, poi, i giudici costituzionali sottopongono la legge elettorale ad un *test* di proporzionalità e ragionevolezza, peraltro già noto in altri ordinamenti comunitari⁵³, ritenendo che il sacrificio imposto con la «compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto»⁵⁴ sia eccessivo e comunque non congruo rispetto al beneficio perseguito della maggiore stabilità del Governo e della funzionalità del Parlamento, per cui pervengono di conseguenza alla declaratoria di incostituzionalità.

Uguale sorte riceve lo scrutinato sistema di voto mediante liste bloccate designate dai partiti, censurando la Corte la norma indubbiata con una additiva di principio⁵⁵ a causa della mancata previsione del voto di preferenza e rimettendo al legislatore o ad interventi normativi secondari, necessari per rendere applicativa la decisione, le scelte di un meccanismo più rispettoso del voto popolare. In altri termini, la Corte, dopo aver eliminato il premio di maggioranza e determinato in concreto un sistema elettorale proporzionale, privilegia di conseguenza il voto di preferenza, pur specificando trattarsi in ogni caso di un'opzione⁵⁶.

Nella parte conclusiva della sentenza, che certamente è la più dirompente dal punto di vista politico, la Corte sente la necessità di chiarire, sul piano temporale, che la decisione non ha effetti retroattivi.

Come preannunciato dal comunicato stampa del 4 dicembre 2013 anticipatore del contenuto della decisione, i giudici costituzionali «salvaguardano» le elezioni già svoltesi, che vengono «blindate» in quanto costituiscono «un fatto concluso»⁵⁷, ma anche «gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali»⁵⁸ in nome del «principio fondamentale della continuità dello Stato»⁵⁹ e dei suoi organi costituzionali, tra cui, in primis, il Parlamento.

Secondo la Corte, infatti, la nuova consultazione elettorale «si dovrà effettuare o secondo le regole contenute nella normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione, ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere»⁶⁰.

mente sancito. Anche in questi casi è stato creato un meccanismo di filtro, con la previsione di un preliminare scrutinio di ammissibilità del ricorso. Al riguardo v. ANZON, (1989, 329).

⁵³ L'art.68.3 della Costituzione spagnola richiama, per l'elezione del *Congreso*, «*criterios de representación proporcional*», anche se la dottrina e la giurisprudenza del *Tribunal constitucional* ritengono la rappresentanza proporzionale in linea di massima tendenziale e modificabile con meccanismi di voto selettivi. Cfr. STC, 21 giugno 1985, n.75. In dottrina, LOPEZ, ESPIN, GARCIA, PEREZ TREMPES, SATRUSTEGUI (2018, 42).

⁵⁴ Punto 3 del Cons. dir. della sentenza n. 1/2014.

⁵⁵ Su tale tipologia di decisioni v. RUGGERI, SPADARO (2014 173); CERRI (2012, 259); MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI (2016, 136); PARODI (1996); PUGIOTTO, (1992, 3675).

⁵⁶ LIETO, PASQUINO (2014).

⁵⁷ Punto 7 del Cons. dir.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*. V. al riguardo ELIA (1958).

⁶⁰ Punto 7 del Cons. dir.

3. GLI SVILUPPI SUCCESSIVI IN APPARENTE CONTROTENDENZA: LA SENTENZA N. 110 DEL 2015

Apertasi la via del giudizio costituzionale sulle leggi elettorali, non per tramite del legislatore costituzionale⁶¹, bensì attraverso i *dicta* della stessa Consulta, occorre allora ricercare il *fil rouge* che lega le decisioni della Corte costituzionale in materia elettorale, onde rinvenire eventuali punti di approdo in vista di future riforme del sistema elettorale, peraltro da più parti invocate a seguito dell'inedita maggioranza venutasi a creare dopo gli esiti elettorali del 4 marzo 2018⁶².

È probabile, infatti, che future leggi elettorali possano essere sindacate dai giudici costituzionali secondo gli stessi criteri di giudizio, per cui è opportuno approfondirne gli aspetti e sottolinearne le eventuali criticità, onde trarne i vincoli costituzionali tali da ipotecare una nuova legge elettorale.

Gli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale in materia non sembrano incoraggianti in quanto appaiono in controtendenza rispetto alle aperture mostrate dalla sentenza n. 1 del 2014⁶³, che pure aveva dato la stura al contenzioso elettorale e segnato un'inversione di rotta⁶⁴, con possibili conseguenze non solo per la giurisprudenza della stessa Corte, ma anche per il legislatore, ogniquale fosse chiamato ad elaborare un nuovo sistema elettorale.

Con la sentenza n. 110 del 15 giugno 2015⁶⁵ la Corte si pronuncia su una *quaestio legitimitatis* sollevata dal giudice ordinario⁶⁶ adito a seguito di

⁶¹ V. la legge di riforma costituzionale c.d. Renzi-Boschi, respinta dal voto referendario del 4 dicembre 2016 («Disegno di legge costituzionale recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione»), che prevedeva un inedito, per il nostro ordinamento (ma conseguenza della sentenza n.1/2014), giudizio preventivo di legittimità costituzionale delle leggi elettorali ad iniziativa delle minoranze parlamentari. Al riguardo v. DAL CANTO (2016, 39), nonché ID. (2015); CATALANO (2015); RAUTI (2016); NICCOLAI (2016, 117) e, se si vuole, FURNO (2016, 178).

⁶² V. al riguardo MOSCHELLA (2018, 500).

⁶³ Secondo VUOLO (2018, 158).

⁶⁴ Significativo il commento di LIETO, PASQUINO (2015). Diversa l'opinione di VILLONE (2015, 9), secondo cui «la sentenza 110/2015 da questo punto di vista non si pone in antitesi rispetto alla precedente 1/2014, anche se ne sottolinea in qualche modo l'unicità».

⁶⁵ Corte cost., 14 maggio/15 giugno 2015, n. 110, con nota di SORRENTINO (2015, 876 e 886). V. anche l'ordinanza 7 luglio 2016, n. 165, che ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, promosse in riferimento agli artt. 2, 3, 48, comma 2, e 51, comma 1, Cost., degli artt. 12, comma 9, 21, comma 1, n. 1) e n. 3), e 22, commi 2 e 3, della legge 24 gennaio 1979, n. 18, (come modificati dalla legge 20 febbraio 2009, n.10), recanti la disciplina per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, perché i giudici rimettenti si limitavano a richiamare, quanto all'interesse ad agire, le precedenti decisioni di altri organi giurisdizionali nonché, quanto al *petitum*, il contenuto delle domande presentate dai ricorrenti

⁶⁶ Ordinanza del 9 maggio 2014 del Tribunale di Venezia, che ha sollevato, in riferimento agli artt.1, co. 2, 3 e 48 Cost., q. l. c. dell'art.21, co. 1, nn. 1-*bis*) e 2), della l. 24 gennaio 1979, n. 18, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dalla l. 20 febbraio 2009, n. 10, nella parte in cui prevede, per l'elezione

ricorso di alcuni elettori, che avevano chiesto di accertare la violazione del loro diritto di voto «libero, eguale, personale e diretto» per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia. Secondo i ricorrenti, l'art.21, co. 1, nn. 1-*bis*) e 2) della l. n. 18 del 1979 e succ. mm., nell'attribuire i seggi alle sole liste che hanno conseguito sul piano nazionale almeno il quattro per cento dei voti validi espressi, priverebbe irragionevolmente una consistente porzione dell'elettorato italiano di una effettiva rappresentanza in seno al Parlamento europeo.

La Corte, in dichiarata continuità con la precedente sentenza n. 1/2014, ma nel celato intento di attutirne prudenzialmente gli effetti, perviene questa volta ad una decisione di inammissibilità sulla scorta di argomentazioni di natura processuale, ritenendo carente la motivazione sull'interesse ad agire da parte del giudice remittente, che si era limitato a richiamare l'interesse ad agire e a citare il *petitum* della domanda, «senza argomentare sull'incertezza necessaria ai fini del valido esercizio dell'azione di accertamento»⁶⁷.

Secondo la Corte delle leggi, il generico riferimento all'accertamento della pienezza del diritto di voto, con riguardo alle future consultazioni per l'elezione del Parlamento europeo, non «può essere considerato motivazione sufficiente e non implausibile dell'interesse ad agire, idonea, in quanto tale, a escludere un riesame ad opera di questa Corte dell'apprezzamento compiuto dal giudice a quo ai fini dell'ammissibilità dell'azione (sentenze n.200 del 2014, n.50 del 2007, n.173 del 1994, n.124 del 1968, n.17 del 1960)»⁶⁸.

In realtà, nella sentenza n. 1/2014 la Corte aveva ritenuto ammissibile la q. l. c. per l'impossibilità, in mancanza, di poter realizzare il controllo di costituzionalità della legge elettorale secondo l'ordinaria via incidentale nelle ipotesi di elezioni per il Parlamento nazionale, dato che il controllo dei risultati elettorali è rimesso alle stesse Camere *ex art.66 Cost.*, «quale unica eccezione al sistema generale di tutela giurisdizionale in materia di elezioni»⁶⁹, per cui vi è la necessità di evitare «zone franche» dal controllo di costituzionalità.

Diversamente, la legge elettorale per il Parlamento europeo non ricade in alcuna «*zona franca*» sottratta al sindacato di costituzionalità, giacché le rela-

dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, una soglia di sbarramento pari al 4% dei voti nazionali validamente espressi.

⁶⁷ Punto 3.2 sent. n. 110/2015.

⁶⁸ Punto 3.2 sent. n. 110/2015.

⁶⁹ Punto 3.3 sent. n. 110/2015.

tive vicende «possono essere sottoposte agli ordinari rimedi giurisdizionali⁷⁰, nel cui ambito può svolgersi ogni accertamento relativo alla tutela del diritto di voto e può essere sollevata incidentalmente la questione di costituzionalità delle norme che lo disciplinano»⁷¹.

Prevale, quindi, nella motivazione dei giudici costituzionali l'esigenza di aprire il sindacato di costituzionalità ad un settore ad esso tradizionalmente sfuggente, pur nel rispetto delle regole processuali che disciplinano le modalità di accesso al giudizio costituzionale.

Ancora una volta il *fil rouge* che lega le pronunce della Corte è l'esigenza di sottoporre anche le leggi elettorali al controllo di costituzionalità in via incidentale, a cui non può sottrarsi alcuna legge, tanto più se relativa ad un sistema vitale per le istituzioni democratiche⁷².

4. L'ITALICUM AL VAGLIO DELLA CONSULTA: LA SENTENZA N. 35 DEL 2017

Investita da plurime questioni di illegittimità costituzionale sollevate da ben cinque Tribunali⁷³, con la sentenza n. 35 del 9 febbraio 2017⁷⁴ la Corte costituzionale, nella scia del suo precedente, dichiara l'illegittimità delle norme dell'*Italicum*⁷⁵ nella parte in cui prevedono l'attribuzione del premio di maggioranza attraverso il turno di ballottaggio⁷⁶, nonché dell'art. 85 del d. P. R. 30 marzo 1957, n. 361, come modificato dall'art. 2, co. 27, della l. 6 maggio 2015, n. 52, nella parte in cui consente al deputato eletto in più collegi plurinominali di

⁷⁰ I rimedi giurisdizionali sono previsti dagli artt. 41 ss. della legge 24 gennaio 1979, n. 18.

⁷¹ Punto 3.5 sent. n. 110/2015.

⁷² CHIEPPA (2013, 1).

⁷³ Trattasi dei Tribunali ordinari di Messina, Torino, Perugia, Trieste e Genova con ordinanze, rispettivamente, del 17 febbraio, 5 luglio, 6 settembre, 5 ottobre e 16 novembre 2016, iscritte ai nn. 69, 163, 192, 265 e 268 del registro ordinanze 2016 e pubblicate sulla G. U. della Repubblica nn. 14, 30, 41 e 50, prima serie speciale, dell'anno 2016.

⁷⁴ Sentenza 25 gennaio - 9 febbraio 2017, n. 35, con note di VILLONE (2017, 304 ss.); ANZON DEMIG (2017, 317 ss.), MANFRELLOTTI (2017, 320 ss.). Tra i tanti commenti, senza alcuna pretesa di esaustività, DICKMANN (2017); MASSA PINTO (2017); RAUTI (2017); ROMBOLI (2017), SALVADORI (2017), ESPOSITO (2017).

⁷⁵ Su tale legge v., *ex multis*, MASSARI (2015, 87); FUSARO (2015, 35); LANCHESTER, (2015a, 551), ID. (2015b, 15); SCACCIA (2015b, 16); PERTICI (2015, 211).

⁷⁶ Nello specifico, la dichiarazione di illegittimità colpisce l'art.1, co. 1, lett. f), l. 6 maggio 2015, n. 52, limitatamente alle parole «o, in mancanza, a quella che prevale in un turno di ballottaggio tra le due con il maggior numero di voti, esclusa ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione», nonché l'art.1, co. 2, d. P. R. 30 marzo 1957, n. 361, come sostituito dall'art.2, co. 1, l. n. 52 del 2015, limitatamente alle parole «ovvero a seguito di un turno di ballottaggio ai sensi dell'art.83» e l'art.83, co. 5, d. P. R. n. 361 del 1957, come sostituito dall'art.2, co. 25, l. n. 52 del 2015, in relazione agli artt.1, co. 2, 3 e 48, co. 2, Cost.

dichiarare alla Presidenza della Camera dei deputati, entro otto giorni dalla data dell'ultima proclamazione, quale collegio plurinominale prescelga⁷⁷.

Secondo i giudici costituzionali, la soglia fissata al 40% per il premio di maggioranza, in considerazione della discrezionalità legislativa in materia, non è «manifestamente irragionevole»⁷⁸, ma, nell'ipotesi di un suo mancato raggiungimento, lo diventa il previsto ballottaggio. Quest'ultimo viene caducato non in quanto illegittimo in sé, astrattamente considerato, ma perché sono invece «le concrete modalità dell'attribuzione del premio attraverso il turno di ballottaggio a determinare la lesione degli artt.1, secondo comma, 3 e 48, secondo comma, Cost»⁷⁹.

Difatti, «una lista può accedere al turno di ballottaggio anche avendo conseguito, al primo turno, un consenso esiguo, e ciononostante ottenere il premio, vedendo più che raddoppiati i seggi che avrebbe conseguito sulla base dei voti ottenuti al primo turno. Le disposizioni censurate riproducono così, seppure al turno di ballottaggio, un effetto distorsivo analogo a quello che questa Corte aveva individuato, nella sentenza n.1 del 2014, in relazione alla legislazione elettorale previgente»⁸⁰.

Nella specie, la Corte evidenzia che «il turno di ballottaggio non è costruito come una nuova votazione rispetto a quella svoltasi al primo turno, ma come la sua prosecuzione (...) (per cui) serve dunque ad individuare la lista vincente, ossia a consentire ad una lista il raggiungimento di quella soglia minima di voti che nessuna aveva invece ottenuto al primo turno»⁸¹.

Così configurato, il secondo turno di votazione finisce per assicurare non un «premio di governabilità»⁸², bensì un mero premio di maggioranza, tale da riprodurre la situazione normativa (*id est*: l'assenza di soglie minime per l'accesso) già censurata dalla sentenza n.1/2014 relativamente all'eccessivo e non proporzionato sacrificio imposto al principio della necessaria rappresentatività e dell'eguaglianza del voto. Quindi, il ballottaggio è dichiarato incostituzionale in quanto non supera il *test* di proporzionalità e ragionevolezza inaugurato con la precedente decisione.

⁷⁷ Occorre evidenziare che il sindacato della l. n. 52/2015, approvata ma destinata ad entrare in vigore dal 1 luglio 2016 (art.2, comma 35), è stato ritenuto ammissibile giacché il giudizio di legittimità può riguardare anche una legge non ancora applicata. Sulla distinzione tra norma *applicata* e norma *applicabile* v. MANGIA (2018).

⁷⁸ «poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionali, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro»(punto 6 del Cons. dir.).

⁷⁹ Punto 9.2 del Cons. dir.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Parla di un «premier» LUCIANI (2017, 9).

Sulla scia dei principi già evidenziati con la decisione n.1/2014, che pure aveva salvato la norma sul voto bloccato per i capilista, rimettendo alla discrezionalità del legislatore la scelta di soluzioni diverse da quelle previste dalla l. n. 270/2005⁸³, il Giudice delle leggi annulla altresì la norma scrutinata nella parte in cui consente al deputato eletto in più collegi plurinominali (fino ad un massimo di dieci! sic!), di decidere arbitrariamente per quale collegio optare. Tale soluzione è illegittima in quanto «affida irragionevolmente alla decisione del capolista il destino del voto di preferenza espresso dall'elettore nel collegio prescelto, determinando una distorsione del suo esito in uscita»⁸⁴, per cui la Corte, non potendo scegliere tra le diverse opzioni in attesa dell'intervento del legislatore, individua nel meccanismo residuale, già previsto dalla legge n. 361 del 1957, la soluzione da applicare ovvero il sorteggio di cui all'art.85 dello stesso d. P. R.⁸⁵.

Le vere ragioni di tale giurisprudenza riposano ancora una volta sulla «peculiarità e il rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento nel giudizio *a quo*, cioè il diritto fondamentale di voto, che svolge una funzione decisiva nell'ordinamento costituzionale, con riferimento alle conseguenze che dal suo non corretto esercizio potrebbero derivare nella costituzione degli organi supremi ai quali è affidato uno dei poteri essenziali dello Stato, quello legislativo»⁸⁶, nonché, infine, nell'«esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camere e del Senato, che definiscono le regole della composizione degli organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato»⁸⁷, onde evitare la creazione di una «zona franca nel sistema di giustizia costituzionale, in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico dell'ordinamento»⁸⁸.

In definitiva, va, quindi, rilevato come il Giudice delle leggi, dapprima con la sentenza n.1/2014 e poi con la sentenza n.35/2017, nella perdurante inerzia del Parlamento ad intervenire *in subiecta materia*, abbia riscritto il sistema elettorale italiano, invitando lo stesso legislatore, a mò di chiusura di quest'ultima decisione⁸⁹, ad adottare sistemi elettorali omoge-

⁸³ TONDI DELLA MURA (2017).

⁸⁴ Così la Corte al punto 12.2 del Cons. dir., recependo la q. l. c. sollevata dai remittenti.

⁸⁵ ROSSI (2017).

⁸⁶ Punto 3.1 del Cons. dir.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Punto 15.2 della sent. n. 35/2017: «la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il

nei o quanto meno compatibili con i principi e gli obiettivi di rilievo costituzionale⁹⁰.

5. LO STATO DELL'ARTE: IL SEGUITO PARLAMENTARE E LA LEGGE 3 NOVEMBRE 2017, N.165

Dopo tali pronunce, peraltro di natura autoapplicativa, restavano in piedi due differenti sistemi elettorali, per di più squilibrati come chiarito dalla stessa Consulta, vigendo, per la Camera, l'*Italicum* con le ablazioni di cui alla sentenza n. 35/2017 (proporzionale alla Camera, ma per sole liste, con l'incentivo del premio di maggioranza del 40% dei voti e con preferenza di genere ma con i capilista bloccati) e, per il Senato, il c.d. *Porcellum* al netto di quanto caducato dalla sentenza n. 1/2014 (proporzionale con soglie alte di sbarramento per coalizioni o liste, a livello regionale, con la possibilità del voto di preferenza, senza il rispetto delle quote di genere) ovvero due sistemi non creati dalla volontà parlamentare, ma residuati dagli interventi caducatori della Corte costituzionale sulle leggi vigenti⁹¹, così rendendo ancora più improbabile la formazione di maggioranze omogenee nei due rami del Parlamento.

In tale quadro emergenziale, una volta saltata l'intesa politica per una riforma elettorale sul modello tedesco⁹², è stata approvata la legge 3 novembre 2017, n. 165⁹³, che rappresenta l'ottavo modello elettorale nella storia della Repubblica italiana, alcuni dei quali non hanno mai avuto neanche applicazione⁹⁴.

Con tale legge viene introdotto un sistema elettorale misto, che prevede, per ciascuna Camera, l'assegnazione di circa un terzo dei seggi con formula maggioritaria nell'ambito di collegi uninominali, mentre i restanti due terzi sono attribuiti in modo proporzionale. Alla Camera, la ripartizione dei seggi è fatta a livello nazionale secondo il criterio del quoziente naturale e dei più alti resti, mentre al Senato la ripartizione è operata a livello regionale.

corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non devono ostacolare, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee».

⁹⁰ Sul concetto di omogeneità delle leggi elettorali v. MARTINELLI (2017, 171).

⁹¹ Sulle problematiche emerse in tale periodo v. TARLI BARBIERI (2017).

⁹² V. al riguardo D'ALIMONTE (2017).

⁹³ La legge viene definita anche quale *Rosatellum-bis* in quanto costituisce una versione modificata del testo presentato dal capogruppo del Partito democratico alla Camera, on. Ettore Rosato. Su tale legge v., senza alcuna pretesa di esaustività, APOSTOLI (2017); LUPO (2017); SGRÒ (2017); FERRI (2017); ESPOSITO (2017); CALVANO (2017).

⁹⁴ BIN, PITRUZZELLA (2018, 140).

Ciascuna circoscrizione e ciascuna Regione è suddivisa in collegi uninominali e collegi plurinominali, questi ultimi determinati dall'aggregazione di collegi uninominali contigui, con lista corta bloccata⁹⁵.

Le liste nei collegi plurinominali sono formate, infatti, da un minimo di due ad un massimo di quattro candidati. E' possibile essere candidati in una stessa lista in più collegi plurinominali, fino ad un massimo di cinque e contestualmente in un collegio uninominale, mentre non si può invece essere candidati in più di un collegio uninominale.

La novella, pur prevedendo due sistemi sostanzialmente identici per le due Camere, è caratterizzata da un meccanismo elettorale a prevalenza proporzionale, ma non in grado di assicurare la *governabilità* intesa come stabilità ed omogeneità di governo⁹⁶. La legge n. 165/2017, infatti, consente alle liste minori, che raggiungono almeno il 3%, di avere una proporzionale rappresentanza parlamentare, ma, nel contempo, si limita a ricercare la stabilità mediante la promozione del collegamento in coalizioni, collegi uninominali e liste corte⁹⁷.

Senonché l'intero impianto del *Rosatellum-bis* è orientato piuttosto alla valorizzazione delle singole liste, che sono tenute solo ad indicare il loro «capo politico»⁹⁸, invece che delle coalizioni, che non hanno alcun obbligo di depositare un programma comune ovvero di indicare il «capo unico» della coalizione⁹⁹.

I punti critici di tale sistema elettorale sono costituiti dall'assenza del voto di preferenza, optando la legge per un sistema di liste corte bloccate¹⁰⁰, e

⁹⁵ L'assegnazione di 232 seggi alla Camera (compresi un collegio in Valle d'Aosta e sei collegi in Trentino Alto Adige) e di 116 seggi al Senato (compresi un collegio in Valle d'Aosta e sei collegi in Trentino Alto Adige) è effettuata in collegi uninominali, in cui è proclamato eletto il candidato più votato. L'assegnazione dei restanti collegi avviene in collegi plurinominali, con metodo proporzionale tra le liste e le coalizioni di liste che abbiano superato le soglie di sbarramento. Sono proclamati eletti i candidati della lista del collegio plurinomiale secondo l'ordine di presentazione, nel limite dei seggi cui la lista abbia diritto.

⁹⁶ FUSARO (2018a, 65), nonché (2018b, 175), secondo cui il legislatore con la novella non si è proposto l'obiettivo di perseguire la c.d. *governabilità*. Per FERRI (2017, 38), la legge elettorale non è stata elaborata per favorire la formazione di maggioranze stabili e coese, «avvalorando il sospetto di una manovra concertata dai partiti «del sistema» per ridimensionare il movimento «antisistema» dei 5 Stelle».

⁹⁷ SGRÒ (2017, 12).

⁹⁸ Art. 14 *bis*, co. 3, del d. P. R. n. 361/1957, come sostituito dall'art. 1, co. 7, della l. n. 165/2017. Evidenziano le problematiche derivanti dall'ipotesi in cui il «leader» non sia eleggibile o per scelta o per ineleggibilità o per incandidabilità LUPO (2017, 23), e APOSTOLI (2017, 9).

⁹⁹ Come imposto dall'art.14 *bis*, co. 3, del d. P. R. n. 361/1957, introdotto dall'art.1 della l. n. 270/2005 e modificato dall'art.2, co. 8, della l. n. 52/2015, che adattava il testo della disposizione ad un sistema che non prevedeva coalizioni.

¹⁰⁰ Secondo SPADACINI (2017, 5), la sent. n. 1/2014 stigmatizza la mancanza di preferenze nella parte in cui non garantisce «l'effettiva conoscibilità degli stessi (i candidati) e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto». Per l'A. tale principio significa che «l'elettore, nell'esprimere il voto, deve essere posto nella condizione di conoscere gli effetti che il suo voto determinerà non solo nella distribuzione dei seggi ma anche nella individuazione dei candidati».

dall'inammissibilità del voto disgiunto. Al riguardo il numero dei candidati della lista non può essere inferiore alla metà, con arrotondamento all'unità superiore, dei seggi assegnati al collegio plurinominale e non può essere superiore al limite massimo di seggi assegnati al collegio plurinominale. In ogni caso, il numero dei candidati non può essere inferiore a due, né superiore a quattro alternati per genere¹⁰¹. Vengono proclamati eletti i candidati della lista del collegio plurinominale secondo l'ordine di presentazione, nel limite dei seggi a cui la lista abbia diritto.

A ciò si aggiunga che il voto dato per la quota maggioritaria nei collegi uninominali vale anche come voto da ripartire in sede proporzionale¹⁰², e viceversa¹⁰³. Ai fini della verifica del superamento della soglia di sbarramento co-alizionale del 10%, non concorrono i voti delle liste che ottengono meno dell'1%, mentre i voti delle liste tra l'1% ed il 3%, pur non essendo utili alle liste medesime, concorrono al risultato totale della coalizione.

La legge n. 165/2017 prevede altresì che il candidato in un collegio uninominale possa essere candidato in altri collegi plurinomiali fino ad un massimo di cinque, per cui sono ammissibili le pluricandidature¹⁰⁴.

Il sistema novellato, per recepire i principi di cui alla sentenza n. 35/2017, esclude ogni possibilità di scelta per il candidato eletto in più collegi, prevedendo l'assegnazione *ope legis* o del seggio conquistato nel collegio uninominale o nel collegio plurinominale ove la lista abbia ottenuto il risultato elettorale meno brillante¹⁰⁵.

Risultano, quindi, evidenti alcuni profili di criticità della nuova legge elettorale per contrasto con i principi di uguaglianza, libertà e personalità del voto di cui agli artt. 3 e 48 Cost.

In disparte l'ammissibilità, seppur ridotta a sei, delle pluricandidature, appaiono comunque dubbie le connessioni tra voto uninominale e voto di lista, per cui il voto espresso nel collegio uninominale diventa indistinguibile da

¹⁰¹ Art.18 *bis*, co. 3, del d. P. R. n. 361/1957 ed art.9, co. 4, del d.lgs. n. 533/1993, come modificati dalla l. n. 165/2017.

¹⁰² Secondo CHIAROMONTE (2005, 89 e 196) nei sistemi parlamentari misti ma « a un voto » gli elettori « optando per un candidato uninominale votano contemporaneamente per la lista o il gruppo concorrenti per i seggi proporzionali al quale quel candidato appartiene ». Il trasferimento automatico del voto non sembra tenere conto del principio di conoscibilità dei candidati in quanto l'elettore dovrebbe essere in grado di conoscere tutti i candidati delle liste della medesima coalizione.

¹⁰³ Art.59 *bis* del d. P. R. n. 361/1957, modificato dall'art.1, co. 21, l. n. 165/2017 per la Camera; art.14 del d. lgs. n. 533/1993, modificato dall'art.2, co. 5, l. n. 165/2017 per il Senato.

¹⁰⁴ Art.19 d. P. R. n. 361/1957, come modificato dall'art.1, co.11, l. n. 165/2017.

¹⁰⁵ Art. 1, comma 29, l. n. 165/2017. Sul «carattere recessivo della preferenza multipla» v. COSULICH (2010, 570).

quello assegnato nel collegio plurinominale¹⁰⁶, così come il trasferimento del voto per le liste attestatesi tra l'1% ed il 3% alle altre liste coalizzate finisce con il premiare, al di là della volontà degli stessi elettori, i partiti maggiori.

Il c.d. voto unico o «fuso» comporta che con il solo voto al candidato nel collegio uninominale l'elettore partecipi, inconsapevolmente e/o contro la sua volontà, alla distribuzione proporzionale dei restanti due terzi dei seggi fra le liste bloccate collegate al medesimo candidato¹⁰⁷. Il sistema determina, inoltre, notevoli slittamenti tra un collegio plurinominale e l'altro, cosicché l'elettore, pur votando una lista del suo collegio, può finire inconsapevolmente ad eleggere candidati di altri collegi¹⁰⁸.

Dal punto di vista della governabilità, il *Rosatellum-bis* non appare in grado, in un sistema tripolare e frammentato qual è quello attuale, di favorire la formazione di una solida maggioranza parlamentare e garantire la stabilità del governo, stante il limitato correttivo maggioritario (1/3 dei seggi), le modalità di voto (scheda unica e voto unico) e gli sbarramenti nazionali per il Senato¹⁰⁹. Dal nuovo sistema elettorale risulta con evidenza la sproporzione tra i meccanismi approntati, lo scopo di favorire le coalizioni elettorali a discapito delle liste singole e, soprattutto, l'impossibilità di assicurare la stabilità e la funzionalità di una maggioranza di governo¹¹⁰, come le elezioni svoltesi il 4 marzo 2018 hanno inequivocabilmente testimoniato¹¹¹.

L'auspicio è che il *Rosatellum-bis*, approvato in piena emergenza istituzionale ed a seguito dei vincoli della giurisprudenza costituzionale¹¹², sia

¹⁰⁶ SALERNO (2017) che auspica il ritorno al doppio voto o alla doppia scheda, come nel *Mattarellum* impiegato alla Camera dal 1994. V. anche D'ANDREA (2017).

¹⁰⁷ LUCIANI (2018) ritiene il voto unico dell'elettore «una limitazione del suo potere di scelta. La logica del collegio uninominale è quella di esaltare la qualità dei candidati. Ma se l'elettore, attraverso un certo candidato, è costretto a prendere tutto il pacchetto, candidato uninominale e candidati di lista, (...) c'è una seria limitazione del suo potere di scelta».

¹⁰⁸ FURLANI (1989, 6) prospetta al riguardo «serie motivazioni di illegittimità costituzionale in quanto il numero dei seggi assegnati in base alla popolazione alle circoscrizioni non viene integralmente attribuito alle stesse».

¹⁰⁹ Il Senato è a base regionale ex art.57, co. 1, Cost., ma valgono le stesse soglie di sbarramento previste per la Camera e, quindi, su base nazionale, con alcune modifiche: ai fini del calcolo delle soglie coalizionali rilevano le liste che abbiano ottenuto in almeno una regione il 20% dei voti validi anche nel caso in cui non ottengano l'1% a livello nazionale; ai fini del riparto dei seggi in ciascuna Regione, è prevista la possibilità per una lista di ottenere comunque seggi laddove superi nella Regione di riferimento il 20% dei voti validi.

¹¹⁰ TONDI DELLA MURA (2018, 37).

¹¹¹ L'esito della tornata elettorale ha segnato il conseguimento della maggioranza relativa da parte del Movimento 5 Stelle, il crollo del Partito democratico al 18%, e, all'interno della coalizione di centro-destra, il sorpasso della Lega ai danni di Forza Italia, relegata al 14% dei voti. Sulle vicende successive v. MOSCHELLA (2018, 500).

¹¹² SALERNO, (2017), 276, ritiene essersi formato in materia elettorale una sorta di «blocco di costituzionalità», determinatosi con il sommarsi delle sentenze n.1 del 2014 e n.35 del 2017, dallo stesso A. definito «flessibile».

solo una legge di transizione verso un nuovo sistema elettorale e che il Parlamento, nella XVIII legislatura, riesca a porvi mano, onde evitare nuove e deleterie pronunce di incostituzionalità. Un terzo intervento caducatorio della Corte costituzionale sulle leggi elettorali potrebbe avere gravi ripercussioni sul piano politico ed istituzionale, mettendo in crisi l'intero sistema democratico italiano ¹¹³.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMATO, G.; BARBERA, A.; CIAURRO, G. F.; LABRIOLA, S.; MATTARELLA S.; ORTINO, S. (1994), «Leggi elettorali e sistema istituzionale: problemi e prospettive», in *Bollettino Informazioni Costituzionali e Parlamentari*, n. 1.
- ANZON DEMMIG, A. (1989), «Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania federale, Austria e Spagna», in *Politica del diritto*, n. 2.
- (2013), «Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una «zona franca» dei giudizi di costituzionalità)», in *RivistaAIC.it*.
- (2017), «La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell' Italicum e il persistente immobilismo del legislatore», in *Giurisprudenza costituzionale*.
- APOSTOLI, A. (2017), «Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni», in *Osservatorioaic.it*.
- AZZARITI, G. (2013), «La sentenza e gli effetti indiretti sulla legislazione futura», in *Nomos. Le attualità nel diritto* n. 3.
- BALDUZZI, R.; Cosulich, M. (2005), «In margine alla nuova legge elettorale politica», in *Giurisprudenza costituzionale*.
- BARBERA A. (2015), «La nuova legge elettorale e la «forma di governo» parlamentare», in *Quaderni costituzionali*.
- BARTOLE, S. (2014), «Intervento nel Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n.2 70 del 2005», in *Giurisprudenza costituzionale*.
- BENVENUTI, M. (2016), «Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sent. n.1/2014 della Corte costituzionale. Brevi considerazioni interlocutorie a margine dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale», in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- BETTINELLI, E. (1982), *All'origine della democrazia dei partiti. La formazione del nuovo ordinamento elettorale nel periodo costituente (1944-1948)*, Milano: Edizioni di comunità.

¹¹³ TARLI BARBIERI (2018, 4), e SALERNO (2017, 276).

- BIGNAMI, M. (2014), «La Corte costituzionale interviene in via «semi-incidentale» nella legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale», in D'Amico, M.; Catalano, S. (a cura di), *Prime riflessioni sulla «storica» sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano: Franco Angeli.
- BIN, R. (2014), ««Zone franche» e legittimazione della Corte», in *Forumcostituzionale.it*.
- BIN, R.; PITRUZZELLA, G. (2018), *Diritto pubblico*, Torino: Giappichelli.
- BIONDI, F. (2006), «Oggetto e parametro», in Balduzzi, R.; Costanzo, P. (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino: Giappichelli.
- CALVANO, R. (2017), «Appunti per uno studio sui caratteri del diritto costituzionale di voto anche alla luce della legge elettorale n.165 del 2017», in *Democrazia e diritto*.
- (2014), «La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014», in *Federalismi.it*.
- CARAVITA, B.; LUCIANI, M. (1982), «Oltre la «democrazia bloccata»: ipotesi sui meccanismi elettorali», in *Democrazia e diritto*, n. 6.
- CARLASSARE, L. (2013), «La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi», in *Giurisprudenza costituzionale*.
- CARNEVALE, P. (2013), «La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della «storica» sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale», in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.3.
- CARROZZA, P.; ROMBOLI, R.; ROSSI, E. (2006), «I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento», in Romboli, R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- CATALANO, S. (2015), «Prime riflessioni sul controllo preventivo sulle leggi elettorali inserito nella proposta di revisione costituzionale all'esame del Parlamento», in *Forumcostituzionale.it*.
- CATELANI, E. (2014), ««Due pesi e due misure» nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una *factio litis*, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere», in *Confronti costituzionali*.
- CATELANI, E.; DONATI, F.; GRISOLIA, M. C. (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- CERRI, A. (2012), *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano: Giuffrè.
- CHIAROMONTE, A. (2005), *Tra maggioritario e proporzionale. L'universo dei sistemi elettorali misti*, Bologna: Il Mulino.
- CHIEPPA, R. (2013), «Postilla al seminario del 29 gennaio 2014 «Le Corti e il voto»», in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3.
- COSULICH, M. (2010), «Sistemi elettorali (Italia)», in *Digesto discipline pubblicistiche*. Torino: Utet Giuridica.
- D'ALIMONTE, R. (2017), «Legge elettorale, le convenienze (e i danni) del «tedesco»», in *Il Sole 24 Ore*.

- D'AMICO, M. (2014), «Corte costituzionale e materia elettorale: una decisione storica», in D'Amico, M.; Catalano, S. (a cura di), *Prime riflessioni sulla «storica» sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano: Franco Angeli.
- D'ANDREA, A. (2017), «Legge elettorale: il doppio effetto di una sola scheda e un solo voto», in www.lacostituzione.info.
- DAL CANTO, F. (2014), «Corte costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche», in *Confronti costituzionali*.
- (2015), «Qualche osservazione sulla proposta di introduzione del ricorso preventivo di costituzionalità avverso le leggi elettorali», in *Osservatoriosullefonti.it*.
- (2016), «Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali», in *Quaderni costituzionali*.
- DE FIORES, C. (2007), *Rappresentanza politica e leggi elettorali*, Torino: Giappichelli.
- DE MINICO, G. (2019), «Forma di governo e legge elettorale. Un dialogo nel tempo», in De Minico, G.; Ferraiuolo, G. (a cura di), *Legge elettorale e dinamica della forma di governo*. Firenze: Passigli Editori.
- DICKMANN, R. (2017), «La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario «eventuale» ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere», in *Federalismi.it*.
- (2014), «La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza», in *Federalismi.it*.
- DURANTI, S.; SAWICKI, J. (2006), «La nuova legge per l'elezione del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati (legge 21 dicembre 2005, n. 270)», in *Federalismi.it*.
- DUVERGER, M. (1950), *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, Paris: Librairie Armand Colin.
- ELIA, L. (1958), *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano: Giuffrè.
- ESPOSITO, M. (2017a), «Col Rosatellum il Parlamento non serve più: l'ultima «genialata» di Matteo & Silvio», in www.ilsussidiario.net.
- (2017b), «Diritto di voto e sistema elettorale: riflessioni a margine della sent. n. 35/2017 della Corte costituzionale», in *Giurisprudenza costituzionale*.
- FERRARA, G. (1979), «Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo», in *Democrazia e diritto*, n. 4-5.
- FERRI, G. (2017), «I sistemi elettorali delle Camere dopo le sentenze della Corte costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017) e la legge n. 165/2017», in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3.
- FURLANI, S. (1960), «Elezioni politiche», in *Novissimo digesto italiano*, Torino: Utet.
- (1989), «Elezioni. I) Sistemi elettorali», in *Enclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana. Roma.

- FURNO, E. (2016), «La giustizia costituzionale alla luce della riforma c.d. Renzi-Boschi», en Lucarelli, A.; Zammartino, F. (a cura di), *La riforma costituzionale Renzi-Boschi. Quali scenari?*, Torino: Giappichelli.
- (2014), *La responsabilità del Presidente della Repubblica dopo la sentenza n. 1/2013 della Corte costituzionale*, II ed., Torino: Giappichelli.
- FUSARO, C. (2015), «Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (commento alla l. 6 maggio 2015, n.52)», en *Guida al diritto*, n. 23.
- (2018a), «Norme omogenee alla difficile prova della governabilità», en *Guida al diritto*, n. 2.
- (2018b), «La nuova legge elettorale: senza rete, alla ricerca della riduzione del danno», en *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- GIANELLO, S. (2013), «La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano», en *RivistaAIC.it*.
- GRISOLIA, M. C. (2013), «La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale», en *Forumcostituzionale.it*.
- GUZZETTA, G. (2014), «La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura», en *Forumcostituzionale.it*.
- LANCHESTER, F. (1981), *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna: Il Mulino.
- (2015a), L'Italicum e gli incroci pericolosi, en *Rassegna parlamentare*.
- (2015b), «Il sistema elettorale in senso stretto: dal porcellum all'Italicum», en *Democrazia e diritto*, n. 1.
- LAVAGNA, C. (1952), «Il sistema elettorale nella Costituzione italiana», en *Rivista trimestrale diritto pubblico*.
- LIETO, S.; PASQUINO, P. (2014), «La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n. 1 del 2014», en *Forumcostituzionale.it*.
- LIETO, S.; PASQUINO, P. (2015). «Porte che si aprono e porte che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015», en *Forumcostituzionale.it*.
- LOPEZ, L.; ESPIN, E.; GARCIA, J.; PEREZ TREMP, P.; SATRUSTEGUI, M. (2018), *Derecho constitucional*, Vol. II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- LUCIANI, M. (1984), *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova: Cedam.
- (2010), «Governo (forme di)», en *Enciclopedia del diritto, Annali, III*, Milano: Giuffrè.
- (2017). «Bis in idem-la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica», en *RivistaAIC.it*.
- (2018), «Democrazia a rischio, ecco perché», en *Il sussidiario.net*.
- LUCIANI, M.; VOLPI, M. (1997), *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino: Bologna.
- LUPO, N. (2017), «Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti sulla legge n. 165 del 2017, in rapporto alla Costituzione», en *Federalismi.it*.

- MALFATTI, E.; PANIZZA, S.; ROMBOLI, R. (2016), *Giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli.
- MANETTI, M. (2001), «L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali», in Anzon, A.; Caretti, P.; Grassi, S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli.
- MANFRELOTTO, R. (2017), «Il fantasma della governabilità e la rigidità costituzionale», in *Giurisprudenza costituzionale*.
- MANGIA, A. (2018), «L'azione di accertamento come surrogato funzionale del ricorso diretto», in *Forumcostituzionale.it*.
- MARTINELLI, C. (2017), «Il mito dell'omogeneità tra le leggi elettorali», in Ferri, G. (a cura di), *Corte costituzionale e leggi elettorali*, Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli.
- MASSA PINTO, I. (2017), «Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda il ruolo dei partiti politici», in *Costituzionalismo.it*.
- MASSARI, O. (2015), «Sistemi di partito, effetti dei sistemi elettorali dopo il 1993 e la riforma elettorale», in Volpi, M. (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*. Bologna: Il Mulino.
- MAZZIOTTI DI CELSO, M. (1981), «Parlamento (funzioni)», in *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè.
- MAZZIOTTI, M. (2013), «Osservazioni sulla sent. n. 1 del 2013, con cui la Corte costituzionale ha deciso il conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti del Tribunale di Palermo», in *Giurisprudenza costituzionale*.
- MORRONE, A. (2014), «L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?», in *Giurisprudenza costituzionale*.
- MORTATI, C. (1975), *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, IX ed., Padova: Cedam.
- MOSCHELLA, G. (2018), «Risultati elettorali. Ristrutturazione del sistema politico e formazione del governo all'inizio della XVIII legislatura», in *Consulta online*, n.3.
- NICCOLAI, S. (2016), «Se questo è un giudice. Nelle leggi elettorali con «bollino di costituzionalità» il rischio della riduzione della Costituzione a ideologia», in *Questione giustizia*, n.2.
- NOCILLA, D. (1985), «Popolo, d) diritto costituzionale», in *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè.
- OLIVITO, E. (2013), «*Fictio litis* e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?», in *Costituzionalismo.it*.
- PACE A., (2013), «Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali», in *RivistaAIC.it*.
- PARODI, G. (1996), *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino: Giappichelli.
- PASTENA, R. (2014), «Operazione di chirurgia elettorale. Note a margine della sentenza n. 1 del 2014», in *Rivistaaic.it*.

- PERTICI, A. (2015), «La legge elettorale n. 52 del 2015 per la Camera dei deputati», en Catelani, E.; Panizza S.; Romboli, R. (a cura di), *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa: Pisa University Press.
- PERTICI, A.; ROSSI, E. (2006), «La possibilità di impugnare la nuova legge elettorale alla Corte costituzionale e gli effetti della sua eventuale sospensione», en *Forumcostituzionale.it*.
- PIERANDREI, F. (1953), «Considerazioni giuridiche sulle ultime elezioni politiche italiane e sulle leggi ad esse relative», en *Ius*.
- PIZZORUSSO, A. (2012), ««Zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale italiana», en D'Atena, A. (a cura di), *Studi in onore di P. Grossi*, Milano: Giuffrè.
- PUGIOTTO, A. (1992), «Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- RAUTI, A. (2014), *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1/2014. Problemi e prospettive*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- (2016), «Il giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato», en *Federalismi.it*.
- (2017), «La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali», en *Consulta online*, n.2.
- REPETTO, G. (2013), «Il divieto di *factio litis* come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione in tema di legge elettorale», en *RivistaAIC.it*.
- (2017), *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- RESCIGNO, G. U. (1994), «Democrazia e principio maggioritario», en *Quaderni costituzionali*.
- (2014), «Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- RIMOLI, F. (2014), «Intervento nel Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n. 270 del 2005», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- ROMBOLI, R. (2009), «La riforma dell'amparo costituzionale in Spagna e l'introduzione di un ricorso individuale diretto in Italia», en Brunelli, G.; Pugiotto, A.; Veronesi, P. (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. IV, Napoli: Jovene.
- (2010), «Il tribunal constitucional spagnolo e le condizioni di ammissibilità del «nuovo» amparo», en *Quaderni costituzionali*.
- (2013), «La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?», en *Foro italiano*.

- (2014), «Intervento nel Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n. 270 del 2005», en *Giurisprudenza costituzionale*.
 - (2016), «La legittimazione della Cassazione a sollevare questione di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.», en *Scritti in ricordo di P. Cavaleri*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
 - (2017), «L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della storica «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie», en *Foro italiano*.
 - (a cura di) (2006), «Caratteri, limiti, prospettive di un modello», en ROMBOLI, R. (a cura di) *L'accesso alla giustizia costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- ROSSI, E. (2017), «Il sistema misto «capolista bloccato- preferenze» nell' Italicum, dopo l'eliminazione del ballottaggio», en *Osservatorio sulle fonti.it*.
- RUGGERI, A. (2011), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino: Giappichelli.
- RUGGERI, A.; SPADARO, A. (2014), *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli.
- SALERNO, G. M. (2013), «Il giudizio di costituzionalità delle leggi elettorali come «tramite» per il pieno ripristino del diritto di voto», en *Corriere giuridico*.
- (2014), «Intervento nel Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n. 270 del 2005», en *Giurisprudenza costituzionale*.
 - (2017a), «Ecco perché la Consulta boccherà anche questa legge elettorale», en *Il sussidiario.net*.
 - (2017b), «Dopo l'Italicum: la giurisprudenza costituzionale come crocevia tra le istituzioni repubblicane», en *Quaderni costituzionali*.
- SALVADORI, G. (2017), «La Corte conferma l'accesso «in via preferenziale» (nota a sent. n. 35 del 2017)», en *Osservatorioaic.it*.
- SALVI, C. (2014), «Legge elettorale: i punti critici della proposta del PD alla luce della sentenza della Corte costituzionale», en *Astrid-online.it*.
- SCACCIA, G. (2014), «Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma elettorale», en *Confronti costituzionali*.
- (2015a), *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena. Mucchi Editore.
 - (2015b), «La legge elettorale Italicum fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali», en *Questione giustizia*, n. 1.
- SERGES, G. (2014), «Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale», en *Rivistaaic.it*.
- (2015), *Sentenze costituzionali e dinamica delle fonti*, Napoli. Editoriale Scientifica.

- SEVERINI, A. (2014), «Luci ed ombre della sentenza n. 1/2014», en *Rivistaaic.it*.
- SGRÒ, F. (2017), «Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: quesiti nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano», en *Osservatorioaic*.
- SICLARI, M. (2006), «Il procedimento in via incidentale», in Balduzzi, R.; Costanzo, P. (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino. Giappichelli.
- SORRENTINO, F. (2013), «La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- SORRENTINO, F. (2014), «Intervento nel Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n. 270 del 2005», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- SORRENTINO, F. (2015), «La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- SPADACINI, L. (2014), «I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014», en *Forumcostituzionale.it*.
- (2017), «La proposta di riforma elettorale all'attenzione del Senato: alcuni dubbi di illegittimità costituzionale», en *Nomos, Le attualità nel diritto*, n. 3.
- STAIANO, S. (2013), «Costituzionalisti e popolo», en *Federalismi.it*.
- (2014a), «Intervento nel Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n.1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n. 270 del 2005», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- (2014b), «La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale», en *RivistaAIC.it*.
- TARLI BARBIERI, G. (2017), «Verso una nuova (ennesima) legge elettorale? Il seguito della sent. 35/2017», en *Osservatoriosullefonti.it*.
- (2018), «L'infinito riformismo elettorale tra aporie giuridiche e dilemmi costituzionali», en *Federalismi.it*.
- TONDI DELLA MURA, V. (2017), «Ma la discrezionalità legislativa non è uno spazio vuoto. Primi spunti di riflessione sulle sentenze della Consulta n. 1/2014 e n. 35/2017», en *Dirittifondamentali.it*, n. 1.
- VILLONE, M. (2015), «La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi», en *Costituzionalismo.it*.
- (2017), «Rappresentatività, voto eguale, governabilità: quando una irragionevolezza diviene manifesta?», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- VOLPE, G. (2003), «Sviluppo del giudizio sulle leggi in Italia: verso un processo di «amparo»», en F. Fernandez Segado (a cura di), *The Spanish Constitution in the European constitutional context*. Fernandez Segado, Madrid.
- VOLPI M. (2016), *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, VI ed., Torino: Giappichelli.

- VUOLO, A. (2018), *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*. Napoli, Editoriale Scientifica.
- ZAGREBELSKY, G. (1969), «La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- (2014), «La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori», en *Giurisprudenza costituzionale*.
- ZAGREBELSKY, G.; MARCENÒ, V. (2012), *Giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino.
- (2018), *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, vol. II, Bologna: Il Mulino.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA POSIBILIDAD DE RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO EN LOS PROCESOS DE MODIFICACIÓN DE CAPACIDAD E INTERNAMIENTO

LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ*
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. El artículo 3 de la LOREG y la crítica de la discriminación. 2. La defensa del artículo 3 de la LOREG como norma diferenciadora. 2.1 Algunas precisiones normativas. 2.2 La justificación de la diferenciación. 3. Conclusión: una norma constitucionalmente legítima. 4. Bibliografía citada.

1. EL ARTÍCULO 3 DE LA LOREG Y LA CRÍTICA DE LA DISCRIMINACIÓN

Desde la aprobación por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹—aunque su entrada en vigor se produjo año y medio después²— se

* Catedrático de Derecho Constitucional.

¹ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 61/106 (A/RES/61/106).

² Se abrió a la firma y ratificación el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Convención. España fue uno de los primeros países en depositar el instrumento de ratificación. *Vid.* BOE núm. 96/2018, de 21 de abril.

han producido numerosas e importantes modificaciones en el ordenamiento jurídico español de la discapacidad³. Ello es fruto del relevante cambio de visión en el tratamiento de la discapacidad que ha supuesto dicha Convención, pues se pasó de un modelo *médico* o *tradicional*, centrado en las deficiencias que padecen estas personas y las limitaciones que ellas suponen en su vida ordinaria, a otro *social* o de *derechos humanos*, que pone el acento en la interacción de las limitaciones personales con la forma en que se configura el entorno físico e institucional, así como en la afirmación del reconocimiento de la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones con los demás; mientras el primer modelo supone, básicamente, el establecimiento de mecanismos de tratamiento y protección, incluida la sustitución en la toma de decisiones, el segundo determina la necesaria articulación de medidas de accesibilidad, ajustes razonables y sistemas de apoyo para hacer realidad la autonomía de actuación de la persona con discapacidad y el ejercicio de su capacidad jurídica⁴.

Muchos de estos cambios se han producido en el terreno del derecho de sufragio con el fin de facilitar su ejercicio a las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás⁵. En este sentido cabe citar la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, de reforma de la LOREG, que, entre otras medidas, modifica el artículo 87 para introducir el mandato al Gobierno de la regulación de un procedimiento de voto accesible para las personas con discapacidad visual, a fin de que puedan votar con plena autonomía y secreto⁶, mandato que fue cumplido muy poco después⁷; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, que dedica dos artículos a favorecer la accesibilidad de las personas con discapacidad auditiva en el ámbito de la participación política y electoral⁸; y el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento

³ Todavía queda camino por recorrer. A este respecto, en la actualidad está en tramitación un ambicioso Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

⁴ Sobre el cambio de modelo que supone la Convención de Nueva York *vid.* PALACIOS (2008).

⁵ Sobre estas modificaciones normativas *vid.* LEÓN ALONSO (2014, 183 ss.) y GÁLVEZ MUÑOZ (2017, 1076 y ss.)

⁶ *Vid.* los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre.

⁷ Es el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, el cual fue completado con la Orden del Ministerio del Interior 3817/2007, de 21 de diciembre.

⁸ *Vid.* los artículos 13 y 22 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, situado el primero en el Título I, relativo al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas, y el segundo en el Título II, que se ocupa del aprendizaje, conocimiento y uso de los medios de apoyo a la comunicación oral.

sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales, que establece diversas medidas de remoción de obstáculos a la igualdad, tanto en relación a los locales electorales, como a la información y la propaganda electoral.

Recientemente se ha producido una modificación de la LOREG que trata de ir más allá, pues no solo persigue facilitar el ejercicio del derecho de sufragio de los miembros de este colectivo plural y multiforme, sino que pretende también salvaguardar, sobre todo, la integridad misma de este derecho fundamental. Es la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, que, además de introducir la prescripción de que el sufragio se ejercerá «consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera» (nuevo artículo 3.2), ha eliminado de nuestro Derecho la posibilidad de privar del ejercicio de este derecho a las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad o internamiento en un centro psiquiátrico (artículo 3.1, b y c, que la preveía, y 3.2 que la regulaba)⁹.

El texto del artículo 3 decía así en la parte que nos interesa:

«1. Carecen de derecho de sufragio:

[...] b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente.»

Es ésta una reclamación larga e insistentemente demandada por las asociaciones de personas con discapacidad, como el Comité Español de Repre-

⁹ Además, en relación con esta supresión, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, ha introducido una nueva disposición adicional, la octava, por la que «quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas» y se declara que «las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley».

sentantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que la pusieron en el centro de sus exigencias, y algunos relevantes organismos internacionales, como el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, creado por la Convención de Nueva York para facilitar su aplicación¹⁰, y que llegó a pedir expresamente a España en 2011 que modificara el artículo 3 de la LOREG para «que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar»¹¹. La idea fue venciendo poco a poco las resistencias iniciales de los políticos; y, de hecho, la reforma electoral fue aprobada por unanimidad, a pesar del crispado clima político que se vivía en ese momento y que abocó muy poco después –a principios de marzo de 2019– a la disolución anticipada de las Cámaras y la convocatoria de nuevas elecciones, y de que el Tribunal Constitucional rechazara en el Auto 196/2016, de 28 de noviembre, que hubiese apariencia de lesión constitucional en la norma¹².

Esta derogación normativa se apoya en una concreta fundamentación material proporcionada por la doctrina y diversos organismos en los últimos años, tanto en el plano nacional como internacional, que tiene como punto básico y central el argumento antidiscriminatorio¹³. Desde esta perspectiva se considera que la posibilidad de privar del ejercicio del derecho de sufragio a una persona por razón de su discapacidad, como la que recoge el artículo 3 de la LOREG, vulnera el principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 14 de la CE, en conexión con diversos instrumentos internacionales, como la Convención de Nueva York de 2006 (artículos 1, 2, 5, 12 y 29)¹⁴; se entiende que valorar la capacidad para votar de estas personas es en sí mismo

¹⁰ Vid. los artículos 34 a 39 de la Convención de Nueva York, así como su Protocolo Facultativo, de la misma fecha que la Convención.

¹¹ Vid. los puntos 47 y 48 de las Observaciones finales del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad al Informe presentado por España con arreglo al artículo 35 de la Convención, que fueron aprobadas el 23 de septiembre de 2011. CRPD/C/ESP/CÓ/1.

¹² Sobre este Auto del Tribunal Constitucional vid. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ (2017) y GÁLVEZ MUÑOZ (2019, 101-105).

¹³ Vid., entre otros, CUENCA GÓMEZ (2018), PASCUAL PLANCHUELO (2016), MARTÍNEZ PUJALTE (2016, 86 ss.), BECKMAN (2009) y FISHKIN (2011). En el terreno jurisdiccional vid. el voto particular discrepante de la magistrada Adela Asua Batarrita al ATC 196/2016, de 28 de noviembre, así como el recurso de nulidad de actuaciones presentado por la Fiscalía General del Tribunal Supremo contra la STS de 17 de marzo de 2016, que fue, precisamente, la examinada en el citado Auto del Tribunal Constitucional. En el ámbito institucional tiene gran interés el Informe del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, de 9 de septiembre de 2013, sobre la Comunicación 4/2011 presentada por varios ciudadanos húngaros contra Hungría (CRPD/C/10/D/4/2011), así como, del mismo Comité, la Observación General número 1, de 2014, sobre el artículo 12 de la Convención, relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley, y la Observación General número 6, de 2018, sobre la igualdad y la no discriminación consagradas en el artículo 5 de la Convención. Sobre la primera observación general citada vid. BARRANCO, CUENCA GÓMEZ & RAMIRO AVILÉS (2012).

¹⁴ Vid. también el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1996

discriminatorio, pues no se hace con nadie más cuando todas las personas disponen de la misma capacidad jurídica, y que, en cualquier caso, no existe una justificación suficiente o válida para restringir un derecho tan básico en un colectivo protegido.

La exposición de motivos de la Ley de reforma se ha detenido de forma especial en este argumento, conectando la Constitución con la Convención de Nueva York. A este propósito señala:

«El Estado español garantiza el derecho de igualdad de trato y no discriminación para todos los ciudadanos y ciudadanas con discapacidad. La propia Constitución Española así lo establece en su artículo 14 que proclama la igualdad ante la ley de todos los españoles y españolas.

El 3 de mayo de 2008 entró en vigor en España la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que recoge el derecho de igualdad ante la ley en su artículo 12. Este Tratado internacional tiene el propósito declarado de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, de acuerdo a lo establecido en su artículo 1. Para ello, garantizar la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad se convierte en un elemento esencial para cumplir con los compromisos adquiridos internacionalmente por España.

A este respecto, el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones supone la máxima expresión de participación política de los miembros de una sociedad democrática. Así lo recoge el artículo 29 del Tratado citado, que conmina al Estado a garantizar el derecho al voto en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad, entre otras formas de participación política y pública.

Por todo ello, la regulación del derecho de sufragio vigente en España choca en este sentido con el principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución»¹⁵.

También hubo abundantes referencias a este argumento durante el proceso de tramitación parlamentaria de la Ley, tanto en la Asamblea de Madrid, de donde procede la iniciativa, como en el Congreso de los Diputados y en el Senado, que la aprobaron. El tratamiento no tuvo especial profundidad, pero sí es muy expresivo. Valga como ejemplo la intervención de la diputada Beatriz Gimeno Reinoso, del Grupo Parlamentario Podemos de la Asamblea de Ma-

y los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000.

¹⁵ El resto de la exposición de motivos de la Ley se dedica, casi en su integridad, a exponer la posición del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad sobre la restricción de este derecho expresada en el informe citado sobre España de 2011.

drid, durante el turno de defensa de la proposición que tuvo lugar en el debate de su toma en consideración en el Congreso de los Diputados:

«[...] es una alegría participar en lo que en definitiva es hacer justicia a un sector de la ciudadanía que vive situaciones de discriminación y de exclusión constantes. Que tengamos a estas alturas que estar ratificando el derecho de sufragio de estas personas demuestra la desidia con la que se tratan los asuntos relativos a la diversidad funcional, la falta de voluntad política, los prejuicios que siguen activos, lo que cuesta cambiar las mentalidades desde un enfoque anclado en la minusvalía a un paradigma de la diversidad funcional o de las capacidades diferentes. En todo caso, esta ley, que es fruto de la lucha de muchos años –como ocurre siempre– de las asociaciones de la discapacidad, terminará, cuando se apruebe, con una situación de vulneración de derechos humanos y derechos civiles...

Sin embargo, en todos estos años en España casi cien mil personas se han visto privadas de este derecho de manera arbitraria y sin otra razón que prejuicios. Por si fuera poco, hemos venido permitiendo que los jueces hicieran una especie de examen a estas personas, un examen al que no someten a ninguna otra persona, para ejercer un derecho personal e inalienable como es el derecho al voto. A ningún ciudadano de este país se le exige que explique con qué independencia vota, con qué conocimiento, con qué entendimiento, ni siquiera hace falta para poder votar, como es lógico, saber leer ni escribir, porque, como sabemos, el derecho al sufragio es un derecho personal e inalienable. Sin embargo, los jueces han venido sometiendo a las personas con diversidad funcional intelectual a esta especie de examen. En definitiva, esta ley pretende restituir un derecho del que estas personas nunca se debieron ver privadas»¹⁶.

2. LA DEFENSA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LOREG COMO NORMA DIFERENCIADORA

No compartimos esta crítica del artículo 3 de la LOREG –en su redacción anterior a la reforma– y no consideramos, por tanto, que la posibilidad de privar del ejercicio del derecho de sufragio a las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad o internamiento constituya un supuesto de discriminación contrario a la Constitución. La argumentación empleada presenta, a nuestro juicio, debilidades de base y no es suficiente para cuestionar eficazmente el ajuste de la norma al principio de igualdad; entendemos, por el contrario, que hay razones bastantes para sostener su legitimidad.

Es de ello de lo que nos vamos a ocupar a continuación, para lo que tomaremos como base e hilo conductor el proceso de modificación de capacidad,

¹⁶ Vid. *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, XII Legislatura, núm. 87, 7 de noviembre de 2017, pp. 6-7.

tanto por su mayor importancia práctica¹⁷, como para dar la máxima fluidez al discurso expositivo, aunque sin dejar del todo de lado el proceso de internamiento psiquiátrico. Expondremos el razonamiento en dos fases: en primer lugar, realizaremos algunas precisiones normativas básicas en la materia; y, en segundo término, nos centraremos en los elementos concretos implicados en la justificación del precepto. Tras ello, se podrá deducir con facilidad la conclusión a extraer, pero de ello ya nos ocuparemos en el siguiente apartado.

2.1 Algunas precisiones normativas

El primer punto del razonamiento consiste en precisar el alcance de las normas implicadas en este concreto juicio de igualdad. Así, el artículo 14 de la CE, el artículo 3 de la LOREG, tanto en solitario como en conexión con otros preceptos, y el conjunto de la regulación sobre la modificación de capacidad e internamiento que realiza el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Nos limitaremos a los puntos fundamentales de la normativa y en ellos solo a lo estrictamente necesario para nuestro examen.

a) En primer lugar, lo más básico: el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE no impide establecer diferencias de trato entre categorías o grupos de personas, sino, más precisa y matizadamente, realizar diferenciaciones entre ellas que carezcan de una justificación objetiva y razonable. Lo censurable para la Constitución no es pues que se diferencie, sino que dicha diferencia no esté justificada de acuerdo a criterios o juicios de valor generalmente aceptados¹⁸.

b) La prohibición de discriminación «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», establecida en la segunda parte del artículo 14 de la CE, no entraña una prohibición absoluta de realizar un trato diferenciado en base a uno de esos motivos protegidos, y entre las cuales el Tribunal Constitucional ha incluido la discapacidad¹⁹, sino,

¹⁷ Vid. DÍAZ ALABART (2012, 17-19).

¹⁸ Así lo señaló tempranamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 10/1981, de 6 de abril. Con posterioridad vid., entre otras muchas, las SSTC 49/1982, de 14 de julio, y 28/1992, de 9 de marzo.

¹⁹ Vid. la STC 269/1994, de 3 de octubre. Con posterioridad vid. las SSTC 10/2014, de 27 de enero, 18/2017, de 2 de febrero, y 3/2018, de 22 de enero. En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos vid. la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009, asunto Glor contra Suiza, párrafo 80, así como las de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia, párrafo 73; y 23 de marzo de 2017, asunto A.-M. V. contra Finlandia, párrafo 73. Por su parte, la Carta de derechos fundamentales recoge, en su artículo 21, la discapacidad como uno de los factores expresos de protección contra las discriminaciones. De forma más específica vid. los artículos 2 y 5 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

más limitadamente, que dicho trato debe ser objeto de un canon más estricto de justificación²⁰. La Constitución protege, pues, a los ciudadanos frente a la discriminación por una serie de circunstancias o condiciones especialmente arraigadas y marginadoras, como la discapacidad, pero lo hace no por la vía de la exclusión de toda diferencia de trato basado en una de esas circunstancias, sino por la del rigor en la argumentación y la prueba de dicha diferenciación.

c) El artículo 3 de la LOREG no otorga una diferencia de trato a las personas con discapacidad respecto del resto de la población, sino, más exactamente, a las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad por padecer, con arreglo al Código Civil, una enfermedad o deficiencia persistente que impide a la persona gobernarse por sí misma, o de internamiento psiquiátrico por razón de trastorno psíquico, pues es en el curso de ese proceso cuando se plantea, entre otras medidas posibles, la privación del ejercicio del sufragio. Las dos categorías no son, por tanto, en absoluto equivalentes, ya que, aunque todas las personas sometidas a un proceso de medidas de modificación de capacidad o internamiento padecen algún tipo de discapacidad, muy pocas de las personas con discapacidad son objeto de este tipo de medidas²¹; incluso asumiendo un concepto estricto de discapacidad serían menos del 5%.

El Tribunal Constitucional ya lo advirtió en el Auto 196/2016, de 28 de noviembre, al examinar la compatibilidad del artículo 3 de la LOREG con la Convención y, en especial, su artículo 29:

«[...] debe tenerse en cuenta... la distinción entre «discapacidad» en el sentido de la Convención, concepto muy amplio en que tiene cabida cualquier «deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo» que pueda impedir la efectiva igualdad (art. 1 de la citada Convención), de «incapacidad» en el sentido definido por el Código civil (CC) –«enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 CC)–, y concretado respecto del ejercicio del derecho que nos ocupa en el art. 3 LOREG»²².

d) La privación del ejercicio del derecho de sufragio, por aplicación del artículo 3 de la LOREG, no es una consecuencia automática o necesaria de la adopción por el juez, tras el oportuno proceso, de la decisión de modificar la capacidad de una persona o autorizar su internamiento, sino una medida específica objeto de prueba y contradicción, en la que el juez ha de valorar «la in-

²⁰ Así lo dejó claro el Tribunal Constitucional desde su ya lejana Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, FJ segundo. *Vid.* también la STC 3/1993, de 14 de enero.

²¹ *Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, (2011, 86).

²² FJ tercero del ATC 196/2016, de 28 de noviembre.

capacidad para el ejercicio del sufragio», tras ponderar las diversas circunstancias concurrentes e intereses en juego. Así se deduce con claridad del dictado del artículo 3 de la LOREG que señala en su punto segundo que «los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio» y que «en el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil», y lo ha remarcado, además, numerosas veces el Tribunal Supremo:

«La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de este estado, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercerlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal»²³.

e) El artículo 3 de la LOREG no excluye, por otra parte, la posible impugnación del sufragio en el momento de expresión del mismo por ponerse de manifiesto de forma evidente en dicho acto la falta de capacidad electoral del elector, y que sería de aplicación –he aquí lo interesante– a cualquier persona y no específicamente a las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad. La LOREG no contiene mecanismos específicos para ello en esta fase del proceso electoral –a diferencia de lo que hace en el artículo 3 de forma previa–, pero existen en su articulado normas generales que la harían posible, aunque de manera muy imperfecta. Ahora, tras la reforma electoral de 2018, contamos con el artículo 3.2, que exige que el sufragio se ejerza «consciente, libre y voluntariamente», pero ya antes existían otras normas que demandaban la personalidad, libertad, voluntariedad y secreto del voto (artículos 4, 5, 91 y 146), por lo que el razonamiento es válido para los dos momentos (el anterior y el posterior a la reforma electoral)²⁴.

Además, algo se ha movido en este terreno últimamente. Cabe citar, en concreto, la Instrucción 7/2019 de la Junta Electoral Central, de 18 de marzo, sobre aplicación de la modificación de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las

²³ Vid. la STS, Sala Civil, 181/2016, de 17 de marzo, FJ segundo. Vid. también las SSTs 421/2013, de 24 de junio, 341/2014, de 1 de julio, y 530/2017, de 27 de septiembre.

²⁴ Como decimos, la cuestión ya se había suscitado en la doctrina con anterioridad a la reforma. Vid., por ejemplo, DÍAZ ALABART (2012, 17).

personas con discapacidad. Su punto segundo, párrafo dos, recoge la facultad de los miembros de la mesa electoral, así como de los interventores y apoderados de las candidaturas, de dejar constancia en el acta de la sesión de su sospecha de que el voto de determinado elector no se ha ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, tomándose nota del número de su documento nacional de identidad o del documento identificativo que aporte; se supone que para el buen fin de los efectos impugnatorios posteriores. No cabe impedir, el voto, en ningún caso, según la Junta Electoral, pero no creemos que una mesa electoral deba admitir el voto en el supuesto, absolutamente excepcional, de que el elector no esté mínimamente lúcido y en condiciones de responsabilizarse del sobre de votación que va a entregar.

f) Finalmente, es importante precisar que el sistema de modificación de capacidad (e internamiento) regulado en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵, que está en la base del artículo 3 de la LOREG, ha obtenido el respaldo de las más altas instancias jurisdiccionales del país –Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional–, aunque con el matiz de que siempre que en su aplicación se cumpla la finalidad de protección de la persona y se sigan escrupulosamente las garantías esenciales del proceso previstas en la ley²⁶.

El más específico e incisivo a este propósito ha sido el Tribunal Supremo, que ha declarado este sistema conforme a los valores constitucionales y, en particular, al principio de igualdad, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones que deban realizarse en su regulación para su mejor acomodo a los requerimientos de la Convención de Nueva York. Considera que el sistema no es discriminatorio, pues se justifica por la protección de la persona, cuya situación presenta características específicas y propias. Así lo ha dicho en la Sentencia 282/2009, de 29 de abril, conocida por ser

²⁵ Vid. los artículos 756 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como 199 y ss. del Código Civil.

²⁶ Vid., entre otras, la STS, Sala Civil, 282/2009, de 29 de abril, FJs quinto, sexto y séptimo; y la STC 174/2002, de 9 de octubre, FJ quinto. En esta última se apunta: «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacidad (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacidad, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE».

la que marcó la conciliación de la regulación legal española de la discapacidad con la Convención de 2006:

«No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas [sic] y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

... La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

... La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse²⁷».

2.2 La justificación de la diferenciación

Aclarada la base normativa de la que partimos, el siguiente paso en el razonamiento consiste en poner de relieve todos los elementos que pueden tener incidencia en la justificación del artículo 3 de la LOREG en tanto norma diferenciadora, desde la finalidad a los efectos, pasando por la forma en que debe aplicarse, y que están presentes en la última jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional. Veámoslo.

a) La finalidad fundamental que se persigue con la medida que estamos analizando es proteger la integridad del proceso electoral, que exige que la expresión del sufragio sea consciente y libre, fruto de la autodeterminación política de la persona, a fin de conocer de forma auténtica, sin distorsiones, la

²⁷ La cita está en los FJs quinto y séptimo de la STS 282/2009, de 29 de abril.

voluntad del pueblo²⁸. De forma secundaria se trata también de proteger el interés de la propia persona afectada, evitando su manipulación y la consiguiente lesión de su dignidad personal²⁹.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado de forma sintética, que es «una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada»³⁰. El Tribunal Constitucional, por su parte, no se ha referido de forma directa a esta cuestión, sino por vía de remisión a la anterior Sentencia del Tribunal Supremo, que asume³¹.

b) La «incapacidad para ejercer el derecho de sufragio», que señala el artículo 3.1 de la LOREG y que ha de evaluar el juez, hace referencia a la situación de la persona que no está en condiciones de formarse una voluntad electoral consciente y libre, de comprender la naturaleza y el efecto de votar y tomar una decisión al respecto. Se trata, dicho en otros términos, de la capacidad de autodeterminación política, que forma parte, como es sabido, de la propia esencia del derecho de sufragio³², y que para poder afirmarse es preciso que la persona reúna un mínimo estado de conciencia, autonomía para querer y facultad de discernimiento en relación con el acto electoral.

No es una incapacidad intelectual o mental general, sino una incapacidad específica para tomar una decisión electoral de acuerdo con la finalidad del proceso electoral y en las condiciones materiales de personalidad, libertad y voluntariedad, requeridas por la propia esencia del derecho de sufragio, aunque muchas veces la primera implique la segunda. Así, no lo tiene, evidentemente, la persona que es encuentra en estado de plena inconsciencia, adolezca de absoluta falta de conocimiento, esté privada de toda razón o sentido o se encuentre alienada, sin autonomía alguna y en situación de pleno sometimiento a la voluntad de otra persona.

El Tribunal Supremo ha sido poco específico en la identificación de la capacidad electoral, pero sí lo han sido más los tribunales inferiores³³ y también el Tribunal Constitucional. En concreto, este último ha hablado de «capacidad de la persona para emitir el voto como libre expresión de la voluntad del elector», de «la capacidad intelectual y volitiva respecto del ejercicio del derecho de

²⁸ Vid., fundamentalmente, PRESNO LINER (2003, 135 ss.) y CUENCA GÓMEZ (2018, 5 ss.).

²⁹ Vid., entre otros, DÍAZ ALABART (2012, 9-10).

³⁰ Vid. la STS, Sala Civil, 181/2016, de 17 de marzo, FJ segundo.

³¹ Vid. el ATC 196/2016, de 28 de noviembre, FJ tercero.

³² Vid. PRESNO LINERA (2003, 135 ss.).

³³ Así, *vid.*, entre otras, la SAP de La Coruña de 11 de marzo de 2015, la SAP de Ciudad Real de 24 de octubre de 2012 y las SSAP de Barcelona de 13 de marzo de 2014, 2 de mayo de 2014 y 27 de mayo de 2016.

voto», del «mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el artículo 23 CE» y de «la aptitud para entender y querer» en relación con el acto de votación³⁴.

c) Dicha incapacidad para formarse una voluntad electoral consciente y libre, por parte de las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad o internamiento, debe deducirse del examen de las concretas circunstancias del estado de cada persona, lo que exige un examen individualizado de su situación que atienda la particular disfuncionalidad que padece y su repercusión en el sufragio. Cada juez lo hace con arreglo a su libertad de criterio, pues no se ha establecido la obligación de utilizar un instrumento estandarizado para realizar ese examen, ni por exigencia legal, ni jurisprudencial. Existen, no obstante, documentos y protocolos para evaluar el déficit cognitivo con apartados específicos sobre la esfera pública, de los que hacen uso muchos jueces y, de forma generalizada, los médicos forenses, y que dotan de seguridad y rigor a dicho examen³⁵.

En todo caso es importante precisar que la evaluación no puede centrarse en un examen o test de conocimientos y competencias de carácter político y electoral o en una evaluación de independencia de juicio de la persona respecto de terceros, pues no se trata de demostrar un determinado nivel de conocimiento o instrucción o de autonomía personal. Ahora bien, esos datos tampoco pueden despreciarse, por lo que cabe su utilización, junto con otros muchos de la esfera personal y social, para alcanzar una conclusión sobre el estado de la persona y su capacidad para determinar una voluntad electoral. Y así lo ha señalado también el Tribunal Constitucional en el repetido Auto 196/2016, de 28 de noviembre:

«Como resulta de lo argumentado por las sentencias recurridas y hace explícito la de primera instancia, el pronunciamiento cuestionado no pende de la posesión por la persona de cierto umbral de conocimientos o instrucción, que no se exige al resto de los ciudadanos no sometidos a un proceso de incapacitación. La tenencia de estos conocimientos es sólo un dato que, junto con otros –singularmente la pericial médico-psiquiátrica–, puede utilizarse razonablemente en el juicio de aptitud de entender y querer, como sucede con el conocimiento de la noción del dinero y del precio de las cosas para enjuiciar la aptitud para comprar y vender. Y la mismo puede decirse de la considerada «influenciabilidad por terceros», dato que, además de tomarse del informe médico forense en el aspecto relativo valoración de la capacidad de prestación del consentimiento para tratamientos médicos, el propio juez califica de «manifest[o]» a partir su directa percepción, y que es traído también al juicio sobre la capacidad... para votar libre-

³⁴ Vid. el ATC 196/2016, de 28 de noviembre, FJs tercero y cuarto.

³⁵ Vid. CUENCA GÓMEZ (2018, 271).

mente. No se trata, por tanto, de identificar ausencia de conocimientos o influenciabilidad de la persona con incapacidad, sino simplemente de reconocer que a través de estos datos, entre otros, insistimos, puede venirse en conocimiento del grado de desarrollo de las facultades mentales de la misma»³⁶.

d) La decisión judicial debe ser fruto de una cuidada ponderación de los diversos intereses en juego y debe ser adoptada teniendo presente que el artículo 3 es una norma de interpretación necesariamente restrictiva, al estar en cuestión la integridad de un derecho fundamental³⁷. Entre las circunstancias e intereses a valorar y ponderar el juez no solo debe tener en cuenta los elevados fines a los que se dirige la medida y la capacidad del sujeto para formarse una opinión política, sino también otros muchos; es el caso de los efectos que la participación en un proceso electoral puede tener para fomentar la autonomía del sujeto y favorecer su integración social, el entorno familiar y social que tiene, la posibilidad de paliar o superar la presente «incapacidad electoral» mediante mecanismos de auxilio o apoyo y el hecho cierto de que el derecho de sufragio por su carácter personalísimo es intransmisible y por tanto, no cabe hacer uso de un representante, por lo que o es ejercido por la persona o no se ejerce.

e) El pronunciamiento que adopte el juez sobre la «capacidad electoral» de la persona sometida a un proceso de modificación de capacidad (o de internamiento mental) debe ir precedido, con arreglo a las reglas procesales legalmente previstas, de un examen directo por parte del propio juez, el reconocimiento a cargo del médico forense y de otros profesionales que propongan las partes, la audiencia a la persona afectada, sus allegados y el Ministerio Fiscal y la práctica contradictoria de todas las pruebas a que haya lugar³⁸. Si la decisión del juez es la de privación del ejercicio del derecho de sufragio, la resolución en la que se acuerde debe contar con una motivación específica y detallada de las concretas circunstancias que cuestionan la capacidad para el ejercicio del derecho de sufragio y de la ponderación realizada de los intereses en juego, según los criterios específicos de motivación judicial reforzada sentados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en caso de limitación de derechos de un grupo espe-

³⁶ FJ cuarto. En este sentido sí era cuestionable, en cambio, la sentencia de instancia, aunque no lo vio así el Tribunal Constitucional; vid. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ (2017, 271).

³⁷ Vid. la STC 159/1986, de 16 de diciembre.

³⁸ Las reglas no son exactamente las mismas en el proceso de incapacitación y en el de autorización de internamiento psiquiátrico, pero, como señalamos al principio, hemos tomado como base el primero, dada su mayor importancia práctica. Las peculiaridades del segundo se encuentran en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

cialmente protegido, por vulnerable, como es el de las personas con discapacidad.

Asimismo, debe recordarse que esta decisión es recurrible en apelación y, en su caso, casación, y, además, que está sujeta a las solicitudes de revisión que, en su caso, pudiera presentar el afectado, sus representantes o el Ministerio Fiscal³⁹. La cuestión también puede suscitarse con ocasión del informe anual que en caso de modificación de capacidad debe presentar el representante legal⁴⁰.

3. CONCLUSIÓN: UNA NORMA CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA

Tras el examen realizado sobre el alcance del artículo 3 de la LOREG, sus fines y la forma limitada y garantista en que debe aplicarse, ponderando los diversos intereses implicados, creemos que es posible concluir que la medida analizada supera el más riguroso test de igualdad y no cabe considerarla discriminatoria. Establece, por el contrario, una diferencia de trato legítima, que tiene una justificación objetiva y razonable, por tratarse de un supuesto de hecho singular y diferenciado, que persigue un fin constitucionalmente legítimo, que es idónea o adecuada para conseguir dicho fin, que es necesaria en cuanto no existen alternativas menos gravosas y que es también proporcional en el sentido de que el beneficio conseguido, en términos de valores y derechos constitucionales, es superior a los posibles perjuicios.

Y así lo ha visto también el Tribunal Constitucional, aunque con un razonamiento más limitado, si bien entendible en el marco de la resolución en que se halla, un auto y no una sentencia, como hubiera sido deseable⁴¹. Es el citado Auto 196/2016, de 28 de noviembre, en el que el Tribunal señala lo siguiente en relación con el argumento de la posible discriminación que produce el artículo 3 de la LOREG:

«El precepto en cuestión no priva del derecho a voto [a] los «discapacitados» como grupo o colectivo, y por razón de cualquier discapacidad. Por el contrario, atribuye a los órganos judiciales la función de decidir sobre tal restricción del ejercicio del derecho fundamental de modo individualizado, en razón a las concretas circunstancias de cada persona y tras el oportuno proceso. No ampara este precepto la privación de este derecho de sufragio activo a las personas por el hecho de padecer cualquier discapacidad, sino sólo a aquellas respecto de las que así se decida,

³⁹ Vid. LEÓN ALONSO (2014, 181-183).

⁴⁰ Vid. el artículo 269.4 del Código Civil.

⁴¹ Es ésta una opinión bastante extendida en la doctrina. Así, vid. VARELA AUTRÁN (2017, 8), GÁLVEZ MUÑOZ (2019, 103-104) y RIVAS VAÑÓ (2018, 287).

por sentencia, tras el oportuno proceso con las debidas garantías de defensa y prueba, y por razón de la concreta disfuncionalidad que padecen y que se proyecte sobre su capacidad intelectual y volitiva respecto del ejercicio del derecho de voto»⁴².

Esta posición es, además, acorde con la posición mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Alajos Kiss* contra Hungría de 20 de mayo de 2010. El Tribunal censura «la restricción automática y global del derecho de voto de todos aquellos que están bajo tutela judicial», pero admite la «evaluación judicial individual» para privar del ejercicio del sufragio⁴³. Considera que el objetivo que persigue este tipo de medidas es legítimo –que la participación electoral sea consciente y juiciosa– y que la clave de la regulación es guardar la debida proporcionalidad, teniendo en cuenta que el escrutinio ha de ser riguroso al tratarse de una restricción de derechos fundamentales a un colectivo especialmente vulnerable⁴⁴.

En definitiva, entendemos que el artículo 3 de la LOREG no entraña una discriminación por razón de discapacidad, pues ni cabe considerar que valorar la capacidad para votar de las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad o internamiento sea en sí mismo discriminatorio, ni que la previsión que lo permite carezca de una justificación suficiente; todo lo contrario, es una medida adecuada que persigue de forma coherente y proporcional un objetivo constitucionalmente legítimo y de la máxima relevancia. La realizada es, sin duda, una crítica a valorar y tener en cuenta, y la base de la argumentación sostenida por los defensores de la reforma, pero creemos que ha quedado acreditado que hay elementos suficientes y sólidos en escena para cuestionarla de manera eficaz. Y si la misma se diluye, por inconsistente, desaparece la base de justificación de la derogación normativa realizada, que, a nuestro juicio, nunca debió producirse.

Esto no supone, sin embargo, un respaldo total y sin fisuras al artículo 3 de la LOREG. Creemos, en este sentido, que este precepto presentaba un problema de calidad legislativa, pues el supuesto de hecho requería una mayor precisión y la decisión judicial limitadora una motivación más exigente, y todo ello con el fin de conseguir lo que siempre debió ser: una norma de aplicación excepcional⁴⁵. Ahora bien, todo ello no exigía la derogación de la norma, sino, de forma más contenida, una reforma ajustada a los objetivos perseguidos.

⁴² FJ tercero.

⁴³ Parágrafo 44 de la Sentencia.

⁴⁴ Vid. los párrafos 36 y ss. de la Sentencia.

⁴⁵ En este sentido vid. GÁLVEZ MUÑOZ (2017, 1081-1082 y 1093), GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ (2017, 273-274) y BARRAT ESTEVE (2017, 165-166).

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRANCO AVILÉS, M.^a C.; CUENCA GÓMEZ, P.; RAMIRO AVILÉS, M. Á. (2012), «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), núm. 5, pp. 53-80.
- BARRAT ESTEVE, J. (2017), «Discapacitados mentales y participación política: el derecho de sufragio», en Escobar Roca, G. (ed.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad. Actas del III Congreso Internacional del PRADPI*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 151-166.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2018), «El derecho de voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad», *Derechos y libertades*, núm. 38, pp. 171-202.
- DÍAZ ALABART, S. (2012), «El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista», *Revista de Derecho Privado*, núm. 96, 2012, pp. 3-24.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). «Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 9, pp. 83-92.
- FISHKIN, J. (2011), «Equal Citizenship and the Individual Right to Vote», *Indiana Law Journal*, vol. 86, pp. 1289-1360.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. (2017), «El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1057-1096.
- (2019), «Los pilares de la reforma electoral de 2018 para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 32, pp. 69-107.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNEIRO DE PAZ, J. (2017), «La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre», *Derecho privado y Constitución*, núm. 31, pp. 243-274.
- LEÓN ALONSO, M. (2014), «Los derechos de participación política de las personas con discapacidad: el derecho al voto», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, pp. 167-193.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (2016), «Derechos en conflicto, conflicto de derechos: principales fricciones entre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad y la legislación nacional española», en L. C. PÉREZ BUENO y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: 2006-2016 una década de vigencia*, Madrid: Cinca, pp. 149-186.
- PALACIOS, A. (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid: Cinca.

- PASCUAL PLANCHUELO, V. C. (2016), «El derecho de voto de las personas con discapacidad y, en especial, de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en Derecho Internacional. Su recepción en España», *Revista Española de Discapacidad*, 4 (1), pp. 101-122.
- PRESNO LINERA, M. Á. (2003), *El derecho de voto*, Madrid: Tecnos.
- RIVAS VIÑAO, A. (2018), «Discapacidad intelectual y derecho al sufragio: la inacción del Tribunal Constitucional español», en M.^a V. CARUSO FONTÁN y M.^a R. PÉREZ ALBERDI (dirs.), *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada multidisciplinar*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 273-289.
- VARELA AUTRÁN, B. (2017), «Comentario al Auto del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 2016, por el que se desestima recurso de súplica planteado por el ministerio fiscal frente a la inadmisión de un recurso de amparo en materia del derecho de sufragio activo de una persona discapacitada», *Diario La Ley*, núm. 8925.

LA REFORMA ELECTORAL PARA LA SUPRESIÓN DE LOS LÍMITES AL DERECHO DE VOTO DE LAS PERSONAS CON LA CAPACIDAD DE OBRAR JUDICIALMENTE MODIFICADA

MARTA F. LEÓN ALONSO*
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. Antecedentes y tramitación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma del art. 3 de la Ley Orgánica del régimen electoral general. La perspectiva introducida por la Convención internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. 2. Algunas consideraciones sobre la nueva regulación. 3. ¿Por qué razones la reforma era innecesaria? La doctrina y la jurisprudencia a favor de los límites al derecho de sufragio. 4. Coda final. 5. Referencias bibliográficas.

* Este trabajo recoge mi comunicación, ampliada y actualizada, presentada en el IV Congreso internacional «Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo» (Universidad de Murcia, 28-30 de noviembre de 2018). Forma parte de un estudio más amplio realizado en el marco del proyecto de investigación «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos decisiones» (DER2016-74898-C2-1-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER, titulado «Discapacidad intelectual y ejercicio del derecho al voto: una reflexión crítica de la reforma de la legislación electoral española y su adaptación a la normativa internacional» (LEÓN ALONSO, 2019a).

1. ANTECEDENTES Y TRAMITACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 2/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DEL ART. 3 DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL. LA PERSPECTIVA INTRODUCIDA POR LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006

(i) En las elecciones generales de 2016, según los datos de la Oficina del Censo electoral, 98.488 personas no pudieron votar al estar privadas judicialmente de su derecho en aplicación del ahora modificado art. 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG). Este precepto contemplaba en su apartado primero –antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre–, la posibilidad de limitar el derecho al voto de las personas incapacitadas civilmente y de los internados en un hospital psiquiátrico, con carácter excepcional y siempre bajo autorización judicial adoptada en un proceso con todas las garantías debidas.

Las asociaciones en defensa de las personas con discapacidad venían denunciando desde hacía tiempo una supuesta mala práctica en los procesos judiciales de modificación de la capacidad, consistente en la restricción automática del derecho al voto. Ante esa situación, amplios sectores sociales, políticos y jurídicos han reclamado un cambio en la legislación para adaptar la normativa española a los mandatos de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y así garantizar su participación en los procesos electorales.

(ii) La legislación española reconoce que las personas con discapacidad mental, sensorial y física conforman un colectivo vulnerable que, tradicionalmente, ha visto obstaculizado el disfrute de sus derechos y sufrido situaciones de exclusión, provocadas por un variado y profuso conjunto de impedimentos que exigen la actuación de los poderes públicos para su remoción, tal y como se deduce de una lectura conjunta de los arts. 9.2 y 49 (CE). Ahora bien, no existe un consenso respecto al tipo de intervención que se requiere por parte del Estado, sobre todo en el ámbito de la discapacidad intelectual que resulta el más problemático por verse afectada, en algunos casos, la capacidad de obrar. Por un lado, hay quienes abogan por un novedoso sistema de apoyos que garantice el ejercicio de los derechos y libertades en condiciones de igualdad y sin restricciones, como respuesta alternativa a aquellos que siguen defendiendo el sistema de protección, en base a la distinción entre capacidad jurídi-

ca y capacidad de obrar¹. Este último ha sido el modelo seguido hasta la fecha por el ordenamiento jurídico español.

(iii) En efecto, la posibilidad de restringir el ejercicio del derecho al voto de quienes tuvieran disminuidas o suprimidas sus facultades cognitivas y volitivas se fundamentaba en la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, propia de un sistema de Derecho Civil gradual y flexible en el que la modulación de la capacidad de obrar se hace en función del nivel de autogobierno y de las necesidades de protección de cada individuo. Como es sabido, la capacidad jurídica tiene que ver con la condición para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar se define como la aptitud o idoneidad para realizar válida y eficazmente actos jurídicos, para ejercer derechos y asumir obligaciones. La capacidad jurídica está unida a la idea de persona, de manera que todo individuo, por el hecho mismo del nacimiento, con los requisitos previstos en el art. 30 del Código Civil (CC), dispondrá de ella. La capacidad de obrar, por el contrario, no corresponde a todos por igual. Ni toda persona tiene capacidad de obrar, ni todas aquellas que gozan de dicha aptitud lo hacen en el mismo grado o intensidad. Bastida Freijedo (2004, 71), refiriéndose a los derechos fundamentales, diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar iusfundamental para aludir, respectivamente, a la capacidad potencial del individuo para ser sujeto de derechos y obligaciones, y a la capacidad de ejercicio cuando el titular reúna las condiciones exigidas para poner en práctica las concretas facultades que forman parte del contenido subjetivo del derecho.

(iv) Existe, en principio, una presunción de capacidad según la cual los mayores de edad podrán ejercer cualquier acto de la vida civil, incluido el derecho de sufragio. Ahora bien, esta presunción admite excepciones cuando se trata de sujetos que carecen de capacidad de obrar o la tienen limitada. Este sería el caso de quienes padecen enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, en el sentido del art. 200 CC, cuya protección jurídica se ha articulado –hasta ahora– a través de un proceso judicial de incapacitación, hoy denominado de modificación de la capacidad de obrar². Se trata de una institución de naturaleza preventiva, cuyo único objetivo es proteger a la persona y su patrimonio mediante un proceso judicial con todas las garantías debidas. La sentencia que declare la modificación de la capacidad, fijará su extensión y sus límites. La falta de capacidad de obrar

¹ Sobre los diferentes modelos del tratamiento de la discapacidad, véase el trabajo de PALACIOS y BARRIFFI (2007); y para un análisis pormenorizado del modelo social que introduce la Convención de 2006, véase PALACIOS (2008).

² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio.

en el declarado incapaz se suple, según cada caso concreto, con el nombramiento de un tutor que lo represente o de un curador que le preste el apoyo necesario en los términos previstos por la sentencia judicial.

(v) Aunque la discapacidad y la incapacidad mantienen una relación poliédrica (Fernández de Buján, 2011), es importante no confundirlas. La discapacidad es una situación administrativa que no afecta ni a la titularidad ni al ejercicio de derechos. Para el ordenamiento jurídico español, son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad³. El reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad corresponde a la Administración pública a través de las Gerencias Territoriales de Servicios Sociales. La incapacidad, por su parte, es un estado civil en el que se encuentra una persona tras un proceso judicial en el que ha quedado demostrada la ausencia o limitación de las facultades de discernimiento, de la capacidad cognitiva y volitiva. Por lo tanto, no podría ser declarado incapaz un individuo con una discapacidad sensorial o física que no tenga alterada su capacidad intelectual. Como ha advertido la doctrina «no parece concebible, en la práctica, que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad y, por el contrario, la mayoría de las personas con discapacidad no están incapacitadas» (Fernández de Buján, 2011, 86).

(vi) Ahora bien, todos estos planteamientos que acabo de exponer están en fase de revisión. En efecto, en septiembre de 2018 se presentó el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que pretende introducir un sistema más acorde con la Convención internacional de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2006 y que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, basado en el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad intelectual que, como regla general, tomarán ellas mismas sus propias decisiones asistidas por un sistema de apoyos integral. En palabras del Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, el procedimiento judicial de incapacitación se va a sustituir por un procedimiento judicial de prestación de apoyos «que solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera asistencia o, de modo excepcional, representación, pero

³ Art. 4 del Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

no la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos» (Pau Pedrón, 2018, 14).

(vii) La idea rectora de la Convención de 2006 es que las personas con diversidad funcional –esta es la terminología que se usa– no son meros objetos de asistencia o de protección social, sino sujetos titulares de derechos. Esta norma ha supuesto un punto de inflexión y un cambio en la interpretación del estatuto jurídico de las personas con discapacidad, que se ha vinculado al discurso de los derechos humanos (Cuenca Gómez, 2012). La Convención propone una aproximación de los conceptos de capacidad jurídica y de obrar (art. 12), cambiando la protección del discapacitado por el apoyo en la toma de decisiones⁴. La Convención no crea nuevos derechos, sino que fija una serie de obligaciones dirigidas a los Estados firmantes para procurar su efectividad en aras de la plena inclusión (art. 4). Para ello, el tratamiento de la discapacidad debe hacerse no solo desde la perspectiva del individuo, sino también desde el medio social en el que interactúa. En relación con los derechos políticos, el art. 29 conmina a los poderes estatales a asegurar la participación política en igualdad de condiciones, directamente o a través de representantes libremente elegidos.

(viii) Para dar cumplimiento a los compromisos internacionales contraídos por España, en el ámbito electoral se han producido importantes avances legislativos que facilitan el ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad física y sensorial⁵. Sin embargo, quedaba pendiente la espionosa cuestión del sufragio de las personas con discapacidad intelectual.

Para el seguimiento y supervisión de la aplicación de la Convención, se constituyó el Comité de los derechos de las personas con discapacidad, que en 2011 presentó un informe sobre la situación en España. En sus observaciones finales, este órgano ha expresado su preocupación al comprobar que la regla general es que cuando una persona es incapacitada judicialmente o internada en una institución, se le niega automáticamente el derecho a votar. El Comité lamenta la falta de rigor en materia de prueba y la desinformación sobre los motivos y criterios aplicados por los jueces para privar a esas personas de su derecho. Ante esa situación, el Comité pidió expresamente a España la modificación del art. 3.1 LOREG, por ser incompatible con la Convención de 2006.

(ix) En la XII Legislatura, la Asamblea de la Comunidad de Madrid, por iniciativa del Grupo socialista y en el ejercicio de la facultad que le otorga el art. 87.2 CE, registró ante el Congreso de los Diputados en septiembre

⁴ Sobre la Convención y su impacto en el ordenamiento jurídico español, consúltese CABRA DE LUNA, BARIFFI, PALACIOS, (2007); GARCÍA PONS (2008) y AA. VV. (2010).

⁵ La adaptación de la legislación española a la Convención de 2006 en materia electoral, es abordada de forma exhaustiva en los trabajos de Gálvez Muñoz (2008), (2009) y (2017).

de 2017 una proposición de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la que se solicita, por un lado, eliminar los apartados b) y c) del art. 3.1., es decir, suprimir toda restricción al derecho de sufragio; y, por otro, dejar sin efecto desde la entrada en vigor de la reforma las prohibiciones anteriores establecidas por decisión judicial, de manera que las personas a las que se les hubiere cercenado su derecho al voto por estar civilmente incapacitadas quedasen reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la Ley⁶.

La Mesa del Congreso de los Diputados admitió a trámite esa iniciativa, que se llevó al Pleno para su toma en consideración, siendo aprobada por todos los Grupos parlamentarios el 7 de noviembre de 2017, y remitida a la Comisión Constitucional para su discusión. El plazo de enmiendas al articulado se prolongó hasta el 13 de marzo de 2018, presentándose solo una por el Grupo Popular. Esa enmienda proponía suprimir el actual apartado c) del art. 3.1 y dar una nueva redacción al apartado b), en el que se mantendría la posibilidad de privar del derecho al voto a las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente «por carecer de consciencia o absoluta falta de capacidad de conocimiento o decisión que les impida el ejercicio de tal derecho». Asimismo, los Populares en su propuesta consideraban oportuno distinguir el régimen jurídico del derecho de sufragio activo del pasivo, para lo cual sería preciso modificar también el art. 6 LOREG donde se regulan las causas de inelegibilidad. En el primer supuesto (derecho de sufragio activo), su limitación debería reducirse a casos muy excepcionales, como la ausencia de capacidad de conocimiento de la persona discapacitada respecto al hecho de votar. En cambio, el derecho de sufragio pasivo debería vincularse a la capacidad de discernir y a la plena capacidad jurídica y de obrar. Si se carece de las mismas, esgrimen los autores de la enmienda, estaría justificada la limitación en el ejercicio del derecho a ser candidato.

La enmienda del Grupo Popular no fue aceptada por la Ponencia, que ratificó el texto inicial de la reforma suscrito por la Asamblea de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, ya en la Comisión Constitucional, el Grupo Popular planteó una transaccional que sí se admitió en el seno de esa Comisión y se aprobó, finalmente, en el Pleno del Congreso de los Diputados por todos los Grupos el 18 de octubre de 2018. El texto de la enmienda suprime los apartados b) y c) del art. 3.1 y da la siguiente redacción al párrafo segundo: «Toda

⁶ Al margen de las propuestas legislativas de reforma, han existido otras iniciativas procedentes del ámbito académico que ofrecen redacciones alternativas interesantes del art. 3 LOREG. Un grupo de investigadores dirigidos por Rafael de Asís Roig y coordinados por Patricia Cuenca Gómez, elaboró en 2012 una propuesta que se encuentra recogida en AA. VV. (2012).

persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera». Por último, se incluye una disposición adicional octava que ordena la reintegración *ope legis* del derecho a aquellos ciudadanos que se hubiesen visto privados de él por aplicación de la anterior normativa. La tramitación parlamentaria de esta reforma culminó en el Senado el 21 de noviembre de 2018, de nuevo con el apoyo unánime de todas las fuerzas políticas. El texto definitivo se publicó en Boletín Oficial del Estado en una fecha muy simbólica: el 6 de diciembre de 2018, coincidiendo con el cuarenta aniversario de la aprobación de la Constitución⁷.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN

(i) La ambigüedad de los términos en los que se expresa el nuevo art. 3.2 LOREG ha provocado la inmediata y polémica intervención de la Junta Electoral Central (JEC) en un intento por aclarar cómo garantizar el sufragio activo «consciente, libre y voluntario». Para ello, se dictó la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo de 2019, que fue sustituida apenas una semana después por la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo de 2019, debido a las duras críticas formuladas a la redacción inicial por las asociaciones de personas con discapacidad intelectual, al considerar que la interpretación del art. 3.2 LOREG hecha en un primer momento por la JEC permitía cuestionar la validez del voto emitido por los integrantes de ese colectivo. En su lugar, la nueva Instrucción establece que «Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral», sin especificar las garantías y las condiciones de ese voto asistido.

Asimismo, se prescribe que «En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte».

⁷ La nueva revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) IgualdadES, recoge en la sección "Debates" de su primer número cuatro estudios sobre esta reforma que son el resultado de un seminario organizado por el propio Centro, el 3 de mayo de 2019, en el que tuve ocasión de participar (León Alonso, 2019b) y cuyos lineamientos fundamentales expongo a continuación.

Esta decisión de la JEC no esclarece qué criterios son los que se van a utilizar para determinar si el voto se ejerce de forma consciente, libre y voluntaria. Además, se atribuye a los miembros de las mesas y a los representantes de los partidos políticos la potestad de control de la idoneidad de la persona para votar, sin los límites y las garantías de defensa y prueba que hasta ahora ofrecía el proceso civil de modificación de la capacidad de obrar. Por otro lado, tampoco se entiende la finalidad que persigue la JEC al permitir, una vez que el voto se ha introducido en la urna, que se anote en el acta el documento nacional de identidad del elector que presuntamente ha ejercido su derecho inconscientemente, coaccionado o de forma involuntaria.

(ii) Puede ser que en la práctica forense se hayan utilizado criterios poco rigurosos e imprecisos en la restricción del derecho al voto de las personas incapacitadas, incluso alejados del nuevo paradigma de la discapacidad con un enfoque más social y menos médico. Ahora bien, considero injustificado que para reconducir una presunta mala praxis judicial se haya realizado esta reforma legislativa que adolece de serias deficiencias. Recordemos que la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, incluye una disposición adicional octava para restituir *ope legis* en el ejercicio del derecho de sufragio a toda persona que haya sido previamente incapacitada y privada del mismo, sin ni siquiera prever una valoración de cada caso concreto para determinar la capacidad de autogobierno de los afectados por esa medida⁸. A mi parecer, esa disposición contradice la propia filosofía del sistema de apoyos. Si la modificación de la capacidad de obrar debe ser, como aclara el Tribunal Supremo (Sentencia 341/2014, de 1 de julio de 2014), una especie de «traje a medida» que requiere por parte del juez «de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda», una restitución colectiva y automática en el ejercicio de aquel derecho es contraria a la máxima que rige la Convención de 2006, según la cual hay que tratar de manera individualizada la diversidad. En su lugar, se tenía que haber previsto una revisión de las sentencias de modificación de la capacidad para fijar, en cada caso concreto, el sistema de apoyos.

(iii) Por último, quienes apelando al juicio de proporcionalidad afirman que permitir votar a una persona privada de sus facultades no le causaría daño

⁸ Para dar cumplimiento a esta disposición, la JEC, en su Acuerdo 2/2019, de 23 de enero, ha ordenado a la Oficina del Censo Electoral la incorporación al mismo de todas aquellas personas que hubieren sido excluidas como consecuencia de resoluciones judiciales de naturaleza civil de privación del derecho de sufragio activo, sin que a partir de la entrada en vigor de la reforma (7 de diciembre de 2018) nadie pueda ser excluido por este motivo.

alguno ni perjudicaría al interés general ni al normal funcionamiento del proceso electoral, no solo minimizan la importancia de ese derecho, sino que además colocan a esas personas en una situación de mayor vulnerabilidad. Si bien es cierto que cualquier votante puede ser coaccionado o manipulado, en el caso de las personas con discapacidad intelectual ese riesgo se ve incrementado. Lo mismo puede ocurrir con quienes padecen una enfermedad mental grave o un deterioro cognitivo severo. No estamos hablando, como advierte Gálvez Muñoz (2009, 84), de un riesgo potencial, sino de una realidad ya que «son muchos los casos en el que el discapacitado o dependiente es coaccionado para que confeccione el voto en determinado sentido o es ayudado o incluso sustituido en esta tarea por un tercero». Aunque el art. 91.1 LOREG atribuya al presidente de la mesa electoral la obligación de «asegurar la libertad de los electores», el problema está, como aclara el propio Gálvez junto a Rubio Lara (2007), en que esos abusos son difíciles de detectar y denunciar. Primero, por la especial relación de dependencia y de subordinación de las personas discapacitadas respecto a quienes desempeñan su guarda o custodia y, segundo, por el contexto en el que se ejerce el derecho al voto y por la propia dinámica de la votación. No olvidemos que la legislación electoral, además de permitir el voto por correo, acepta que los votantes acudan al colegio electoral ya provistos del sobre con la papeleta de votación dentro. El legislador debería haber aprovechado la última reforma de la LOREG para minimizar esos riesgos y reforzar los mecanismos de control y sanción de quienes pretendan instrumentalizar a las personas en situación de vulnerabilidad⁹.

3. ¿POR QUÉ RAZONES LA REFORMA ERA INNECESARIA? LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA A FAVOR DE LOS LÍMITES AL DERECHO DE SUFRAGIO

(i) Aunque la redacción original del art. 3 LOREG fuera perfectible, su contenido, por las razones que se darán a continuación, no vulneraba la Convención de 2006 ni tampoco podía ser considerado contrario a la Constitución. Lo que sí puede haber resultado inconstitucional y discordante con la norma-

⁹ En Italia, donde el derecho de sufragio no admite restricciones para los discapacitados mentales desde 1978, únicamente se consiente el voto por correo a los residentes en el extranjero; el material electoral no se envía a los domicilios antes del día de las elecciones como sí ocurre en España y, por último, se regula el voto asistido exclusivamente para quienes padezcan deficiencias físicas o sensoriales y no para los discapacitados intelectuales que deberán estar solos en el acto de votación para garantizar la libertad del sufragio (Ley de 5 febrero de 1992, núm. 104. *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*).

tiva internacional, es una aplicación incorrecta del art. 3 LOREG en los procesos de modificación de la capacidad, debido, en gran medida, a que la ley no establecía criterio alguno ni fijaba el estándar de prueba, dejándolo todo en manos del juez (Presno Linera, 2018). Ahora bien, esas hipotéticas violaciones de derechos fundamentales se podrían haber dirimido, en su caso, a través de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), contra aquellas decisiones judiciales que incluyeran una limitación injustificada del derecho de sufragio de una persona con capacidad volitiva y cognitiva suficientes para votar. Por tanto, la reforma del art. 3 LOREG, al menos en los términos en que se ha formulado, era innecesaria.

(ii) El derecho de sufragio no puede ser definido, en sentido estricto, como un derecho innato, consustancial al ser humano que le pertenezca por su sola condición de persona, ya que su existencia depende de las facultades políticas que confiera el ordenamiento jurídico para participar en la organización estatal (García Roca, 2000, 46-47). La titularidad y ejercicio de este derecho están, pues, condicionados por el Derecho objetivo. Para ser titular de este tipo de derechos, es necesaria la pertenencia a una comunidad política y poseer la capacidad otorgada por el propio ordenamiento jurídico, lo que conlleva que el legislador pueda establecer las condiciones para su ejercicio, respetando, en todo, caso su contenido esencial. Explica Alexy (1997, 260), al comentar la teoría de los derechos públicos subjetivos de Jellinek, que para que el ciudadano pueda situarse en el «estatus activo» se le tienen que conferir por parte del Estado una serie de competencias –como el derecho de sufragio– que se encuentran fuera de su libertad natural. Es decir, ese derecho requiere para su ejercicio una cualificación que viene dada, en el caso español, por la Constitución y por la legislación electoral de desarrollo.

(iii) La nacionalidad y la capacidad son los requisitos vinculados en el ordenamiento jurídico español al reconocimiento del derecho de sufragio, aunque ambos hayan experimentado un cambio de significado. Por ejemplo, se ha superado la identificación entre ciudadanía política y nacionalidad (Aláez Corral, 2005), con el reconocimiento a nivel constitucional en el art. 13.2 CE del derecho al voto a los extranjeros, que permite con carácter excepcional su ejercicio a los no nacionales en las elecciones municipales bajo condiciones de reciprocidad.

En cuanto a la capacidad, el art. 68.5 CE indica que «son electores y elegibles quienes estén en pleno uso de sus derechos políticos». La plena capacidad política se alcanza, según el art. 12 CE, a los 18 años, y es descrita por Presno Linera (2011, 34) como «la capacidad para autodeterminarse, para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y para poder pro-

nunciarse sobre ellas, lo que únicamente puede hacerse si se cuenta con la capacidad suficiente para discernir entre unas y otras propuestas». No se trata, ni mucho menos, de establecer un sufragio «capacitario» que solo permita votar a quienes reúnan unos determinados requisitos intelectuales y formativos. En este sentido, no debe confundirse la falta de cultura política –que lamentablemente afecta a un número significativo de ciudadanos– con la ausencia de capacidad política. Esta última consiste en una capacidad natural mínima del elector para comprender el sentido del voto, querer votar y poder expresarse. Esta capacidad deliberativa forma parte del contenido esencial del derecho y su ausencia invalida el voto e impide una participación democrática auténtica¹⁰.

La Constitución estableció una presunción según la cual toda persona con 18 años tiene la capacidad necesaria para poder participar en los procesos electorales (art. 12 CE). Alcanzada esta edad, nadie podía ser privado del ejercicio del derecho de sufragio, salvo que se desvirtuase esa presunción de capacidad en un proceso judicial con todas las garantías debidas, tal y como se preveía en el art. 3.1.b) LOREG. Subraya Presno Linera (2002) que ese precepto no establece una limitación a la titularidad del derecho –aunque de su redacción se pudiera concluir lo contrario–, sino que se refiere a la falta de capacidad para emitir un voto. La capacidad política no es un límite externo al propio derecho, sino un elemento que forma parte de su contenido esencial cuyo alcance se puede concretar por el legislador (Presno Linera, 2011, 34). No estamos ante una «limitación», sino más bien ante la «delimitación» del derecho, de la configuración de sus rasgos básicos que lo hacen reconocible. De parecida opinión es Díez-Picazo Jiménez (2003, 128), para quien el art. 3 LOREG plantea la restricción del ejercicio y no de la titularidad de ese derecho fundamental. Ello exige determinar cómo se suple esa falta de capacidad de obrar, si es que se puede suplir, ya que se trata de un derecho donde no cabe la representación y en el que la introducción de apoyos debe hacerse con toda cautela para preservar el carácter personal, libre y secreto del voto.

(iv) La delimitación del derecho al voto que se hacía en el art. 3.1 LOREG se ajustaba también a las exigencias del Derecho internacional. Me refiero, en concreto, a los criterios fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de 20 de mayo de 2010, en el Asunto *Alajos Kiss vs. Hungría*. El TEDH afirma que el legislador nacional dispone de un amplio margen de actuación para decidir las reservas al derecho

¹⁰ PRESNO LINERA es, sin lugar a dudas, uno de los autores que más ha tratado el tema del derecho de sufragio desde el punto de vista del Derecho Constitucional. De su extensa bibliografía sobre esta cuestión, véase 2004a, 2004b, o sus más recientes reflexiones (2011), (2015), (2018a) y (2018b), entre otras, publicadas en su el blog jurídico *El derecho y el revés*.

de sufragio y regular los procedimientos de evaluación de la capacidad política de los votantes. Ahora bien, hay que tener en cuenta que las personas con trastornos mentales o intelectuales no constituyen un grupo homogéneo. En consecuencia, no es admisible, dice el TEDH, restringir de manera automática su derecho al voto sin una valoración individualizada en el trascurso de un proceso judicial.

Para modular el ejercicio de un derecho fundamental se han de establecer todas las garantías necesarias, ya que, en palabras del TC «[la] restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1CE)» (Sentencia 174/2002, de 9 de octubre, FJ 5.º). También el Tribunal Supremo, en su Sentencia 282/2009, de 29 de abril, ha señalado que «[...] la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley [...] mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias [...], en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo [...]». En sentencias más recientes el Tribunal Supremo ha declarado que «la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacitación, [...] pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercerlo correctamente. Es el juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal» (Sentencias 421/2013, de 24 de junio y 341/2014, de 1 de julio). En parecidos términos se ha expresado la Fiscalía General del Estado en su Instrucción núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

En este punto, es importante reivindicar el carácter garantista de la legislación española, que permite solicitar la modificación de las sentencias de incapacitación, en los términos previstos en el 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y recurrir las decisiones que limiten el ejercicio del derecho al voto, cuando se produzcan circunstancias que consientan instar judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance

de la incapacitación ya establecida. Presno Linera (2002) explica que esa facultad se fundamenta en el hecho de que quienes se han visto privados del voto pueden ejercer parte del contenido del derecho de sufragio, dado que tienen la posibilidad de llevar a cabo las acciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la emisión del mismo.

(v) Para respaldar la adecuación del art. 3.1 b) y c) LOREG a la Constitución y a la Convención de 2006, es obligado referirse al hasta ahora único pronunciamiento del TC sobre esta materia, en un asunto que trae causa de la solicitud que realizaron unos padres en 2013 ante un juzgado de Santiago de Compostela para incapacitar parcialmente a su hija. En la demanda especificaron, sin embargo, que no deseaban que se le limitara el ejercicio del sufragio activo. El juez, apoyándose en el informe forense, declaró la incapacidad tanto para lo requerido por los progenitores como para el ejercicio del derecho de voto. Los padres recurrieron esta decisión y tras agotar la vía ordinaria, el caso llegó al TC que, curiosamente, no admitió a trámite el recurso de amparo al no apreciar la relevancia constitucional del mismo. Contra la providencia de inadmisión, el Ministerio Fiscal presentó un recurso de súplica que fue resuelto con el Auto 196/2016 de 28 de noviembre, que incluye el voto particular de la Magistrada Adela Asúa Batarrita.

El TC parte de la consideración del derecho de sufragio como un derecho de configuración legal, de manera que la participación política se hará en los términos que fije el legislador «[...] siempre que dicho desarrollo no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales». Por lo tanto, «[...] la determinación de las condiciones que afectan a la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio se sitúan en el dominio del legislador electoral». Esa condiciones están fijadas en los arts. 2 y 3 LOREG y supeditan su ejercicio a la ausencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 3. Es así que los arts. 3.1 b) y 3.2 LOREG habilitan a los tribunales de justicia a llevar a cabo una restricción del ejercicio del derecho de sufragio activo por razón de la capacidad de la persona en base a las concretas circunstancias de cada individuo. De ese modo, se dice en el Auto «[...] el modelo constitucional de sufragio universal no es *per se* incompatible con la privación singularizada de este derecho, por causa legalmente prevista, sobre todo cuando dicha privación está revestida de la garantía judicial» (FJ 2.º).

Respecto de la invocada interpretación del art. 23 CE conforme a la Convención de 2006, el TC indica que debe tenerse en cuenta, en primer término, la distinción entre discapacidad en el sentido de la Convención, concepto muy amplio en que tiene cabida cualquier «deficiencia física, mental, intelectual o

sensorial a largo plazo» que pueda impedir la efectiva igualdad (art. 1 de la citada Convención), de incapacidad en el sentido definido por el Código Civil (CC) –«enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 CC)–, y que se concreta respecto del ejercicio del derecho al voto en el art. 3 LOREG. Este precepto no es contrario al art. 29 de la Convención «[...] cuya finalidad se inscribe más bien, en línea con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, de remover los obstáculos que impidan o dificulten la emisión del voto libre, secreto y sin intimidación [...] de las personas con discapacidad, llegando a garantizar que «cuando sea necesario y a petición de ellas» que «una persona de su elección les preste asistencia para votar»» (FJ 3.º).

El Constitucional insiste en que el art. 3.1.b) LOREG no priva del derecho a voto a los discapacitados como grupo o colectivo y por razón de cualquier discapacidad, sino que atribuye a los jueces la función de decidir sobre la restricción del ejercicio del derecho de modo individualizado. Ese precepto no ampara «[...] la privación de este derecho de sufragio activo a las personas por el hecho de padecer cualquier discapacidad, sino solo a aquellas respecto de las que así se decida, por sentencia, tras el oportuno proceso con las debidas garantías de defensa y prueba, y por razón de la concreta disfuncionalidad que padecen y que se proyecte sobre su capacidad intelectual y volitiva respecto del ejercicio del derecho de voto. Por ello, la restricción únicamente debe afectar a las personas que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el art. 23.1 CE». (FJ 3.º).

Se recuerda en el Auto que «[...] la restricción del ejercicio del derecho de sufragio activo reconocido por el art. 23 CE no ha de ser aplicada como mera consecuencia automática de la declaración de incapacidad» (FJ 4.º). Existe al respecto una jurisprudencia ya consolidada de los tribunales civiles en la que éstos se pronuncian «[...] en favor de la adecuación del sistema de incapacitación del Código civil a la Convención de Nueva York citada [...] En síntesis, esta jurisprudencia, [...] partiendo de que la capacidad de ejercicio del derecho fundamental de sufragio activo «es regla y no excepción», rechaza este aludido automatismo y exige que el pronunciamiento vaya precedido de un examen singularizado de la situación de la persona y de una ponderación de los intereses concurrentes» (FJ 4.º).

Concluye el Auto con la advertencia de que las decisiones de los jueces no dependen «[...] de la posesión por la persona de cierto umbral de conocimientos o instrucción, que no se exige al resto de los ciudadanos no sometidos a un proceso de incapacitación. La tenencia de estos conocimientos es sólo un dato que, junto con otros –singularmente la pericial médico-psiquiátrica–,

puede utilizarse razonablemente en el juicio de aptitud de entender y querer, como sucede con el conocimiento de la noción del dinero y del precio de las cosas para enjuiciar la aptitud para comprar y vender» (FJ 4.º). No se trata, por tanto, de identificar la ausencia de conocimientos o influenciabilidad de la persona, sino simplemente de reconocer que a través de estos datos, entre otros, puede el juez o tribunal averiguar el grado de desarrollo de las facultades mentales del sujeto implicado.

El Auto cuenta con el voto particular de la Magistrada Asúa Batarrita, que critica la débil argumentación realizada para salvar el escollo del art. 29 de la Convención. Según Asúa, el art. 3.1.b) LOREG contradice ese precepto, pues la norma española se aplica de forma general y no excepcional, sin concretar los requisitos para que un juez pueda determinar la incapacidad para votar. Tampoco los especifica el art. 23.1 CE. De manera que la decisión depende exclusivamente del libre criterio del órgano judicial. La Magistrada lamenta que no se haya realizado un juicio de proporcionalidad para esclarecer en el caso concreto «[...] si la limitación del derecho fundamental era apta para lograr un fin constitucional, que fuera necesaria, en el sentido de que no existiera una medida menos gravosa para conseguir ese fin, y, por último, que superara el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, determinando que los beneficios de la medida fueran mayores que los perjuicios que ha ocasionado». Para Asúa este hecho descalifica la decisión judicial, basada en criterios que no resultan suficientes desde la perspectiva del art. 23.1 CE, interpretado a la luz de la propia Constitución (arts. 9.2 y 49) y de los preceptos de la Convención, en particular de sus arts. 5, 12 y 29¹¹. Insiste la Magistrada en que el juzgado privó del derecho de voto a la demandante por no tener suficientes conocimientos políticos y electorales. Esta formación –que no se requiere a los demás electores– es una exigencia no acorde con el art. 23.1 CE y constituye un obstáculo en contra del mandato de la Convención de 2006 dirigido a los Estados de «[...] poner los medios precisos para asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás». Y concluye animando a que «[...] los demandantes de amparo sigan luchando ante las instancias pertinentes para reclamar el reconocimiento del derecho de su hija a participar en la vida política en pie de igualdad con el resto de ciudadanos». Como así fue: el Auto del TC ha sido recurrido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estaremos pendientes del fallo.

¹¹ Sobre la interpretación de la Constitución española bajo el prisma de la Convención, véase por todos CUENCA GÓMEZ (2010).

4. CODA FINAL

Como se ha defendido en páginas anteriores, el derecho de sufragio es un derecho de configuración legal, cuya titularidad y ejercicio dependen de las condiciones que fije el Estado. Esto significa que un sistema de sufragio universal como el español, es compatible con el establecimiento de requisitos para su ejercicio. Entre esos requisitos está la capacidad política, que forma parte del contenido esencial del derecho. La validez jurídica del voto depende, pues, de la concurrencia de esa capacidad.

El hecho de tener una discapacidad intelectual, un deterioro cognitivo o una enfermedad psíquica, no puede ser nunca motivo de discriminación para el ejercicio de los derechos constitucionalizados. Ahora bien, si el elector no puede formar ni expresar su voluntad de manera personal y libre, en modo alguno podrá ejercer válidamente los derechos en los que esa capacidad mínima es imprescindible¹².

La reforma del art. 3 LOREG consiente votar a personas con deterioros cognitivos graves o discapacidades mentales profundas, mientras que jóvenes menores de edad, tal vez con una capacidad volitiva y cognitiva suficientes, seguirán excluidos de los procesos electorales en virtud de la presunción según la cual carecen de capacidad política hasta alcanzar los 18 años. Presunción que, por cierto, no admite prueba en contrario. Si la idea de universalidad quiere ser tomada en serio y la capacidad electoral admitida como un criterio para atribuir el sufragio de forma no arbitraria, estas asimetrías deberían ser corregidas¹³.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA. VV. (2012). *Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. En línea <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/14183#preview>> [Consultado el 1 de marzo de 2019].
- AA. VV. (2010). *El impacto de la Convención internacional sobre los Derechos de Personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Dykinson: Madrid.
- ALÁEZ CORRAL, B. (2005) «Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático». *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 127, enero-marzo, pp. 129-160.

¹² Así lo defiende también GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ (2017).

¹³ Esta propuesta aparece recogida en el trabajo de MARSHALL (2017, 10-11)

- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et alt.* (2004). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos: Madrid.
- CABRA DE LUNA, M. Á.; BARIFFI, F.; PALACIOS, A. (coordinadores) (2007). *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención internacional de Naciones Unidas*. Editorial universitaria Ramón Areces: Madrid.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2010). «El impacto de la Convención internacional sobre los Derechos de Personas con discapacidad en los derechos constitucionales». En: *El impacto de la Convención internacional sobre los Derechos de Personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Dykinson: Madrid, pp. 35-64.
- (2012). «Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos». *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, pp. 103-137.
- (2018). «El derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los Derechos de las personas con Discapacidad». *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 38, pp. 171-202.
- DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L. M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Cívitas: Madrid.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). «Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación». *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, núm. 9, 2011.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. (2009). *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*. Tirant Lo Blach: Valencia.
- (2017). «El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia». *Revista de Derecho político*, núm. 100, *Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española*, pp. 1057-1096.
- RUBIO LARA, P. Á. (2007). «El régimen de votación de las personas especialmente vulnerables y sus garantías, en particular la penal». *Anales de derecho*, núm. 25, pp. 97-132.
- GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Editorial universitaria Ramón Areces: Madrid.
- GARCÍA ROCA, F. J. (2000). «Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia». *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 4, pp. 9-49.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. (2017). «La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre». *Derecho privado y Constitución*, núm. 31, pp. 243-274.
- LEÓN ALONSO, M. (2019a). «Discapacidad intelectual y ejercicio del derecho al voto: una reflexión crítica de la reforma de la legislación electoral española y su adaptación a la normativa internacional». En García Amado, Juan Antonio (coord.)

- Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*, Tirant Lo Blanch: Valencia, pp. 443-485.
- (2019b) «La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de Reforma del Régimen Electoral General: una revisión del concepto de capacidad electoral». *IgualdadES*, núm. 1, pp. 205-218.
- MARSHALL, P. (2017). «El derecho a sufragio de los menores de edad: capacidad y edad electoral». *Revista de Ciencia Política*, núm. 1, pp. 1-24. En línea '<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32451051001>' [Consultado el 1 de marzo de 2019]
- PALACIOS, A. Y BARIFFI, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Ediciones Cinca: Madrid.
- PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Colección CERMI. Ediciones Cinca: Madrid.
- PAU PEDRÓN, A. (2018). «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil». *Revista de Derecho Civil En línea*'<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>' vol. V, núm. 3 (julio-septiembre) *Estudios*, pp. 5-28 [Consultado el 1 de marzo de 2019]
- PRESNO LINERA, M. Á. (2002). «La titularidad del derecho de participación política», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, 2002. En línea '<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/104/art/art6.htm>' [Consultado el 1 de marzo de 2019]
- (2004a). «El derecho de sufragio en los regímenes electorales», *Cuadernos de Derecho público*, núm. 22-23, 2004, pp. 173-204
- (2004b). «La representación política como derecho fundamental» en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, núm. 3.
- (2011). *El derecho al voto: un derecho político fundamental*, 2011. En línea '<http://presnolinera.wordpress.com/elderechodevotounderechopoliticofundamental.pdf>' [Consultado el 1 de marzo de 2019]
- (2015). «Derecho de voto y discapacidad mental», *El derecho y el revés*. En línea '<https://presnolinera.wordpress.com/>', 1 de marzo de 2015, [Consultado el 1 de marzo de 2019].
- (2018a). «El derecho de voto de las personas con alguna discapacidad intelectual». *El derecho y el revés*, En línea '<https://presnolinera.wordpress.com/>', 6 de julio de 2018, [Consultado el 1 de marzo de 2019].
- (2018b). «Discapacidad intelectual y participación política» *El derecho y el revés*. En línea '<https://presnolinera.wordpress.com/>', 15 de julio de 2018, [Consultado el 1 de marzo de 2019].

NUEVOS INSTRUMENTOS DE DISEÑO DE CAMPAÑAS ELECTORALES VIRTUALES ELECTRÓNICAS

LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. De una sociedad de clases a una sociedad clasificada, el papel del *big data* y los nuevos procesos electorales. 2. Los perfiles psicométricos: ¿qué son? 3. La propaganda cognitiva electoral y el *microtargeting*: el futuro que ya está presente. 4. Referencias bibliográficas.

1. DE UNA SOCIEDAD DE CLASES A UNA SOCIEDAD CLASIFICADA, EL PAPEL DEL *BIG DATA* Y LOS NUEVOS PROCESOS ELECTORALES

Podemos observar en nuestras modernas sociedades en red, según la expresión de (Castells, 2007, 23) la producción de dos fenómenos diversos pero que actúan sinérgicamente. Por una parte, la disposición de las tecnologías precisas para procesar e interpretar inmensas cantidades de datos y, por otro, una simétrica erosión de la privacidad acentuada por el miedo derivado de los atentados terroristas producidos en los Estados Unidos del año 2001, veamos ambos femémosos muy brevemente.

Hoy los poderes públicos, pero *también los poderes privados singularmente* tienen a su disposición un instrumental técnico que ni en sus más exorbitantes sueños de control de los ciudadanos hubiesen podido imaginar los gobiernos más totalitarios de la historia de la humanidad. Saber qué hacen, cómo piensan o cuáles

son los deseos de los ciudadanos. Penetrar en sus reductos de intimidad y averiguar «casi» todo sobre ellos es hoy posible sin el empleo de métodos coercitivos de obtener confesiones conductuales y orales, sino a través de refinados análisis de sus datos de tráfico (*metadatos*)¹ y del rastreo automático y sistemático de las expresiones, tendencias, gustos y deseos de los ciudadanos en las redes sociales y en sus conductas de navegación por la red. En la actualidad merced al nuevo instrumental técnico y a la *trazabilidad del tráfico de datos* se tienen un acceso privilegiado al «yo cuantificado» de cada ciudadano que éste ha integrado voluntaria o involuntariamente en la matriz de datos que se vehiculiza a través de Internet como red global. Unas veces de forma consciente en lo que se ha dado en llamar la «*ex-timidad*» o exhibición pública de lo íntimo, concepto acuñado por Jacques Lacan y otras veces sacrificando la intimidad por una nueva dimensión virtual del narcisismo colectivo. Recordemos que Bentham diseñó una cárcel, el Panóptico en la que los prisioneros podían ser vistos en todo momento por sus guardianes merced al diseño de la prisión, sin estos poder ser vistos a su vez por los guardianes. Tal circunstancia implicaba que el preso se convierte en su propio observador y se contralará así mismo –autocensura– ya que no sabía si estaba siendo observado en cualquier momento por las autoridades de la prisión. Su comportamiento, a partir de ese momento, estará normalizado, institucionalizado por medio de la situación epistémica en la que el preso ha sido situado. El conocimiento perfecto del observador le confiere un poder total, un poder omnipresente, anónimo y constante. Los riesgos para la democracia de opinión no acaban sino de empezar, lo que en la doctrina norteamericana sobre libertad de expresión se conoce con el nombre de «*Chilling Effect*» (efecto de enfriamiento de la libertad de expresión) y que en resumen no es sino la autocensura de los ciudadanos en el ejercicio de la libertad de expresión vigilada. Investigadores como David Lyons conscientes de los riesgos del *Big Data* han creado instituciones de investigación como el *Surveillance Studies Centre*² pero debemos precisar qué es el *Big Data*.

Parece suficiente avanzar inicialmente un concepto central del *Big Data* y es que se trata de un conjunto de herramientas informáticas –de procesamiento de la información– destinadas a la *predicción de las conductas humanas* como

¹ Recomendación 2/99 sobre la protección de la intimidad en el contexto de la interceptación de las telecomunicaciones, adoptada el 3 de mayo de 1999, 5005/99/Final, WP-18. En esta Recomendación, el Grupo de Trabajo del artículo 29 señala que cualquier interceptación de las telecomunicaciones, definida como el conocimiento por un tercero de los datos sobre el contenido y el tráfico de las telecomunicaciones privadas entre dos o más corresponsales y, en especial, de los datos sobre tráfico relacionados con la utilización de servicios de telecomunicaciones, constituye una violación del derecho individual a la privacidad y a la confidencialidad de la correspondencia.

² Puede accederse al Centro y a sus investigaciones en: <http://www.sscqueens.org/> (Última visualización 3 de noviembre de 2018).

precisan (Kerr y Earle, 2013) de *–analítica predictiva–* (Schmarzo, 2014) a través del análisis de los datos que, como materia prima generan los usuarios de las redes *transformando la información desarticulada en conocimiento estructurado*. Debemos comprender previamente dos formas de procesamiento de la información. Antes de la invención de Internet como red de redes en los años 70 el procesamiento de la información era fundamentalmente *autónomo* en el sentido de que los sistemas informáticos procesaban la información que se les suministraba sin que esos sistemas tuviesen contacto o estuviesen conectados con otros sistemas de almacenamiento y procesamiento. A partir de la invención de Internet los sistemas de procesamiento, antes aislados, empiezan a reconocerse y se conectan unos a otros mediante las redes y operan en matrices de procesamiento. A partir de ese momento aparece el concepto de *«procesamiento distribuido»*. En vez de disponer de grandes ordenadores capaces de procesar inmensas cantidades de datos la potencia distribuida suma la potencia de procesamiento de miles o cientos de miles de máquinas, lo que conlleva ventajas como entre otras su *resiliencia* (de la Garza, 2011) frente a los fallos.

Los tipos de datos como materia objeto de procesamiento, con carácter general, pueden ser básicamente clasificados de dos grandes categorías que podríamos considerar como «datos de contenido» y «datos continente» o datos de tráfico. Las regulaciones normativas, como señalan (Richards y King, 2014) protegen los datos personales de contenido al establecerse una presunción bien fundada de que éstos son los que revelan o pueden revelar circunstancias personales directas de sus titulares que forman parte de la esfera íntima de la persona en el ámbito material, en cambio, no sucede lo mismo con los datos de tráfico. Acontece con éstos que siendo una categoría de datos «especiales» son el continente del contenido han recibido mucha menos atención por parte de la doctrina y por los ciudadanos y, sin embargo, son capaces de identificar e individualizar conductas, actitudes, movimientos, posiciones que asociados a los ciudadanos permiten reconstruir perfiles con una precisión extraordinaria tanto de información procesada por ordenadores personales como por teléfonos inteligentes como precisa (Mayer y otros, 2016) A esta conclusión se llegó en los Estados Unidos en el procedimiento *Klayman v Obama*³ en el que la opinión del Tribunal de Distrito de Columbia al analizar si la obtención y procesamiento masivo de *metadatos* por la NSA entraba en colisión con de la Cuarta Enmienda, determinó el Tribunal que la recopilación masiva de estos violó una expectativa razonable de privacidad y, por lo tanto, fue una obtención de

³ *Civil Action* No. 1:13-cv-00851 (RJL).

datos en contradicción con la citada Enmienda. En *Aclu Vs. Clapper*⁴ el tribunal, en cambio, no apreció incompatibilidad de la obtención de esos datos, sin embargo, los científicos que como *Amicus Curiae*⁵ presentaron un detallado informe sobre la naturaleza de los *metadatos* precisaron con extraordinaria claridad su inmensa capacidad para afectar severamente a la privacidad de los ciudadanos en sus comunicaciones electrónicas. De hecho sus conclusiones son válidas para el asunto *Wikimedia Foundation v National Security Agency*⁶ en el que vuelven a examinarse las interceptaciones masivas de *metadatos* por parte de los servicios de información en el ámbito de las comunicaciones internacionales de los norteamericanos.

Hemos vivido, en segundo lugar, un punto de inflexión en lo que respecta a la protección de los derechos a la intimidad y al secreto de comunicaciones y ese momento tiene un claro origen en los atentados terroristas del 11 S en los Estados Unidos producidos en el año 2001. Desde ese momento se han invertido invariablemente la protección de estos derechos. El terrorismo ha conseguido transformar nuestras sociedades de sociedades abiertas y en general libres, en sociedades con miedo en las que se sacrifican amplias parcelas de libertad a una incierta y no demostrada seguridad en la que, como acuñara el teólogo alemán Hermann Busenbaum, *cum finis est licitus, etiam media sunt licita* una vuelta o una reedición contemporánea de lo que se puede definir como Estado Neo-Policía de Derecho en el que la sospecha generada por la incerteza del temor y un enemigo difuso hace posible búsquedas proactivas de sospechosos virtuales por parte de los Estados, drenando de contenido y sustancia menguando en suma, Derechos medulares de una concepción liberal de Estado de Derecho vigoroso donde la presunción de inocencia cede frente a la sospecha. Esa pérdida es aceptada por la mayor parte de la sociedad acríticamente y con amplia resignación como ya advirtiera de alguna forma (de la Boétie, 2014) en su memorable «*el contra uno o discurso sobre la servidumbre voluntaria*» más por ignorancia, advirtamos que por otras circunstancias, pero lo cierto es que son circunstancias las de la vigilancia sistemática y el control de todas las actividades de los ciudadanos en las redes de una gravedad, pensamos, que es extrema debido a que socaban los fundamentos de la libertad y con esta de la democracia, al ser precondiciones de otros derechos fundamentales y libertades públicas como la libertad de expresión. ¿Es posible una opinión pública libre en un medio que se basa en la vigilancia permanente de todo

⁴ *Civil Action* No. 13 3994 (WHP).

⁵ <https://www.eff.org/press/releases/top-technologists-file-brief-supporting-aclu-lawsuit-against-nsa-spying> (puede examinarse el informe, 3 de marzo de 2018).

⁶ No. 1:15-cv-00662-TSE.

y de todos? tal vez Benjamin Franklin tenía razón cuando afirmaba que aquellos que cederían la libertad esencial para adquirir una pequeña seguridad temporal, no merecen ni libertad ni seguridad.

Parece claro que se hace necesario en un mundo global un sistema de justicia global compuesto por un sistema judicial internacional como advirtiera (Kelsen, 2008) en su célebre utopía realista cada vez más eficiente y superior de soberanías herméticas y disfuncionales que en muchas ocasiones limitan severamente la eficiencia que una homogeneidad jurídica razonable representaría para Derechos Humanos Universales, singularmente en lo que respecta a la privacidad, un derecho como afirma (Revenga, 2016, 72) en demolición y que precisa una reconstrucción dogmática de gran alcance. Las rupturas quizás más graves que afectan a los derechos humanos se basan, en el momento presente y en el ámbito del que nos ocupamos, precisamente en las discontinuidades jurídicas que los Estados soberanos presentan frente al concepto de no nacional o extranjero al cual se le inaplican las garantías que para los nacionales se deberían aplicar en cada uno de los entornos nacionales con un desconocimiento grotesco, en muchas ocasiones, de la Carta Universal de los Derechos Humanos⁷.

Como declara la ONU expresa y contundentemente en su Informe sobre el Derecho a la Privacidad en la era Digital⁸ la disminución de los costos de tecnología y almacenamiento de datos ha eliminado los inconvenientes financieros o prácticos de la vigilancia. El Estado no había tenido nunca la capacidad de que dispone actualmente para realizar actividades de vigilancia simultáneas, invasivas, con objetivos precisos y a gran escala. Es decir, las plataformas tecnológicas de las que depende crecientemente la vida política, económica y social a nivel mundial no solo son vulnerables a la vigilancia en masa sino que en realidad pueden facilitarla. Cuando existe un objetivo legítimo y se han establecido las salvaguardias apropiadas, puede permitirse a un Estado realizar actividades de vigilancia bastante perturbadoras; sin embargo, incumbe al gobierno demostrar que la injerencia es necesaria y proporcional al riesgo concreto de que se trate. Así pues, los programas de vigilancia en masa o «a granel» pueden considerarse arbitrarios, aunque persigan un objetivo legítimo y hayan sido aprobados sobre la base de un régimen jurídico accesible. En otras palabras, no es suficiente que las medidas tengan por objeto encontrar determinadas agujas en un pajar; lo importante es el impacto de las medidas en

⁷ Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 hecha en París.

⁸ A/HRC/27/37 El derecho a la privacidad en la era digital. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 30 de junio de 2014.

el pajar, en comparación con el riesgo de que se trate; es decir, si la medida es necesaria y proporcionada.

Como señala el informe a *sensu contrario* nos encontramos ante la desproporción de las medidas lo que es contradictorio con la prohibición del exceso (Wilfred, 1998) que sirve para controlar la idoneidad de los instrumentos y medios de actuación empleados por el Estado, en cuanto establece el deber de los poderes públicos de utilizar aquellos medios e instrumentos que menos limiten la libertad de los ciudadanos y que se amparan caso de no tener tal principio debidamente en consideración una posible *razón de Estado* que invoca la Seguridad Nacional. De lo anterior nos encontramos ante unas herramientas extraordinariamente precisas para predecir el comportamiento de los ciudadanos como argumentan (Matz y colaboradores, 2017) y un debilitamiento de la privacidad en las redes con lo que el acceso a los datos personales de los ciudadanos, por ejemplo, en la dimensión de datos de tráfico son de acceso público a las empresas y Estados que disponen de esa información de forma masiva. La posibilidad de una clasificación de los ciudadanos en ideologías, niveles de renta, tipos de conducta expresadas por un seguimiento preciso o constante de sus intereses mediante precisos algoritmos, lo que dicen, con quién y cómo se relacionan, hace posible la sociedad «clasificada» de la que se pueden predicar notables riesgos en lo que respecta a su posible manipulación por los poderes económicos privados y políticos. Ya que a partir de ese momento el hombre se transforma de sujeto de derechos en un «objeto» cuantificado y evaluable, predecible en términos económicos y políticos. Se transforma por ello en una «cosa» que sacrifica injustificadamente su dignidad como persona. Recordemos con (Dworkin, 1997) que tiene sentido decir que un hombre tiene un derecho fundamental contra el Gobierno, en el sentido fuerte, como la libertad de expresión, la intimidad, o el secreto de las comunicaciones si ese derecho o derechos son necesarios para proteger su dignidad o su status como acreedor a la misma consideración y respeto o algún otro valor personal de importancia similar; de cualquier otra forma no tiene sentido. De modo que, si los derechos tienen sentido, la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como a algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres. La institución de los derechos se basa en la convicción de que ésa es una injusticia grave y que para prevenirla vale la pena pagar el coste adicional de política social o eficiencia (en el caso que nos ocupa, añadimos) que sea necesario, porque el hombre en expresión de (Kant, 1994) no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre, ni por otros, ni siquiera por sí mismo, sino siempre a la vez como fin y en eso consiste precisamente su

dignidad (la personalidad) elevándose sobre *las cosas*. Otra vertiente diversa del exceso en la cuantificación es el defecto de la misma, es decir, aquellas personas que no son cuantificadas verosímilmente serán excluidas de procesos inclusivos y de adjudicación y pueden ser discriminadas como argumenta (Lerman: 2013).

Hemos hecho referencia a los algoritmos y debemos precisar que, en la sociedad de la información estos son esenciales, porque son las herramientas software que «toman las decisiones» y nada garantiza que el tratamiento de la información sea neutral en las valoraciones que efectúen estas herramientas. Esa es la razón por la que la *Resolución sobre perfiles*, adoptada en la 35 Conferencia internacional de autoridades de protección de datos y privacidad⁹ se señalaba expresamente en su tercer punto que «se debe garantizar que los perfiles y los algoritmos subyacentes estén sujetos a validación continua, con el fin de permitir la mejora de los resultados y la reducción de resultados falsos positivos o negativos» así como en el punto sexto en el cual se pedía a los Gobiernos de todo el mundo que «se asegure que todas las operaciones de perfilado estén sujetas a una supervisión apropiada». Pese a ello, la realidad es muy distinta, la opacidad de los algoritmos, protegidos como secretos industriales en la mayoría de los casos no permite conocer en absoluto el tratamiento que recibe la información y hay razones para dudar, como argumentan (Dwork y Mulligan, 2013) de su neutralidad. Lo que puede conducir a resultados gravemente atentatorios al discriminar a los ciudadanos en múltiples dimensiones y formas posibles, eso es precisamente lo que trata de mitigar la *Resolución sobre Big Data* elaborada en la 36 Conferencia Internacional de autoridades de protección de datos y privacidad¹⁰ en la que se indica en su punto once que se deberá «demostrar que las decisiones respecto al uso del *Big Data* son justas, transparentes y responsables. Relacionado con el uso de datos para fines de creación de perfiles, tanto éstos como los algoritmos en que están basados requieren una valoración continua. Este proceso necesita revisiones regulares para verificar si los resultados de la creación de perfiles son responsables, justos y éticos y si son compatibles y proporcionados con el propósito para el cual los perfiles son usados. Debe evitarse la injusticia con las personas debido a resultados completamente automatizados que arrojen un falso positivo o un falso negativo. Siempre debe estar disponible una valoración manual de resultados con efectos significativos para los individuos» en sentido análogo se pronuncia (Hoffmann-Riem, 2018).

⁹ *Resolución sobre perfiles, 35 th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners Privacy: A Compass in Turbulent World*, Warsaw, Polonia, 23-26 de Septiembre de 2013.

¹⁰ *Resolución sobre Big Data* elaborada en la 36 th Conferencia Internacional de autoridades de protección de datos y privacidad, Balaclava Fort, Mauritania, 13 a 16 de octubre de 2014.

2. LOS PERFILES PSICOMÉTRICOS: ¿QUÉ SON?

Los datos que se recogen de las interacciones de los usuarios de los servicios de Internet (Lambiotte, 2014) -lo que incluye todo tipo de plataformas, desde motores de búsqueda como Google a redes sociales como Facebook- son extraordinariamente amplios incluyendo, naturalmente, los hábitos de navegación, las búsquedas que se efectúan, los enlaces que se siguen, hasta donde se siguen y qué se hace, ve, o expresa en los mismos. El tiempo que se dedica en cada sitio, los ficheros que se suben o se bajan, etc., son datos sistemáticamente registrados por lo que se denominan datos de «tráfico y facturación» que individualizan perfectamente a un usuario ya que son el «molde electrónico virtual de absolutamente todos los movimientos en la red desde que se conecta hasta que se desconecta un usuario de Internet apagando el ordenador». Datos análogos generan los teléfonos móviles que son en suma miniordenadores conectados a un teléfono y generando en éstos casos datos permanentes de geoposicionamiento es decir, de dónde está en cada momento el titular del dispositivo que también forman parte de la categoría de «datos de tráfico». Cuando en *Facebook*¹¹ un usuario efectúa una acción tan aparentemente inocente o neutral como la aprobación de un contenido, la «manita con el dedo pulgar hacia arriba, que indica que me gusta» esos datos se pueden recoger con gran facilidad y de forma automatizada para elaborar psicometrías¹² o perfiles psicométricos que, conjunta o separadamente de otros datos de la persona y de los grupos con los que se relaciona¹³ permiten obtener con una precisión, en muchos casos superior al 95%¹⁴ datos personales sensibles como: orientación sexual, etnicidad, opiniones religiosas y políticas, rasgos de personalidad como inteligencia, felicidad, tipos y susceptibilidad a adicciones a sustancias, separación de los padres, género, estado de gestación, como señalan (Kosinski y colaboradores, 2013).

Podría pensarse que esos datos psicométricos son menos precisos que los que se podrían recoger u obtenerse de un evaluador humano de la personalidad, pero los datos demuestran de forma consistente que no es así, los datos que se obtienen de nuestras interacciones privadas son más precisos como ar-

¹¹ Vale exactamente igual en *Twitter* o en cualquier otra red social.

¹² Cualquier usuario puede descargar la aplicación <http://dataselfie.it/#/download> que opera como una extensión del navegador *Google Chrome*, y puede tanto rastrear su propia actividad de navegación como observar, cómo la aplicación con metodología OCEAN elabora un perfil psicométrico de su actividad.

¹³ Como hábitos de compra, a que centros religiosos asisten, propiedades mobiliarias e inmobiliarias de los sujetos, a qué revistas están suscritos, cómo diversifican su ocio, y un largo etcétera de datos con los que se pueden cruzar los perfiles y obviamente actualizarlos.

¹⁴ Para determinadas categorías de datos.

gumentan (Youyoy, Kosinski y Stillwell, 2015). De forma análoga a una encuesta en la que el encuestado tiene la oportunidad no decir la verdad, las actividades que se realizan en la Web describen con precisión los comportamientos reales, es decir, se registra «lo que de verdad se hace, no lo que se dice que se hace» y de esa forma la conducta real es la que se evalúa psicométricamente, razón por la que las encuestas y las estadísticas derivadas de aquellas están perdiendo terreno, como precisa (Davis, 2017) frente a la minería de datos que alimentan la analítica predictiva y que conjuga los datos obtenidos por el *Big Data* y su articulación en los perfiles psicométricos que estamos considerando. Lo que para el autor significa un nuevo tiempo en el que las compañías privadas están ganando un poder inmenso que pone en riesgo las democracias. La respuesta a la pregunta de por qué se está poniendo en riesgo la democracia puede exponerse con algún ejemplo reciente que permite advertir los riesgos a los que se refiere Davis y, en particular, y en lo que aquí nos interesa responder a la pregunta de para qué se utilizan esos perfiles psicométricos. Antes no obstante de avanzar es de interés señalar que los datos obtenidos en la Web se introducen actualmente en dos tipos de cuestionarios o test psicométricos para el estudio del comportamiento, el OCEAN (*Openness to experience; Conscientiousness; Extraversion; Agreeableness; Neuroticism*) y el IPIP (*International Personality Item Pool*) fundamentalmente, con 20 ítems, a través de los cuales se trata de obtener los perfiles psicométricos que se emplearan para una catalogación de las personas a través de la elaboración de tipologías sociodemográficas aptas para servir a finalidades políticas como la propaganda electoral. Recientemente y en los Estados Unidos una empresa privada *Cambridge Analytica*¹⁵ que ha desarrollado las campañas electorales de Donad Trump, Ted Cruz, John Bolton, o Ben Carson, emplea las tecnologías que venimos estudiando. *Cambridge Analytica* indica que posee datos de más de 230 millones de votantes en los Estados Unidos con un máximo de 5000 elementos o datos de cada uno de estos votantes¹⁶ lo que es perfectamente posible porque la generación de datos de tráfico es inmensa¹⁷. Con esos datos elaboran los perfiles sociodemográficos que condensan en 20 modelos de datos personalizados que pueden ser utilizados para pronosticar el comportamiento de los votantes. Pronosticar el comportamiento del votante es una circunstancia realmente nove-

¹⁵ <https://ca-political.com/>

¹⁶ <https://ca-political.com/ca-advantage>

¹⁷ Datos que, por ejemplo, en los Estados Unidos y en materia electoral recopila y organiza empresas como Catalyst: <https://www.catalist.us>

dosa¹⁸ que hace posible la ciencia de los datos en las campañas electorales, pero con ser esto importante, lo es más si cabe, el diseño de estrategias de campaña electoral basadas precisamente en la personalidad del elector.

3. LA PROPAGANDA COGNITIVA ELECTORAL Y EL *MICROTARGETING*: EL FUTURO QUE YA ESTÁ PRESENTE

Como podemos apreciar la propaganda computacional es ya una realidad como precisan entre otros (Wooley y Howard, 2017) si bien lo novedoso del tipo de propaganda que estamos examinando no es que sea una propaganda pasiva sino que es una propaganda que podríamos denominar activa e inteligente debido a que se aprovecha de los sesgos caracterológicos de los votantes para diseñar una campaña de muy alta granularidad a medida del elector y de sus preferencias. Si, por ejemplo, es un elector que se ha abstenido en otras elecciones pueden ofrecérsele argumentos basados en sus preferencias emocionales para que vote. Podemos pensar en votantes que expresen caracteres que puedan ser explotables por agentes de propaganda automatizada, votantes que no tienen una clara preferencia y a los que este tipo de propaganda puede «seguir» de forma que mediante el *microtargeting* éste busque al elector para ofrecerle propaganda activa de su agrado, capaz de aprender de la interacción con el votante en base a su personalidad y readaptarse y refinarse en función de las respuestas del votante a un diálogo virtual que con anterioridad al advenimiento de estas tecnologías era inexistente.

Se denomina *microtargeting* porque tiene por objetivo agrupar a los electores en muy pequeños segmentos o *clusters*¹⁹ sincronizados con los 20 modelos de tipos de personalidades o perfiles psicométricos ya elaborados a los que se dirige este tipo de propaganda electoral. Para que la información personalizada alcance y siga a su objetivo electoral. Es usual observar en cualquier navegación por Internet que tras visitar un comercio virtual posteriormente aparece en nuestros ordenadores o teléfonos móviles información del producto o servicio que hemos visitado anteriormente, en horas, días o semanas anterior-

¹⁸ Si bien algunas de las estrategias fueron puestas en práctica en la campaña del Presidente Barack Obama en el año 2012, como recuerda Sasha Issenberg, en la revista del *MIT Technology Review*, de 16 de Diciembre de 2012. <https://www.technologyreview.com/s/508836/how-obama-used-big-data-to-rally-voters-part-1/> (20 de Agosto de 2017)

¹⁹ De tipo sociodemográfico como distritos electorales o circunscripciones específicas disputadas, en las que pocos votos pueden producir la asignación de un escaño y en los que una actividad de propaganda cognitiva puede justificar un esfuerzo suplementario de campaña electoral para conducir a votantes que dudan en si ejercerán o no su voto a ser motivados a decantarse hacia una tendencia electoral determinada.

res, la publicidad sigue al navegador en determinadas páginas web merced al uso de *cookies*²⁰ previamente aceptadas e instaladas en los equipos de los usuarios en los que esta publicidad «que nos busca y acompaña» aparece. Ese seguimiento sería el equivalente del *microtargeting* electoral en su dimensión comercial. Pero a diferencia de ese *microtargeting* comercial, el electoral interactúa y aprende del elector al que tratará de persuadir con argumentos racioemocionales intentando imitar los intereses personales, sociales y emocionales de éste y ofrecer al mismo, variantes de campaña propagandística adaptadas a su perfil psicológico. Los experimentos de manipulación y contagio masivo de emociones en las redes sociales como el que se produjo en Facebook el año 2012 y que afectó a 700.000 sujetos como estudiaron (Kramer, Guillory y Hancock, 2014) demuestran convincentemente la gran efectividad de lo que se puede lograr en el ámbito de la transformación de motivaciones y preferencias mediante contagio emocional inducido.

En la campaña electoral de Donald Trump del año 2016, *Cambridge Analytica*, en la actualidad *Emerdata* tal y como señala (Cadwalladr, 2017) estaba empleando entre cuarenta y cincuenta mil variantes de diferentes argumentos electorales informativos de los que se medía su respuesta en tiempo real de los destinatarios, readaptándose a sus respuestas de forma evolutiva. La granularidad de las acciones de estos mensajes está estructurada por áreas geográficas de hasta una radio de 5 millas en las que se agrupan los perfiles psicográficos²¹ que se evalúan por el algoritmo de *Cambridge Analytica*, cuyo origen se encuentra en la Universidad de Cambridge²². Además, las variantes de los mensajes propagandísticos empleados actualmente no pueden ser conocidos por otros electores ya que se basan, por ejemplo en Facebook, en las publicaciones invisibles²³ o *dark post* que inicialmente fueron y son un instrumento para la publicidad personalizada pero que también se puede emplear en las campañas electorales cognitivas personalizadas y que son de difícil fiscalización por una futura autoridad electoral.

Wolley y Howard (2017) señalan y, nos adherimos a sus conclusiones, que la propaganda computacional es una de las herramientas más poderosas contra la democracia ya que hace posible una genuina y nueva forma de «ingeniería social» capaz de romper por completo los modelos de opinión pública y

²⁰ López Jiménez, David, «Las *cookies* como instrumento para la monitorización del usuario en la red: La publicidad personalizada», *Ciencias Económicas* 29, n.º 2, 2011.

²¹ La segmentación psicográfica es una herramienta que permite profundizar en los grupos de referencia para encontrar sus motivaciones de voto.

²² El lector puede experimentar un análisis psicográfico básico de sus redes sociales con este algoritmo en: <https://applymagicsauce.com/>

²³ <https://www.facebook.com/business/a/online-sales/unpublished-page-posts> (20 de agosto de 2017)

de su manipulación como han estudiado Bond, Fariss y colaboradores (2012). En efecto, los sistemas propaganda cognitiva electoral parece que funcionan en paralelo a poderosas y profundas distorsiones de la opinión pública que están siendo originadas por muy diversos grupos de interés de alcance nacional e internacional capaces de modificar, por ejemplo, mediante granjas de ordenadores la agenda de la opinión pública en temas de interés político mediante la manipulación de tendencias basadas en generación de hashtags hasta lograr posicionamientos como *Trending Topics*. Si bien, esas tendencias son creadas de forma artificial e intencionada tanto por las señaladas granjas de ordenadores como por *bots*²⁴ automatizados (Ferrara y otros, 2016) u otros vectores tecnológicos de generación y difusión al servicio de sus creadores. El fenómeno ha sido estudiado por Bradshaw y Howard (2017) en el contexto internacional hallándose un cuerpo de evidencias muy preocupante ya que la principal tarea de estas plataformas, que fue en su origen dar forma a la opinión pública a través del uso de «narrativas dinámicas» para combatir la propaganda diseminada en las redes por las organizaciones terroristas, ha cambiado en la actualidad alcanzado otras actividades completamente diversas como las de naturaleza política al demostrarse una efectividad o eficacia de estas técnicas en finalidades distintas de para las que fueron originariamente diseñadas. Lo anterior justifica sobradamente que el Parlamento Europeo haya mostrado su preocupación por los aspectos que venimos considerando en su Resolución de 25 de octubre de 2018, sobre la utilización de los datos de los usuarios de Facebook por parte de *Cambringe Analytica* y el impacto en la protección de datos,²⁵ resolución que formula importantes recomendaciones que es preciso señalar con brevedad y que no se limitan a la protección de datos. En efecto, el Parlamento Europeo, opina que la era digital exige que se adapten las leyes electorales a esta nueva realidad digital y sugiere que las salvaguardias electorales convencionales («fuera de línea»), tales como unas normas aplicables a las comunicaciones políticas durante los períodos electorales, la transparencia y los límites de los gastos electorales, el respeto de los períodos de reflexión electoral y la igualdad de trato de los candidatos también deben aplicarse en línea; considera que los Estados miembros deben introducir un sistema obligatorio de impresiones digitales para la campaña y la publicidad electrónicas y aplicar la Recomendación de la Comisión destinada a aumentar la transparen-

²⁴ Para una taxonomía de los diversos tipos de Bots aptos para ingeniería social, puede verse: FERRARA, VAROL, DAVIS, MENCZER Y FLAMINI (2016).

²⁵ Resolución de 25 de octubre de 2018, sobre la utilización de los datos de los usuarios de Facebook por parte de *Cambringe Analytica* y el impacto en la protección de datos. [2018/2855(RSP)] http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018_0433+0+DOC+XML+V0//EN.

cia de la publicidad y las comunicaciones políticas pagadas en línea; considera que cualquier tipo de publicidad política debe incluir información fácilmente accesible y comprensible sobre la organización que la pública y que esta deberá ser jurídicamente responsable del gasto, de modo que esté claro quién patrocina las campañas, de manera similar a los requisitos actualmente vigentes en diversos Estados miembros relativos al material impreso utilizado en las campañas; insiste en que los ciudadanos de la Unión deben poder reconocer fácilmente la publicidad y las comunicaciones políticas pagadas en línea, así como el partido, la fundación o la organización que las promueva.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCOTT, H. Y GENTZKOW, M. (2017), «Social Media and Fake News in the 2016 Election», *National Bureau of Economic Research*, Paper n.º 23089.
- ARNAUDO, D. (2017), «Computational Propaganda in Brazil: Social Bots during Elections» Working Paper N.º 2017.8, Computational Propaganda Research Project, University of Oxford.
- BOND, R. M.; FARISS, C. J.; JONES, J. J.; KRAMER, A. D. I. M.; MARLOW, M.; SETTLE, J. E. & FOWLER, JAMES H. (2012), «A 61-million-person experiment in social influence and political mobilization», *Nature*, Vol 489, pág. 295-298.
- CADWALLADR, C. (2016), «Google, democracy and the truth about internet search» Internet, *The Observer*, 4 de Diciembre de 2016. <https://www.theguardian.com/technology/2016/dec/04/google-democracy-truth-internet-search-facebook> (20 de Agosto de 2017)
- CASTELLS, M. y otros (2007), *La Transición a la Sociedad Red*, Barcelona: Ariel.
- DAVIES, W. (2017) «How statistics lost their power and why we should fear what comes next. The ability of statistics to accurately represent the world is declining. In its wake, a new age of big data controlled by private companies is taking over and putting democracy in peril», *The Guardian*, Thursday 19, January 2017 (20 de Agosto de 2017), puede verse en: <https://www.theguardian.com/politics/2017/jan/19/crisis-of-statistics-big-data-democracy>.
- DEL VICARIO, M. y otros (2016). «The spreading of misinformation online», *PNAS*, Vol. 113, n.º 3, 2016, pp. 554-559.
- DE LA BOÉTIE, É. (2014), *Discurso de la servidumbre voluntaria*, Madrid: Tecnos.
- DWORKIN, R. (1997), *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- DWORK, C. y MULLIGAN, D. K. (2013) «It's Not Privacy, and It's not fair», *Stanford Law Review*, Vol. 66:35, pp. 35-39.
- FERRARA, E.; VAROL, O.; DAVIS, C.; MENCZER, F. Y FLAMINI, A. (2016), «The Rise of Social Bots», *Communications of the ACM*, Vol. 59, n.º 7.
- FROMM, E. (1947), *El miedo a la libertad*, Paidós.

- GILES, K. (2016)., «Handbook of Russian Information Warfare», *NATO Defense College*, pp. 33-76.
- GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M. (2011), «Seguridad Nacional en la Cloud Computing (Computación en Nube y sus Riesgos)», *Actas III Jornadas de Estudios de Seguridad*, Madrid: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, pp. 1299-1321.
- HOOFNAGLE, C. J., (2003), «Big Brother's Little Helpers: How Choice Point and Other Commercial Data Brokers Collect and Package Your Data for Law Enforcement», *29 N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 595.
- KANT, I. (1994), *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos.
- KELSEN, H. (2008), *La Paz por medio del Derecho*, Madrid: Trotta.
- KERR, I. Y EARLE, J. (2013), «Prediction, Preemption, Presumption. How Big Data Threatens Big Picture Privacy», *Stanford Law Review*, n.º 66, pp. 65-72.
- KLUTH, W. (1998), «Prohibición del exceso y principio de proporcionalidad en Derecho Alemán», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, pp. 220-237.
- KOSINSKI, M., STILLWELL, D. Y GRAEPEL, T. (2013), «Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior», *PNAS*, vol. 110, N.º 15, pp. 5802-5805.
- KRAMER, A. D. I.; GUILLORY, J. E. y HANCOCK, J. T. (2014), «Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks», *PNAS*, Vol. 111, n.º 24, pp. 8788-9790.
- LAMBIOTTE, M. y KOSINSKI, M. (2014), «Tracking the Digital Footprints of Personality», *Proceedings of the IEEE* Vol. 102, No. 12.
- LERMAN, J. (2013), «Big Data and Its Exclusions», *Stanford Law Review Online*, 66, 55.
- MATZ S. C.; KOSINSKI, M.; NAVE, G. AND STILLWELL, D. J. (2017) «Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion», *PNAS*, 114 (48), pp. 12714-12719.
- MAYER, J.; Mutchler, P. y Mitchell, John C. (2016), «Evaluating the privacy properties of telephone metadata», *PNAS*, 113 (20), pp. 5536-5541.
- MOORE, M., (2017) «Submission to: Inquiry into Fake News», *Culture, Media and Sport Select Committee*. Centre for the Study of Media, Communication and Power, King's College London.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2016) «El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)», en: *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Cuadernos y Debates, Núm. 248, Madrid: CEPC., pp. 71-98.
- RICHARDS, N M y King, J. H. (2014), «Big Data Ethics», *Wake Forest Law Review*, Vol. 49, pp. 393-432.
- ROSETTI, D. L. (2018), «Emoción y sentimientos», Barcelona: Ariel.
- SCHAARSCHMIDT, T. (2017), «La era de la posverdad», *Mente y Cerebro*, n.º 87, pp. 22-28.
- SCHMARZO, B. (2014), *Big Data. El poder de los datos*, Madrid: Wiley-Anaya.

- TANDOC, JR.; EDSON, C., LIM, Z. W. & LING, R. (2018), «Defining «Fake News», *Digital Journalism*, 6:2, pp. 137-153.
- VOSOUGHI SOROUGH, DEB ROY y SINAN ARAL, «The spread of true and false news online», *Science* 359, 1146–1151 (2018) 9 March 2018.
- HOFFMANN-RIEM, W. (2018), *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Navarra: Cuadernos Civitas.
- WOOLLEY, S. C., Y HOWARD, P. N. (2017), «Computational Propaganda Worldwide: Executive Summary», Working Paper No. 2017.11, *Computational Propaganda Research Project*. Oxford University.
- WU, Y., KOSINSKI, M. Y STILLWELL, D. (2015), «Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans», *PNAS*, vol. 112, N.º 4, pp. 1036-1040.

POR UN RÉGIMEN JURÍDICO MÁS LIBRE E IGUALITARIO EN MATERIA DE ENCUESTAS PREELECTORALES

PABLO FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO*
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Encuestas preelectorales y sus posibles efectos en el electorado. 3. La prohibición temporal de publicar y difundir o reproducir sondeos electorales por cualquier medio de comunicación. 3.1 Aspectos introductorios. 3.2 Principales críticas a la actual restricción temporal. 3.2.1 En relación con la finalidad perseguida. 3.2.2 Por su colisión con diversos preceptos constitucionales. 3.2.2.1 La igualdad prevista en los artículos 14 y 23.2 CE. 3.2.2.2 La libertad de la información del artículo 20.1 d) CE. 3.2.2.3 El principio de libre formación de la voluntad electoral del artículo 23.1 CE. 3.2.3 Las nuevas tecnologías como principal obstáculo para la eficacia de la prohibición temporal. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor ayudante doctor –acreditado como contratado doctor por la ANECA–, Universidad Rey Juan Carlos. Aportación vinculada al proyecto de investigación «Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales de un Estado, con especial referencia a las implicaciones en materia de derechos humanos. Enseñanzas para España», Referencia: DER2016-76312-P, Ministerio de Economía y Competitividad.

1. INTRODUCCIÓN

Probablemente por las cualidades profetizadoras que tradicionalmente se les ha atribuido, las encuestas preelectorales –es decir, aquellas que se realizan antes de la jornada de la votación– ocupan aún hoy un importante lugar dentro de cualquier campaña electoral. En efecto, y pese a las reticencias con las que normalmente son acogidas, la realidad es que siguen constituyendo un elemento fundamental de la información que rodea a toda elección, y ello desde que en 1936, George Gallup, Elmo Roper y Archibald Crossley predijeran acertadamente los resultados de las elecciones presidenciales estadounidenses que enfrentaron a Roosevelt y a Landon –con victoria final del primero–.

Pues bien, el hecho de su relevancia para el proceso electoral ha dado lugar al debate acerca de la conveniencia de regular en mayor o menor medida este tipo de estudios, especialmente si tenemos en cuenta la posibilidad de su utilización con fines manipuladores y/o partidistas. A los límites temporales para la puesta en conocimiento de encuestas preelectorales en España dedicamos este trabajo, siendo razones de espacio las que nos llevan a dejar fuera del análisis los *exit polls* o encuestas a pie de urna¹.

2. ENCUESTAS PREELECTORALES Y SUS POSIBLES EFECTOS EN EL ELECTORADO

Según la doctrina, son diversos los efectos que las encuestas preelectorales pueden provocar en el ciudadano. El primero a destacar es la conocida como reacción a corriente, efecto arrastre o efecto *bandwagon* (Rothschild, D. & Malhotra, 2014, 1-10), que se manifiesta cuando el elector decide votar a la fuerza política líder en las encuestas, probablemente con el ánimo de «compartir con él la gloria del éxito (...), de disfrutar del placer de estar de parte del más fuerte, de aquel que ha conquistado el poder» (Brusati, 1995, 15). De esta manera, las encuestas constituirían una profecía autocumplida (Gálvez Muñoz, 1997, 807), siendo determinante el resultado de las mismas de cara a conocer el desenlace del proceso electoral.

La antítesis a lo que se acaba de exponer la encontramos en la denominada reacción a contracorriente o efecto *underdog* (Arnesen & Dahlberg, 2015, 1-21), consistente en el castigo a la formación política que figure como favori-

¹ Igualmente interesante, y estrechamente ligada a esta cuestión, se encuentra la relativa al derecho de manifestación durante la jornada de reflexión previa a la celebración de los comicios, siendo muy útil al respecto la STC 96/2010, de 15 de noviembre.

ta en las encuestas, ya sea con el ánimo de suavizar ese apoyo mayoritario o, simplemente, como acto de deferencia hacia las candidaturas menos favorecidas en dichos estudios.

En tercer término hay que aludir al efecto bola de nieve o *momentum* (Denter & Sisak, 2015, 1-14), apreciable cuando un partido político es votado como consecuencia del creciente apoyo que progresivamente le otorgan las diferentes encuestas que se van publicando, generando una inercia favorable a sus intereses.

Asimismo, se habla del efecto espiral del silencio o *spiral of silence*, expresión acuñada por la profesora Noelle-Neumann (1980) tras observar que la mayoría de las personas, por miedo al aislamiento, tratan de identificar las ideas para, a continuación, adherirse a la opinión mayoritaria reflejada a través de las encuestas².

En quinto y último término está el efecto voto estratégico. Siendo el «menos discutido de todos» (Gálvez Muñoz, 1997, 809), es producto del cálculo realizado por una parte del electorado que, apoyándose en el resultado de las encuestas, modifica su intención de voto original con el objetivo de dar la mayor utilidad posible a su sufragio. Y es que no parece demasiado aventurado afirmar que entre la ciudadanía persiste la sensación de que, en muchas circunscripciones, votar a un partido minoritario es perder el voto (Caminal Badía, 2008). Siguiendo esa lógica, la constatación vía encuesta preelectoral de un estado de ánimo desfavorable para los intereses de cualquiera de las formaciones minoritarias podría llevar a sus potenciales seguidores a replantearse el sentido de su voto pensando en la utilidad del mismo. Y de la misma manera, cuando una encuesta preelectoral arroja unos resultados que dejan entrever un cierto protagonismo para estos partidos políticos más pequeños, es posible que el factor utilidad incida justo en el sentido contrario.

En definitiva, son numerosos los efectos que, según la doctrina, pueden generar las encuestas preelectorales. Hasta la fecha, sin embargo, ha resultado imposible predecir en qué sentido incidirán en un momento dado, cabiendo también la posibilidad de que ese influjo se produzca simultáneamente en varias direcciones, en cuyo caso podría producirse una cierta neutralización del fenómeno por compensación.

Si nos fijamos en lo sucedido en España, diferentes encuestas postelectorales elaboradas por el Centro de Investigaciones Sociológicas –CIS– evidencian que la influencia de los resultados de las encuestas en el votante se mantiene en niveles relativamente bajos. En concreto, del 59,7% que afirmó haber tenido conocimiento de los resultados de alguna de las encuestas o sondeos preelectorales sobre las elecciones generales del 28 de abril de 2019, solo

² Para un reciente estudio al respecto, consúltase ARNESSEN, JOHANNESSEN, LINDE Y DAHLBERG (2017).

el 17,1% admitió haberse visto influido, en mayor o menor medida, por ellos³. Y si nos fijamos en lo sucedido en anteriores comicios equivalentes comprobamos que, con motivo de las elecciones generales de 2016⁴, 2015⁵, 2011⁶, 2008⁷, 2004⁸ y 2000⁹, esa capacidad de influencia de las encuestas electorales no rebasó nunca la proporción del 25%¹⁰.

Sea como fuere, la realidad es que, aunque de manera limitada, las encuestas preelectorales inciden en el ánimo del elector. Y si, como se acaba de apuntar, las técnicas actuales no permiten predecir con mayor exactitud la magnitud y dirección de ese influjo, esta dificultad predictiva –que se apreciaba ya en tiempos de un marcado bipartidismo– es aún mayor a tenor de la actual fragmentación parlamentaria existente en nuestro país, especialmente tras la irrupción de Podemos, Ciudadanos y Vox en el tablero político nacional.

3. LA PROHIBICIÓN TEMPORAL DE PUBLICAR Y DIFUNDIR O REPRODUCIR SONDEOS ELECTORALES POR CUALQUIER MEDIO DE COMUNICACIÓN

3.1. Aspectos introductorios

En virtud del artículo 69.7 de la Ley Orgánica 5/1985, de 5 de junio, del régimen electoral general –en adelante, LOREG–, «durante los cinco días an-

³ Estudio número 3248, Postelectoral Elecciones Generales de 2019.

⁴ En virtud del Estudio número 3145, Postelectoral Elecciones Generales de 2016, del 59,2% que declaró haber accedido a dichos estudios, únicamente el 17,8% reconoció la influencia de los mismos sobre su decisión final.

⁵ Como se desprende del Estudio número 3126, Postelectoral Elecciones Generales de 2015, si un 62,8% afirmaba haber tenido conocimiento de los resultados de alguna encuesta electoral, solo el 22,5% admitía que aquellas le hubieran influido en su decisión final.

⁶ Según el estudio núm. 2.920, Postelectoral Elecciones Generales 2011, del 65,7% que afirmó haber conocido alguna encuesta preelectoral, únicamente el 20,7% reconoció haberse visto influido por ellas.

⁷ Si un 60,9% admitía haber tenido conocimiento de alguna encuesta preelectoral, el 25,3% reconocía haberse visto influido por ellos –Estudio núm. 2.757, Postelectoral elecciones generales y al Parlamento de Andalucía 2008–.

⁸ Del 58,9% de personas que reconocieron haber conocido los datos arrojados por sondeos preelectorales, el 23,1% afirmó haberse visto influenciado –Estudio núm. 2.559, Postelectoral elecciones generales y autonómicas de Andalucía 2004.

⁹ En este caso, el porcentaje de personas a las que les constaban los resultados de alguna encuesta preelectoral fue del 52,7%, mientras que solo el 19,5% de ellos admitió que aquellos hubieran incidido en su decisión final de voto –Estudio núm. 2.384, Postelectoral elecciones generales y autonómicas de Andalucía 2000–.

¹⁰ En el caso de las elecciones generales de 1996, sí que se constatan unos niveles de influencia bastante mayores, ya que del 68,5% de personas que conocieron los resultados de encuestas preelectorales, el 44,7% aseguró haberse visto influido por ellos –Estudio núm. 2.210, Postelectoral elecciones generales 1996.

teriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión o reproducción de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación», siendo dicha prohibición comprensiva de toda forma en que se realice la difusión¹¹.

Pues bien, el primer aspecto a destacar en relación con la más polémica de las medidas típicas de las legislaciones protectoras (Sánchez Muñoz, 2007, 318), es la reforma realizada en la misma, vía artículo único.26 de la Ley Orgánica 2/2011, de modificación de la LOREG. En concreto, a la publicación y difusión se añadió como actividad prohibida la reproducción de sondeos electorales, lo cual supuso avanzar por el camino contrario a la posición que defendemos en este trabajo. Por lo demás, sigue estando permitida la mera realización de encuestas en ese plazo, tal y como afirmó la Junta Electoral Central mediante Acuerdo de 12 de mayo de 1993 (Arnaldo Alcubilla & Delgado Iribarren, 2011, 448).

En cuanto al ámbito material de la prohibición, la LOREG no aclara qué sondeos son los que se encuentran sometidos a la previsión del artículo 69.7, siendo nuevamente la Junta Electoral Central la que ha arrojado cierta luz sobre el asunto, aplicando idéntico criterio que el empleado para las encuestas electorales. En este sentido, y consultada sobre la posibilidad de publicar en un medio de comunicación el resultado de un debate, el máximo órgano de la Administración electoral respondió que «tiene acordado que no es contraria a la LOREG la actuación, siempre que entre las cuestiones sometidas entre los telespectadores no se incluya ninguna pregunta que, directa o indirectamente, trate de averiguar la intención de voto de los telespectadores y que, con el resultado que se produzca, no se realicen estimaciones de los resultados electorales del día de la celebración de las Elecciones Generales o valoraciones en orden a dichos resultados»¹². Y en esa misma dirección, el máximo órgano de la Administración electoral ha señalado que la prohibición prevista en el artículo 69.7 LOREG afecta a la publicación y difusión de sondeos electorales, no en cambio a los barómetros de opinión en los que se tratan temas de actualidad política¹³.

En definitiva, queda claro que las encuestas y sondeos a los que se aplican las previsiones de dicho precepto son aquellos que, realizados en período electoral¹⁴, se refieran a cuestiones electorales y traten de determinar la voluntad del votante, de hacer estimaciones de resultados o valoraciones de los mismos¹⁵.

¹¹ Acuerdo de la Junta Electoral Central, de 8 de junio de 2001.

¹² AJEC de 25 de febrero de 2008.

¹³ AJEC de 9 de febrero de 2000.

¹⁴ Se entiende por período electoral el comprendido entre la fecha de publicación de la convocatoria de las elecciones y el día mismo de la votación.

¹⁵ Ver SOLER SÁNCHEZ (2001, 202-204).

3.2 Principales críticas a la actual restricción temporal

3.2.1 EN RELACIÓN CON LA FINALIDAD PERSEGUIDA

La prohibición de publicar y difundir o reproducir sondeos electorales durante los cinco días anteriores al de la votación persigue, por lo menos, tres finalidades diferentes: primero, reducir la influencia de las encuestas en el electorado; segundo, asegurar la eficacia de las normas encargadas de garantizar la objetividad de las encuestas, permitiendo la rectificación de las mismas antes de la celebración de las elecciones y; tercero, impedir que dichos estudios lleven al elector a alejarse del debate político durante los días más importantes para la formación de su voluntad electoral (Gálvez Muñoz, 1997-2, 54-78).

Respecto al primero de los objetivos citados, se basa en la creencia de que las encuestas generan una influencia perjudicial para el elector, pudiéndole condicionar la libre formación de su voluntad, afectando ello, a su vez, a la racionalidad del voto y al nivel de participación en los comicios. No obstante, y habiendo comprobado ya que la capacidad de incidencia de las encuestas en el electorado es limitada, para nosotros cobra mucha más relevancia el papel de las mismas como referencia adicional al servicio del ciudadano a la hora de ejercer su derecho a voto (Wert, 1996, 149), lo que precisamente conlleva un reforzamiento de esa libertad para decidirse por la opción política que se considere oportuna.

A lo anterior cabe añadir que no creemos en la incompatibilidad entre voto racional y voto táctico o útil. Es más, somos de la opinión de que el uso estratégico del derecho de sufragio es precisamente una muestra de la existencia de racionalidad en la decisión, estando esta dirigida a la defensa de una ideología política concreta. En otras palabras, «voto racional no ha de ser siempre el que es expresivo de la identidad política personal. Voto racional es, más bien, el que se corresponde con una conducta electoral eficaz para la defensa de esa identidad política. Por ello, la información que suministran las encuestas electorales no impide necesariamente el ejercicio racional del derecho de sufragio» (Consejo de Estado, 2009, 297).

Finalmente, no tenemos nada claro que el hecho de conocer el resultado de las encuestas con carácter previo a la celebración de los comicios vaya a afectar negativamente a la participación del electorado en caso de que estas arrojen un resultado contundente a favor de una determinada candidatura o en contra de otra. De hecho, la encuesta postelectoral realizada por el CIS tras las elecciones generales de 2019¹⁶ revela que, entre aquellas personas que recono-

¹⁶ Estudio número 3248, Postelectoral Elecciones Generales de 2019.

cieron haberse visto influidas por las encuestas preelectorales, el 29,4% afirmaba que dichos estudios le habían animado a ir a votar, mientras que, en el caso de la abstención, el porcentaje fue del 1,5%. Y la misma tendencia se observa, fijándonos en los comicios de ese mismo ámbito, en cada una de las encuestas postelectorales realizadas por el CIS desde las elecciones de 1996¹⁷.

Respecto al segundo de los objetivos apuntados, es decir, el aseguramiento de la eficacia de las normas garantizadoras de la objetividad de las encuestas, una de las metas del establecimiento de la prohibición del artículo 69.7 LOREG es conceder a la Junta Electoral Central y al Tribunal Supremo –de mediar recurso posterior– el tiempo necesario para ejercer sus competencias de control y, en su caso, permitir que se lleven a cabo las pertinentes rectificaciones y la verificación de que estas son publicadas. Pese a todo ello, la práctica demuestra que dicha eficacia no siempre resulta posible (Consejo de Estado, 2009, 300)¹⁸, siendo este un problema que, dicho sea de paso, puede quedar suavizado por varios factores. Primero, por cuanto entendemos que, amén del régimen sancionador previsto en el artículo 145 LOREG¹⁹, una rectificación a posteriori puede servir de igual manera para penalizar la conducta llevada a cabo por el medio de comunicación en cuestión, sobre todo en forma de pérdida de confianza por parte de la población de cara a futuras encuestas, y en general, de desprestigio para la entidad²⁰. Y segundo, porque los efectos perjudiciales provocados por una violación de la normativa aplicable a las encuestas, aunque hay que tratar de evitarlos, pueden quedar diluidos en el mar de encuestas propio de cada proceso electoral (Consejo de Estado, 2009, 300). Y en caso de que la infracción de la normativa se generalizase, el resultado no sería muy distinto, dada la pérdida de confianza generalizada en esos estudios que ello generaría.

¹⁷ Siendo razones de espacio las que nos impiden reproducir dichos resultados, estos pueden ser consultados en los correspondientes estudios postelectorales, ya citados con anterioridad.

¹⁸ Y es que la Junta Electoral Central únicamente cuenta, a efectos prácticos, con un día para conocer de las últimas encuestas publicadas, escuchar alegaciones y practicar las pruebas necesarias, acordar las correspondientes rectificaciones y, por último, comunicar la decisión adoptada al medio de comunicación autor de la infracción. Todo ello porque, si la interdicción temporal se refiere a los cinco días previos al de la votación, el artículo 69.4 LOREG otorga a los medios de comunicación tres días para que publiquen las rectificaciones exigidas por el máximo órgano de la Administración electoral, comenzando el cómputo de tiempo, según la legislación actual, a partir del día siguiente a aquel en el que se hubiere notificado el acuerdo de rectificación. De esta forma, si ya resulta difícil el cumplimiento de los plazos por parte de la Junta Electoral Central, la revisión judicial previa a la finalización del período electoral es del todo imposible. Una crítica al respecto la encontramos en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1994, 170).

¹⁹ Artículo 145 LOREG: «Quienes infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de uno a tres años». En CONSEJO DE ESTADO (2009, 303) se sugiere el incremento de dichas sanciones.

²⁰ En contra, GÁLVEZ MUÑOZ (2002, 251).

En lo referente a la tercera de las finalidades señaladas al comienzo de este epígrafe, se tiende a creer que la publicación de encuestas preelectorales lleva al electorado a mostrar un desinterés hacia el debate político propio de todo período electoral. En esta línea, hay quien afirma que «la repetición periódica de las clasificaciones de las principales personalidades, o de los barómetros de intención de voto centra toda la atención pública sobre un pequeño número de actores, jefes políticos o partidos. Por eso, los sondeos contribuyen al arraigo de una especie de cultura política mínima, muy pobre, casi caricaturesca» (Lazareff, 1983, 19). Por contra, nosotros somos de la opinión de que las encuestas contribuyen a promover la expectación entre el electorado, que prestará atención a la lucha ideológica entre los distintos candidatos con más interés si cabe tras conocer cuáles son las intenciones de voto existentes en un momento determinado (Consejo de Estado, 2009, 301; y Gálvez Muñoz, 1997-2, 78).

3.2.2 POR SU COLISIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

3.2.2.1 *La igualdad prevista en los artículos 14 y 23.2 CE*

La primera duda de constitucionalidad nos surge en relación con el principio de igualdad formal reconocido en el artículo 14 CE, en virtud del cual «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Pues bien, el hecho de que se prohíba publicar y difundir o reproducir encuestas preelectorales, pero no su realización y entrega por encargo, posibilita a quien pueda pagar estos trabajos el acceso a información adicional con respecto al resto de ciudadanos que, «utilizados para formar la opinión pública, no participan del resultado de la encuesta» (Corzo Sosa, 2007, 79), rompiéndose así con el principio de igualdad. De esta forma, la actual normativa origina la aparición de dos tipos de colectivos: por un lado, uno minoritario, compuesto por personas cuyos mayores recursos económicos les permiten encargar la elaboración de información privilegiada en forma de encuestas preelectorales privadas, conociendo así las intenciones de voto del electorado; y por otro lado, el resto de la ciudadanía, que no podrá acceder al resultado de dichos estudios (Gálvez Muñoz, 2002, 238).

¿Estamos entonces ante una previsión legal inconstitucional? Para nosotros la respuesta debe ser afirmativa, postura que entendemos compatible con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, el Alto Tribunal dejó pronto claro que «el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14

hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento (...) (artículo» 1)...» –STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3–. Por lo tanto, la desigualdad de trato se convertirá en discriminación «cuando esté desprovista de una justificación objetiva y razonable» –STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 3–.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, procede preguntarse si esa desigualdad de condiciones en el acceso a las encuestas preelectorales encuentra una justificación por ser razonable o no. A nuestro modo de ver, es obvio que no concurre ese requisito, siendo pertinentes los argumentos esgrimidos cuando discrepábamos de los objetivos que persigue la actual prohibición temporal. Así, y dado que el ciudadano no necesita ser protegido de ninguno de los supuestos efectos nocivos que entraña el conocimiento de los resultados de encuestas electorales durante los cinco días previos al de la votación –si tan perjudicial es esa información, ya puestos, ¿por qué no prohibirla para todo el período electoral?–, no vemos qué otra razón podría esgrimirse para justificar ese trato desigual.

En cambio, y a la luz de la jurisprudencia citada, no creemos que quepa hablar de una vulneración del artículo 23.2 CE, y nos explicamos. Es cierto que dicho precepto reconoce el derecho de los ciudadanos a «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes», lo que podría llevar a afirmar que es inconstitucional, por rebajar sustancialmente las posibilidades de acceso al cargo público en juego en unas elecciones, el hecho de que un candidato pueda tener conocimiento de encuestas –porque su partido puede permitirse pagarlas– cuando la gran parte de los ciudadanos no disfruta de tal posibilidad. Sin embargo, la cosa cambia si tenemos en cuenta el importante rol que los partidos políticos desempeñan en el actual Estado de derecho, tanto es así que el propio Tribunal Constitucional habla de la existencia de un auténtico «Estado de partidos» –STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 1–. Siguiendo esta lógica, entendemos que sí se puede justificar jurídicamente, por objetiva y razonable –aunque ello no obsta para que la inconstitucionalidad de la actual prohibición temporal se siga produciendo respecto del resto de preceptos constitucionales que analizamos–, la diferencia de trato que se produce, en este y en otros casos –por ejemplo, en materia de financiación pública o de acceso gratuito a medios de comunicación– entre: los candidatos de los partidos políticos²¹, que aprovechan los re-

²¹ Sobre todo, los de las principales fuerzas políticas.

cursos del partido y del Estado para tratar de alcanzar el mayor número de escaños, de un lado; y los ciudadanos que, normalmente mediante agrupaciones independientes, traten de acceder a las instituciones públicas con recursos mucho más limitados, de otro.

Los supuestos de hecho analizados en relación con los artículos 14 y 23.2 CE son, en definitiva, completamente distintos entre sí. En el primer caso, lo que se discute es si todos los ciudadanos deben ser tratados por igual de cara a conocer los resultados de las encuestas. En cambio, en el segundo se habla estrictamente de si cabe cierto trato privilegiado para aquellas asociaciones cuya razón de su existencia es precisamente la canalización de la opinión pública y su acceso a las instituciones.

3.2.2.2 *La libertad de la información del artículo 20.1 d) CE*

Diferenciado del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones –artículo 20.1 a) CE–, el artículo 20.1 d) consagra el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (...), en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva» –STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11-. En la misma Sentencia, el Tribunal Constitucional estableció una interesante distinción entre lo que es la vertiente activa de esa libertad –el derecho a comunicar información–, y lo que es la dimensión pasiva de la misma –el derecho a recibir información libremente–.

Señalado lo cual, procede ahora averiguar si la restricción en el derecho a la información de la actual regulación de las encuestas preelectorales responde a una adecuada ponderación de los intereses en conflicto²². Para nosotros no es así, sino que se están vulnerando las previsiones del artículo 20.1 d) CE, tanto desde la perspectiva activa de los medios de comunicación que quieran poner en conocimiento de la sociedad los resultados de cualquier encuesta preelectoral, como des-

²² Según reiteró el Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5, «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad», lo cual exige constatar si dicha limitación «cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8]». Sobre esta cuestión hemos tenido ocasión de reflexionar en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2017).

de la vertiente pasiva de los ciudadanos que quieren acceder a ese tipo de información (Michalos, 2017, 169), muy útil de cara a comprobar el clima de opinión reinante en el momento inmediatamente previo a la celebración de las elecciones.

Y, es que, siendo cierto que no estamos ante un derecho absoluto –STC 254/1988, de 12 de diciembre, FJ 3–, no lo es menos que las condiciones que el propio artículo 20.1 d) CE impone para su ejercicio por los medios de comunicación son observadas, primero, en el momento en el que la elaboración de las encuestas preelectorales se somete a una serie de requisitos técnicos que deberían garantizar la veracidad de la información²³; de la información; y segundo, dado que la información a publicar reviste un indudable interés general. No creemos, por lo demás, que exista ninguna otra causa superior que, a la luz del artículo 20.4 CE²⁴, avale la proporcionalidad de la actual prohibición temporal, ni respecto de los medios de comunicación ni del ciudadano pues, habiendo ya argumentado en contra de considerar perjudicial el conocimiento de este tipo de estudios por los votantes, es cierto que «la prohibición limita el derecho a la libertad de información sin conseguir prácticamente nada a cambio» (Gálvez Muñoz, 2002, 254).

3.2.2.3 *El principio de libre formación de la voluntad electoral del artículo 23.1 CE*

En nuestra opinión, la prohibición temporal vigente condiciona la libre adopción de una decisión con respecto al voto, derecho consagrado en el artículo 23.1 CE e igualmente aludido en los artículos 68.1 y 69.2 de la propia Norma fundamental. En este sentido, conviene tener en cuenta que las encuestas constituyen una mera estimación del ánimo de los electores en una u otra dirección política, y en un momento y lugar determinados, siendo importante «destacar cómo hasta las últimas horas se han producido vaivenes en la opinión» (Wert, 1996-2). Partiendo de esa base, resulta evidente la desprotección a la que se encuentran expuestos los electores españoles que, carentes de «otras informaciones fiables sobre las intenciones generales de voto, tienden a atribuir, de forma más o menos inconsciente, a las últimas elecciones electorales publicadas, un valor definitivo del que carecen». Y como probable consecuencia de ello, es de

²³ Entendida como diligencia en la obtención de la información. Consúltese a tal efecto, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2017, 187-188).

²⁴ Artículo 20.4 CE: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

criticar la configuración, la configuración de una «decisión electoral en función de unos datos ya superados y que no responden a la realidad» (Gálvez Muñoz, 1997-2, 82).

Un ejemplo de la materialización de este problema en España lo encontramos en lo sucedido durante los últimos días de la campaña electoral previa a las elecciones generales del 14 de marzo de 2004. En efecto, a una semana vista de los comicios, las distintas encuestas preelectorales²⁵ vaticinaban una victoria más o menos holgada del Partido Popular sobre su más inmediato perseguidor, el Partido Socialista. Sin embargo, los atentados terroristas perpetrados en Madrid, el 11 de marzo –y vigente, por tanto, la prohibición de difundir encuestas–, unidos al descontento social hacia la política informativa del Gobierno sobre dicho suceso, favorecieron sobremanera el vuelco electoral que se produciría tres días después en las urnas.

Pues bien, a nuestro modo de ver, es probable que, de no haber mediado esa prohibición temporal, las encuestas preelectorales posteriores a dichos atentados se hubieran aproximado más a lo que reflejó el escrutinio final –ganó el Partido Socialista Obrero Español con una ventaja de cinco puntos porcentuales sobre el Partido Popular–. Y por ende, no se habría privado a la ciudadanía de esa referencia adicional que, decíamos, constituyen las encuestas electorales de cara a la libre formación de la voluntad electoral. Por todo ello, estamos con quien afirma que «siempre será más rica, informada y mejor motivada una decisión electoral sabedora de cómo se distribuyen las preferencias electorales en un momento dado, que una envuelta en la nebulosa, el rumor o la intoxicación sobre ese asunto» (Wert, 1993).

3.2.3 LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO PRINCIPAL OBSTÁCULO PARA LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN TEMPORAL

Al margen de los preceptos constitucionales que entendemos son vulnerados por la vigente prohibición temporal contemplada en la LOREG, creemos que no está de más poner igualmente el acento en el enorme escollo que la actual sociedad de la información –el problema de la desinformación merece capítulo aparte– representa de cara a asegurar la eficacia práctica de dicha previsión (Consejo de Estado, 2009, 301 y 302). En efecto, el fenómeno de hiperconectividad en que nos vemos actualmente inmersos facilita la elusión de

²⁵ Por ejemplo, el Estudio del CIS núm. 2.555, preelectoral elecciones generales y autonómicas de Andalucía, 2004, otorgaba a dicho partido una ventaja de 6,7 puntos sobre el Partido Socialista Obrero Español.

aquella restricción y, es que, si antes el recurso a medios extranjeros para conocer encuestas en período de prohibición era ya una opción, esta práctica es hoy aún más sencilla gracias a los medios de comunicación digitales²⁶. Es lo que, por ejemplo, lleva haciendo el *Periòdic d'Andorra* –perteneciente a un grupo editorial español– desde hace muchos años.

Y no menos problemas plantean las redes sociales, uno de cuyos fundamentos es la incesante reproducción de contenidos por parte de sus usuarios. Habida cuenta de ello, y si entendemos que la previsión del artículo 69.7 LOREG les es igualmente aplicable, cuestión no exenta de discusión (Consejo de Estado, 2009, 303 y 304) ¿Se va a proceder a perseguir toda práctica consistente en compartir datos de encuestas publicadas en medios extranjeros? Amén de que es algo así como tratar de poner puertas al campo, a nosotros nos parece un ejercicio de paternalismo estatal impropio de una democracia consolidada como la nuestra.

Sea como fuere, la realidad es que la actual regulación se está encontrando con la picaresca de distintos internautas que, para evitar la infracción, se hacen eco de encuestas extranjeras, por ejemplo, fingiendo informar sobre el precio al que se vende la fruta en los mercados del país del que proceda el sondeo. Así, con el tipo de fruta se aludiría a una determinada candidatura, mientras que el precio representaría la previsión de apoyo electoral con que contaría aquella. Y esto no sucede únicamente en España pues, por ejemplo en Italia, se recurre a carreras de caballos ficticias con datos sobre los principales establos y jockeys en competición.

4. CONCLUSIONES

I. Son varias las objeciones que planteamos respecto de la prohibición temporal del artículo 69.7 LOREG, siempre partiendo de la convicción de que en nada perjudica –es justamente lo contrario–, ni al elector ni al propio proceso electoral, el hecho de que se conozcan los resultados de una encuesta en los días inmediatamente previos a unos comicios.

I.I A destacar, en primer lugar, la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, por cuanto se permite la realización y entrega de encuestas preelectorales a encargo de quien pueda pagarlas –normalmente, los partidos políticos–, habiendo argumentado en contra de considerar esa diferencia de

²⁶ En el mismo sentido, por ejemplo, CONSEJO DE ESTADO (2009, 303-304); y GARCÍA MAHAMUT Y RALLO LOMBARTE (2013, 208).

trato como objetivamente justificada y razonable, que es lo que exige el Tribunal Constitucional –STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 3–.

I.II En segundo, la igual violación del derecho a la información –artículo 20.1 d) CE–, al no respetarse el principio de proporcionalidad exigido por el Alto Tribunal a la hora de resolver una colisión entre derechos –STC 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5–. Y, es que, con la normativa vigente, ni los medios de comunicación pueden desempeñar su función con libertad, ni los ciudadanos ejercer su derecho de acceso a la información contenida en las encuestas, no existiendo ningún interés superior que justifique la restricción.

I.III Y en tercero, el condicionamiento injustificado de la libre formación de la voluntad electoral –artículo 23.1 CE–, en la medida en que se impide al ciudadano contar con información actualizada sobre el estado de opinión pública inmediatamente previo a las elecciones. Esto lleva a que, ante un acontecimiento de última hora, las encuestas pierdan toda facultad predictiva y el ciudadano quede sin referencias actualizadas, tal y como sucedió, por ejemplo, antes de las elecciones generales de 14 de marzo de 2004, con los atentados terroristas perpetrados en Madrid tres días antes.

II. Por lo demás, el desarrollo tecnológico avoca a la obsolescencia de la actual regulación, siendo habitual que empresas demoscópicas españolas se valgan de medios extranjeros para publicar esa información, sobre todo a través de Internet. Es por todo lo anterior que se hace urgente una revisión de la legislación vigente, de manera que se adecúe a la realidad política y social en que vivimos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARNALDO ALCUBILLA, E. y DELGADO-IRIBARREN, M. (2011), *Código Electoral*, 7.^a edición, El Consultor de los Ayuntamientos.
- ARNESEN, S., JOHANNESSON, M., LINDE, J. AND DAHLBERG, S. (2017), «Do Polls Influence Opinions? Testing the Spiral of Silence Using a Dynamic Response Feedback Algorithm», *Digsscore Working Paper Series*, 2017 (1): 1-28.
- ARNESEN, S. y DAHLBERG, S. (2015), «Opinion Polls' Effect on Political Attitudes – Results from a time-series survey experiment in a general population web panel», Paper to be presented at the ECPR General Conference 2015, Montreal, Canada, August 26-29.
- BRUSATI, E. (1995), *I sondaggi elettorali e dell'opinione pubblica*, Pavia: Doxa.
- CAMINAL BADIA, M. (2008), «El voto útil para las minorías», *El País*.
- CONSEJO DE ESTADO (2009), *Informe sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General*.

- CORZO SOSA, E. (2007), «Las encuestas electorales y los derechos fundamentales. Una primera reflexión», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 16, pp. 71-87.
- DENTER, P. & SISAK, D. (2015), «Do polls create momentum in political competition?», *Journal of Public Economics*, vol. 130, pp. 1-14.
- ESTRADA STRAFFON, L. (2017), «Regulación de encuestas preelectorales y de salida en perspectiva comparada», *Fortalezas y debilidades del sistema electoral mexicano. Perspectiva federal y local*, 2.^a edición, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 331-354.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P. (2014), *La Junta Electoral Central: la libertad de expresión y el derecho a la información en período electoral*, Madrid: CEPC.
- (2017), «Del derecho a la información y sus límites: especial atención a la reciente controversia en torno al uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 30, pp. 179-210.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. (1997), «La influencia de las encuestas electorales sobre los electores», *Estudios de derecho constitucional y de ciencia política: homenaje al profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, vol. II, Universidad de Murcia, pp. 797-818.
- (1997-2), «La prohibición de difundir encuestas electorales: ¿Una norma inconstitucional?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 41, pp. 45-89.
- (2002), *El régimen jurídico de la publicación de las encuestas electorales*, Madrid: Congreso de los Diputados.
- GARCÍA MAHAMUT, R. y RALLO LOMBARTE, A. (2013), «Neutralidad y pluralismo de los medios de comunicación en las campañas electorales: la reforma de la LO-REG de 2011», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, pp. 201-240.
- LAZAREFF, A. (1983), *Le droit des sondages politiques. Analyse de la réglementation française*, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.
- MICHALOS, A. C. (2017), *How Good Policies and Business Ethics Enhance Good Quality of Life*, Springer.
- NOELLE-NEUMANN, E. (1980), *Die Schweigespirale: Theorie der öffentlichen Meinung: öffentliche Meinung unsere soziale Haut*, Zurich/Munich: Piper.
- ROTHSCHILD, D. y MALHOTRA, N. (2014), «Are public opinion polls self-fulfilling prophecies?», *Research & Politics*, 1(2), pp. 1-10.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, O. (2007), *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid: CEPC..
- SOLER SÁNCHEZ, M. (2001), *Campañas electorales y democracia en España*, Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I.
- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J. (1994), *La reforma del régimen electoral*, Madrid: CEC.
- WERT, J. I. (1993), «Otra vez las encuestas», *El País*, 29 de junio.
- (1996), *Carta abierta a un incrédulo sobre las encuestas y su muy disputado crédito*, Barcelona: Península. Wert, J. I. (1996-2). «Encuestas y urnas en las recientes elecciones de Estados Unidos», *El País*, 23 de noviembre.

LA EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES Y DE LA FORMA DE GOBIERNO DE LAS REGIONES ITALIANAS

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER*
Universidad Autónoma de Madrid
ANDRÉS IVÁN DUEÑAS CASTRILLO**
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cronología sobre la evolución los sistemas electorales regionales. 2.1 La evolución de los sistemas electorales de las Regiones de Estatuto ordinario. 2.2 La evolución de los sistemas electorales de las Regiones de Estatuto especial. 3. Consideraciones finales. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Italia representa un caso excepcional en lo que a su sistema electoral se refiere, pues, desde la restauración de la democracia tras la Segunda Guerra

* Este trabajo se enmarca dentro de la estancia de investigación realizada en la Universidad LUISS Guido Carli de Roma, financiada por la convocatoria de ayudas para estancias breves en España y Extranjero del programa propio de contratos predoctorales para Formación de Personal Investigador FPI-UAM de 2018.

** Investigación cofinanciada por el Fondo Social Europeo. Este trabajo se enmarca dentro de la estancia de investigación realizada en la Università degli Studi di Torino financiada por la convocatoria de 2018 de Ayudas para estancias breves en el desarrollo de tesis doctorales de la Universidad de Valladolid.

Mundial hasta la actualidad, se han sucedido hasta seis leyes electorales distintas para la Cámara de Diputados. Esta situación contradice una de las principales conclusiones en los estudios electorales, la cual apunta a que las reformas que modifican el tipo fundamental de sistema electoral, son algo excepcional en las democracias establecidas (Nohlen, 1984). No debe por ello sorprender que el caso italiano haya suscitado un importante interés entre la doctrina (entre otros muchos, Groppi, 2008; Olivetti, 2015; Fusaro, 2016).

Esta situación contrasta sin embargo con la menor atención que la doctrina italiana ha prestado a los sistemas electorales que se utilizan para elegir los Consejos Regionales de las veinte Regiones italianas, salvo algunas excepciones (D'Alimonte, 2000; Chiaramonte y Tarli Barbieri, 2007; Fusaro, 2007; Pacini, 2007; Musella, 2011; Grosso, 2012; Cunial y Terreo, 2016). Mucha menos atención si cabe le ha dedicado a este asunto la doctrina en idioma español, siendo las únicas excepciones a este respecto unos pocos estudios, buena parte de los cuales abordan el estudio de la materia electoral en su relación con la forma de gobierno regional (Gavara, 2004; Gavara y Vallés, 2007; Cattelani, 2011).

Este trabajo se propone, pues, colmar esa laguna de conocimiento entre los autores de habla hispana, con una contribución en la que se examine la evolución de los sistemas electorales que se emplean en las elecciones regionales italianas a lo largo del tiempo. Se prestará atención tanto a los cambios experimentados por los sistemas electorales de las Regiones de Estatuto ordinario tras más de quince años de autonomía regional, como a las reformas electorales que han llegado a materializarse en las Regiones de Estatuto especial. Por último, se dedicará un apartado a la formulación de unas consideraciones finales.

2. CRONOLOGÍA SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES REGIONALES

2.1 **La evolución de los sistemas electorales de las Regiones de Estatuto ordinario**

Durante el período de tiempo conocido como la *Primera República Italiana*, esto es, el espacio temporal con el que los analistas se refieren al sistema político italiano entre 1946 y 1992, el artículo 122 de la Constitución italiana –antes de su reforma en 1999– encomendaba al Estado central la competencia para regular por ley estatal los sistemas electorales de los Consejos Regionales (los parlamentos regionales) de las Regiones de Estatuto ordinario, así como el

número de consejeros (diputados regionales). Las Regiones ordinarias nacieron en 1970, con ocasión de las primeras elecciones a su Consejo regional, las cuales estuvieron precedidas por la entrada en vigor de la primera ley electoral regional: la ley n.º 108/1968. Esta legislación nacional italiana establecía una regulación unitaria para los sistemas electorales de las Regiones ordinarias. Es decir, hubo un tiempo en el que todas las Regiones ordinarias compartían un mismo sistema electoral.

Así, los Consejos Regionales eran elegidos conforme a un sistema proporcional (fórmula electoral Hagenbach-Bischoff), en el que el territorio de cada región se dividía en circunscripciones coincidentes con las demarcaciones provinciales y existía un mecanismo de recuperación de votos residuales en el ámbito regional. No se establecía ningún tipo de barrera electoral. Además, se permitía a los electores manifestar entre uno y tres votos preferenciales, según el número de consejeros a elegir en la circunscripción. Este sistema electoral, que primaba el principio de representatividad sobre la gobernabilidad, reprodujo en gran medida el formato y dinámicas del sistema de partidos nacional, propiciando una elevada fragmentación parlamentaria y la consiguiente formación de gobiernos basados en coaliciones partidistas amplias.

Esta situación en la que todas las Regiones ordinarias tenían un mismo sistema electoral respondía a una concepción clara sobre el diseño institucional entre el Estado y las Regiones, según la cual debía existir un modelo homogéneo en ambos niveles. En este sentido, dada la estrecha relación entre las reglas electorales y la forma de gobierno, debía procurarse la semejanza institucional entre las regiones y el Estado, por lo que el sistema electoral debía erigirse como un elemento uniformador (Grosso, 2012, 101). La homogeneidad de sistemas electorales, todos proporcionales y similares entre sí, no se limitaba a los Consejos Regionales, sino que se extendía a la elección de la Cámara de Diputados, el Senado e incluso a las elecciones provinciales y comunales, de forma que podía hablarse de un Derecho electoral general, en el sentido de utilizarse criterios, principios y parámetros equivalentes en todos los procesos electorales (Gavara, 2004, 100). En definitiva, la legislación nacional italiana estableció durante décadas una regulación unitaria que condujo al mimetismo en materia electoral en todos los niveles de gobierno.

Sin embargo, a finales del siglo xx, el escenario político italiano experimentó una transformación abrupta. Por lo que respecta al objeto de estudio, en los años noventa comenzaron a introducirse cambios en el marco normativo que configura la forma de gobierno y los sistemas electorales de las Regiones italianas. El primer hito de esta transformación del escenario institucional regional sería la aprobación, todavía en el nivel nacional, de la Ley n.º 43/1995.

Esta norma impuso un nuevo sistema electoral para las quince Regiones de Estatuto ordinario, el conocido como *Tatarellum*, que terminaría aplicándose de forma común a todas ellas al menos en las elecciones regionales de 1995 y 2000. Además, cabe destacar, como luego se observará, que este sistema electoral sería posteriormente imitado por voluntad propia por parte de algunas Regiones de Estatuto especial.

El llamado *Tatarellum* es un sistema electoral ciertamente complejo (D'Ignazio, 1997; D'Alimonte, 2000). Se trata de un sistema mixto, en el que el elector dispone de dos votos distintos en la misma papeleta. Cuatro quintas partes de los escaños del Consejo Regional se eligen de forma proporcional (fórmula Hagenbach-Bischoff) sobre la base de listas provinciales (primer voto); mientras que la quinta parte restante se elige por un sistema mayoritario sobre la base de listas regionales, en las que aparece expresamente indicado el nombre del candidato designado por la lista coaligada para cubrir el cargo de Presidente de la Región (segundo voto). Cada lista regional debe estar conectada con un grupo de listas provinciales que concurren, al menos, en la mitad de provincias de la región. Por lo demás, este sistema previó por primera vez las barreras electorales en el nivel regional italiano. Así, se establece una barrera electoral del 3% regional para las listas provinciales; aunque éstas pueden evitar dicha barrera si concurren coaligadas con una lista regional que haya superado el 5% de los votos regionales.

Por lo que respecta al elector, éste puede expresar un único voto preferencial entre los componentes de las listas provinciales, frente a los tres o cuatro del sistema electoral anterior. Por su parte, las listas regionales, son, en cambio, cerradas y bloqueadas. Además, el elector tiene la posibilidad de dividir su voto (*voto disgiunto*), pudiendo apoyar a una lista provincial y a otra regional de distinto signo político, sin necesidad de que estén vinculadas entre sí.

Conviene explicar cómo se asigna el 20% de los escaños en la circunscripción regional, es decir, cómo funciona la parte mayoritaria del sistema. La atribución del premio del 20% de los escaños a la lista regional vencedora es completa siempre y cuando los partidos vinculados a dicha lista no hubiesen logrado ya más de la mitad de los escaños del parlamento en la parte proporcional. En cambio, en caso de que los partidos vinculados a la lista regional más votada ya hubiesen logrado la mayoría absoluta en la parte proporcional, el premio se reduce a la mitad: el 10% de los escaños; de modo que el otro 10% de los escaños se reparte entre los restantes partidos de forma proporcional a partir de la cuota Hare: es el llamado «premio de la oposición». El legislador quería en este último caso limitar los escaños extra que obtiene la coalición

vencedora sobre las otras, pues una vez asegurada la gobernabilidad regional, lo que se pretende es potenciar la representación del pluralismo político.

Ahora bien, dicho premio puede ser incluso superior a la concesión del 20% de los escaños que acaba de mencionarse. Así, si a pesar de recibir ese 20% de escaños la coalición vencedora no se hace con la mayoría absoluta, se activa el premio de mayoría y ésta obtiene el 60% de los escaños –en caso de que el candidato a presidente haya obtenido más del 40% de los votos– o el 55% de los escaños –en caso de que el candidato a presidente haya obtenido menos del 40% de los votos–. En esas circunstancias, por tanto, se procede a incrementar el tamaño del parlamento si resulta necesario para garantizar ese porcentaje de escaños para la coalición vencedora. Este mecanismo por el cual se aumenta el número de escaños se justifica en la idea de conceder un premio *majority-assuring*, sin tener que sustraer escaños a las restantes listas provinciales en la parte proporcional.

Aun siendo conscientes de la complejidad que presenta el funcionamiento de este sistema electoral, debe quedar claro que es el segundo voto, el dirigido a la parte mayoritaria del sistema, el que determina la correlación de fuerzas en el Consejo Regional. No en vano, es ese voto el que decide qué coalición regional se hace con los escaños de la parte mayoritaria y, si es preciso, a qué coalición se le asigna el premio de mayoría. De modo que el sistema asegura en todas las circunstancias que la coalición ganadora a nivel regional y, por tanto, el Presidente vencedor, cuentan con el respaldo de una mayoría absoluta de escaños en el parlamento. En definitiva, se trata de un sistema concebido como proporcional en la representación, pero mayoritario en la decisión y atribución final de escaños, con la finalidad de potenciar así la formación de una mayoría parlamentaria (Gavara y Vallés, 2007, 379-395).

En realidad, la intención de las reformas institucionales acometidas en Italia al comienzo de la *Segunda República* fue la de introducir elementos mayoritarios para lograr una mayor rendición de cuentas a través de la alternancia de las coaliciones en todos los niveles de gobierno. En el ámbito regional, se habían vertido críticas al clásico sistema proporcional, al que se le acusaba de ser una de las causas de la ingobernabilidad, así como de la escasa influencia del elector a la hora de formar gobiernos. De modo que el principal propósito del nuevo marco electoral regional, al igual que a nivel nacional, también consistió en introducir elementos mayoritarios en las reglas electorales (20% de escaños elegidos de forma mayoritaria y, sobre todo, un premio de mayoría del tipo *majority-assuring*) que garantizaran mayorías parlamentarias amplias. Asimismo, se incorporaron elementos que fomentasen una dinámica bipolar (como la posibilidad de los partidos de eludir la barrera electoral si formaban

parte de una lista regional que hubiera obtenido al menos el 5% de los votos y, sobre todo, el premio de mayoría). Por último, se abrió el camino a una incipiente presidencialización de la forma de gobierno regional, pues los partidos se vieron obligados a coordinarse en torno a candidatos presidenciales comunes, formando grandes coaliciones preelectorales encabezadas por candidatos a Presidente regional. En suma, además de fomentar una competición bipolar en torno a dos grandes bloques políticos, el principal objetivo de *Tatarellum* fue procurar una mayor estabilidad del ejecutivo regional, fabricando para ello mayorías parlamentarias a través del premio de mayoría (Musella, 2011), aun concediendo cierto espacio al pluralismo político a partir de barreras electorales moderadas (D'Alimonte, 2000).

Ahora bien, lo cierto es que el modelo electoral instaurado no respondía a ningún proyecto de reforma reflexionado anteriormente y se impuso una reforma electoral –pero aún no de la forma de gobierno– de un modo un tanto apresurado, poco antes de las elecciones regionales de 1995, y lo bastante simple como para poder ser de inmediata aplicación respetando los márgenes constitucionales. El sistema electoral *Tatarellum* fue creado en una situación de convulsión política, pero esa coyuntura crítica no condujo a que el modelo resultante en el nivel regional reflejase las propuestas surgidas previamente en el debate doctrinal y político, que apuntaban a una reforma más amplia (D'Ignazio, 1997, 437). Se puede concluir, por tanto, que no fue una reforma todo lo ambiciosa que podría haber sido y, de hecho, se trató de una reforma incompleta, pues resultó insuficiente para garantizar la estabilización de la gobernabilidad regional (Musella, 2011, 190).

Es por ello que el proceso de presidencialización de las regiones hubo de consolidarse definitivamente con la adopción de la Ley Constitucional n.º 1/1999, que reformó el artículo 122 de la Constitución italiana para introducir la importante novedad de la elección directa del Presidente por el cuerpo electoral (Fusaro, 2000). Así, esta reforma estableció, de forma provisional, una disciplina común para todas las Regiones ordinarias, basada en el sistema *Tatarellum* de 1995, pero con la elección directa del Presidente como elemento novedoso. Esta elección directa del Presidente de la Región, que prescindía de la mediación de las negociaciones entre partidos tras las elecciones, debe entenderse como una respuesta a la crisis de la partitocracia. Se vió en la personalización de la política una posible solución, inyectándose para ello una dosis de legitimación reforzada al líder del ejecutivo.

Esta decisión supuso un auténtico cambio en la forma de gobierno regional, ya que se pasaba de un modelo de gobierno parlamentario con elementos de forma asamblearia a un modelo neoparlamentario con elementos

de regímenes presidencialistas. El rasgo que caracteriza a este modelo híbrido sería la existencia de una elección popular directa en la que, simultáneamente, se elige tanto al vértice del ejecutivo como al parlamento: Presidente de la Junta y Consejo Regional. De modo que el Jefe del Gobierno tiene su origen en el voto popular de forma coincidente con el parlamento, siendo su mandato idéntico y estando vinculado en todo momento. No en vano, con la introducción de la cláusula *simul stabunt simul cadent*, un mecanismo que desencadena la disolución automática del parlamento regional y la inmediata convocatoria de elecciones en caso de que se apruebe una moción de censura, la formación y cesación del legislativo y del ejecutivo van de la mano (Gavara, 2004, 102). Algunos autores han denominado a esta forma de gobierno como «de legislatura con elección directa del líder del Ejecutivo» (Olivetti, 2002, 222 y ss.). Por tanto, a los mecanismos ideados para garantizar la estabilidad parlamentaria como el premio de mayoría, ha de sumarse la cláusula *simul stabunt simul cadent* que refuerza aún más si cabe la racionalización de la forma de gobierno.

En cualquier caso, hay que remarcar que esta normativa estaba prevista para permanecer provisionalmente en vigor hasta que las regiones, en sus estatutos y leyes regionales, eligiesen su respectiva forma de gobierno y su respectivo sistema electoral (Fusaro, 2007). Es decir, esta forma de gobierno y este sistema electoral se concibieron con carácter transitorio. Y es que la reforma del artículo 122 de la Constitución del año 1999 dotó a las Regiones ordinarias de autonomía en lo relativo a la postestad estatutaria reforzada, esto es, a la posibilidad de elaborar su propio Estatuto. Esto supone que las Regiones ordinarias adquirieron la capacidad para diseñar de forma exclusiva su forma de gobierno y su sistema electoral mediante la aprobación de sus propios Estatutos y leyes electorales (Tarli Barbieri, 2007). De esta forma, la idea de la necesaria uniformidad en los diferentes niveles de gobierno terminó por abandonarse y se permitió que las Regiones ordinarias optasen por el sistema electoral y la forma de gobierno que considerasen más apropiados para sus características territoriales, demográficas y sociopolíticas, una autonomía de la que las Regiones especiales habían disfrutado desde sus orígenes.

Por lo que respecta a la forma de gobierno, y aunque teóricamente las Regiones son libres a la hora de regular su modelo concreto, la interpretación que del marco constitucional se ha hecho posteriormente ha conducido a entender que su margen de autonomía en este punto es limitado. Las regiones tienen ante sí dos posibles alternativas: la primera y más extendida es la elección directa del Presidente regional de forma simultánea y conectada a la elec-

ción del Consejo regional –modelo neoparlamentario–; la segunda, con una acogida mucho menor, es la del mantenimiento del modelo parlamentario clásico, por el que el Presidente regional es elegido por el Consejo mediante una investidura (Catelani, 2011, 328). Algo similar puede decirse sobre la competencia de las Regiones ordinarias a la hora de regular el sistema electoral. Aunque teóricamente pueden establecer su propio sistema electoral sin limitaciones, en la práctica deben respetar los principios fundamentales que establezcan las leyes estatales, tal y como señala el artículo 122 de la Constitución italiana (Gavara, 2004, 104-107).

Pues bien, estos principios están recogidos en la ley marco estatal n.º 165/2004, que concretó los fundamentos que debían respetar los nuevos sistemas electorales de las Regiones ordinarias, a saber: sistemas electorales que favorezcan la construcción de mayorías estables y que, a su vez, garanticen la representación de las minorías; fundamentos que previamente habían sido enunciados en la sentencia de la Corte Constitucional 196/2003 (c.d. 2.1). Aunque se trata de principios un tanto vagos, necesitados por tanto de su concreción en sistemas electorales reales, puede deducirse, por ejemplo, que no serían admisibles sistemas electorales exclusivamente mayoritarios; como tampoco serían aceptables aquellos que, aun siendo proporcionales, contengan barreras electorales o premios de mayoría demasiado elevados y que, en consecuencia, reduzcan la representación de las minorías políticas más allá de los requisitos razonables de estabilidad y gobernabilidad (Grosso, 2012, 107). Desde una perspectiva distinta, esos mandatos han otorgado cobertura a la introducción de premios de mayoría de forma generalizada, los más de los cuales son de tipo *majority-assuring*. Por lo demás, en caso de que la región decida optar por la elección directa del Presidente, la ley marco estatal exige la simultaneidad de la elección del Presidente de la Región y del Consejo Regional.

A partir de 2004, algunas regiones comenzaron a desarrollar sus propios sistemas electorales, ya fuese aprobando nuevas leyes electorales o bien modificando partes específicas de la legislación electoral transitoria. Al principio, pues, la autonomía electoral fue utilizada con moderación, pues todas las Regiones adoptaron, aun con distintos matices, sistemas mixtos, con premios de mayoría, y elección directa del presidente regional. Entre 2004 y 2005, un grupo de seis regiones (Toscana, Abruzos, Apulia, Calabria, Lacio y Marcas, aunque esta última a partir de las elecciones de 2010) ya habían aprobado sus propias leyes electorales, parcialmente diferentes al *Tatarellum* (Florida, 2005). Tiempo después, poco antes de las elecciones regionales de 2010, Campania y Umbría aprobaron también sus respectivas leyes electorales. Lombardía hizo lo propio antes de las elecciones de 2013. De modo que, a partir de esa

fecha, sólo nueve de las quince regiones habían aprobado su propia ley electoral. Las restantes seis Regiones ordinarias continuaban utilizando en lo sustancial el sistema electoral transitorio dispuesto por el Estado a partir de las reformas de 1995 y 1999, hasta el punto de que regiones como Basilicata, Liguria, Molise, Piemonte, Lacio y Umbría mantienen el sistema electoral *Tatarellum* prácticamente en su integridad.

Así pues, la principal característica que en la actualidad comparten todos los sistemas electorales de las Regiones ordinarias es la elección directa del Presidente. Esta situación hace que, mientras que la forma de gobierno en el nivel nacional italiano sea la parlamentaria, en el nivel regional se produzca un modelo *sui generis*, basado en una combinación de elementos presidenciales y parlamentarios. Así, aunque el jefe del ejecutivo es elegido directamente por el cuerpo electoral, debe contar al mismo tiempo con la confianza de la asamblea regional, un rasgo inequívocamente parlamentario. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los modelos parlamentarios, la renuncia del presidente o una moción de censura que prospere, implican la disolución automática del parlamento y la celebración de elecciones anticipadas tanto para la asamblea como para la presidencia (Fusaro, 2007). Por este motivo, la Corte Constitucional ha diferenciado la forma de gobierno de las regiones respecto a la típicamente parlamentaria, dado que no existe la habitual relación de confianza entre el parlamento y el presidente que existe en el modelo parlamentario clásico (sentencia 12/2006, c.d. 5).

Por lo que respecta al tipo de sistema electoral, todas ellas poseen sistemas electorales mixtos con premio de mayoría, siguiendo el modelo *Tatarellum*. El premio de mayoría que tienen en común las Regiones ordinarias consiste en una asignación de un premio de escaños a la coalición vinculada a la lista encabezada por el candidato a la presidencia regional vencedor. Sin embargo, existen diferencias entre regiones en torno a si el premio garantiza en todos los casos la mayoría parlamentaria o no, en torno al carácter automático de su concesión o la necesidad de alcanzar un determinado umbral, o incluso, en torno a los distintos porcentajes de escaños otorgados en forma de premio a partir de determinados porcentajes de votos. La casuística en este punto es enorme.

Cabe destacar el peculiar caso de Toscana (Rosini, 2014), única Región italiana en la que se produce una segunda vuelta electoral entre los dos candidatos más votados si en la primera ronda ninguno de ellos se hace con el premio de mayoría al no alcanzar el 40% de los votos. En ese caso, se otorga la mayoría de escaños en el parlamento a los partidos vinculados a la lista del candidato más votado en esa segunda vuelta.

2.2 La evolución de los sistemas electorales de las Regiones de Estatuto especial

Con relación a las cinco Regiones de Estatuto especial, éstas han disfrutado desde el principio de un mayor margen de libertad en materia electoral. Por razones históricas, estas regiones han tenido la posibilidad de regular autónomamente los sistemas electorales de sus Consejos Regionales, cosa que no pudieron hacer las Regiones ordinarias hasta 1999. De este modo, durante décadas el Derecho electoral regional italiano se caracterizó por la duplicidad formal de regulaciones, en la medida en que la normativa para la elección de los Consejos de las Regiones ordinarias era unitaria y estatal, mientras que las elecciones a los Consejos de las Regiones especiales eran reguladas por sus respectivos Estatutos y leyes electorales (Gavara y Vallés, 2007, 264-265).

Así las cosas, las Regiones con Estatuto especial tienen establecido en el propio texto estatutario numerosos elementos del sistema electoral. Aunque se trata de elementos que varían entre regiones, distintos Estatutos contienen cuestiones como el número de diputados del parlamento regional o el criterio para determinarlo, el tipo de sistema y fórmula electoral, la determinación de las circunscripciones o el número de colegios electorales. En definitiva, aunque las Regiones especiales poseen la competencia para aprobar su propia ley electoral regional, lo cierto es que algunos Estatutos incluyen una regulación exhaustiva de los principales componentes del sistema electoral (Gavara y Vallés, 2007, 269). Ahora bien, pese al amplio margen de actuación del que disfrutaban, las regiones especiales no han explotado apenas esta posibilidad. La decisión en materia de forma de gobierno fue la de adoptar como modelo la forma de gobierno parlamentaria estatal (Gavara y Vallés, 2007, 328).

Ya en el siglo XXI, la reforma de los Estatutos de las Regiones especiales operada por la Ley Constitucional n.º 2/2001 introdujo diversas modificaciones con alcance distinto en función de la concreta Región especial. En primer lugar, reconoció expresamente la posibilidad de que las Regiones especiales y las provincias autónomas de Trento y Bolzano-Alto Adigio regulasen de forma autónoma su propia forma de gobierno y, en consecuencia, las modalidades de la elección del Presidente de la Región (Catelani, 2011). De este modo, la reforma constitucional abrió la puerta a la adopción de la elección directa de los presidentes por parte de las Regiones de Estatuto especial; cosa que han terminado haciendo Sicilia, Cerdeña, Friuli-Venecia Julia y la provincia autónoma de Trento. Es decir, todas las regiones especiales excepto el Valle de Aosta y la

provincia autónoma de Bolzano, que aún mantienen la designación del Presidente mediante investidura efectuada por la Asamblea regional.

Asimismo, la reforma de 2001 instauró de forma provisional el sistema electoral *Tatarellum* y la elección directa del Presidente regional en conjunción con la elección del Consejo regional en tres Regiones especiales (Sicilia, Cerdeña y Friuli-Venecia Julia) y en la provincia autónoma de Trento. Por ello, la reforma de 2001 supuso la inclusión dentro de los Estatutos especiales de las reformas introducidas en las regiones ordinarias a partir de 1999, con el objetivo de adecuar la dinámica institucional de las Regiones especiales a la de las Regiones ordinarias (Gavara, 2004). De este modo, en la inmensa mayoría de regiones italianas se instauró desde principios del siglo XXI un sistema electoral *sui generis*, por el cual los ciudadanos eligen simultáneamente y de forma directa tanto al Presidente regional como al Parlamento regional. Además, el diseño de este sistema electoral supone que la distribución de escaños en el parlamento dependa primariamente de los resultados de la elección del presidente, determinando en última instancia qué coalición se adjudica el premio de mayoría.

Las regiones especiales, salvo algunas excepciones, han aprobado sistemas electorales similares entre sí en los distintos periodos, emulando a las regiones ordinarias: en una primera fase, sistemas de tipo proporcional; y sistemas mixtos con premio de mayoría, barreras electorales y elección directa del Presidente, en una segunda fase más reciente. Las únicas excepciones se encuentran en la Región de Valle de Aosta, en la que sigue existiendo un sistema sin elección directa del presidente aunque se conserva el premio de mayoría; y la provincia autónoma de Bolzano, que carece tanto de elección directa del presidente como de premio de mayoría. No es una casualidad que las dos Regiones especiales donde existe un subsistema de partidos propio al existir un *cleavage* etno-lingüístico que se superpone al tradicional *cleavage* izquierda-derecha (Valle de Aosta y la provincia de Bolzano), sean precisamente las únicas en las que se ha decidido no seguir la pauta de la elección directa del Presidente regional (Grosso, 2012, 116).

Sea como fuere, la uniformidad en los componentes básicos de los sistemas electorales de las Regiones especiales tampoco era necesaria, pero acabó consolidándose en la mayoría de casos. En este sentido, resulta interesante subrayar el caso de Friuli-Venecia Julia. En esta Región, el legislador intentó elaborar un sistema electoral sustancialmente diferente, cuya propuesta, aprobada con una mayoría parlamentaria de dos tercios en 2002, defendía la necesidad de reemplazar el sistema de elección directa de Presidente (modelo neoparlamentario) por un sistema de investidura más propio de los modelos parlamentarios clásicos. Sin embargo, cuando fue consultado sobre su opinión

a través de un referéndum, el cuerpo electoral rechazó la propuesta (Catelani, 2011, 317). Este ejemplo evidencia, entre la mayoría de Regiones especiales, una actitud de «conformismo institucional» (Grosso, 2012). En definitiva, en el caso de las regiones especiales se ha producido en la mayoría de casos una tendencia hacia la homogeneidad institucional respecto a las regiones ordinarias en materia de forma de gobierno y sistemas electorales.

3. CONSIDERACIONES FINALES

La legislación nacional italiana establecía tradicionalmente una regulación unitaria para los sistemas electorales de las Regiones ordinarias que perseguía la homogeneidad en el diseño electoral entre el Estado y las Regiones. A partir de los años noventa, con la reforma electoral de 1995 (*Tatarellum*) y la reforma constitucional de 1999, se introdujo un nuevo sistema electoral mixto, con premio de mayoría y basado en la elección directa del Presidente regional. Asimismo, la propia reforma constitucional de 1999 permitió a las Regiones ordinarias dotarse por primera vez de un sistema electoral propio para elegir sus representantes políticos. Se abrió paso con ello la posibilidad de que las regiones innovasen en el diseño de sus sistemas electorales, los moldeasen a sus características históricas, geográficas o sociales y, en definitiva, se distanciasen del modelo nacional.

Sin embargo, aunque algunas regiones ordinarias han aprobado sus propias leyes electorales, la mayoría de ellas ha reproducido en lo sustancial la legislación transitoria establecida en los años noventa a nivel estatal, introduciendo ligeras modificaciones, por ejemplo, en los umbrales y entidad de los premios de mayoría o en la cuantía de las barreras electorales. Y aunque sí se detecta que algunas regiones como Toscana, Marcas o Apulia han sido algo más innovadoras que el resto, tampoco es posible afirmar que hayan modificado sustancialmente los rasgos característicos de *Tatarellum*.

Con relación a las cinco Regiones especiales puede decirse algo similar, a pesar de que éstas han disfrutado de una mayor libertad en materia electoral desde años atrás. Así, pese al amplio margen de actuación del que disfrutaban, todas estas regiones han aprobado sistemas electorales similares entre sí en los distintos periodos: en una primera fase, sistemas de tipo proporcional; y en una segunda fase más reciente, sistemas mixtos con premio de mayoría, barreras electorales y elección directa del Presidente. Las excepciones más notables se encuentran en el Valle de Aosta y la Provincia autónoma de Bolzano, lugares

donde aún se conserva la forma de gobierno parlamentaria y sistemas de tipo proporcional.

En consecuencia, parece que la conclusión más ajustada consiste en afirmar que las regiones han explotado en diferentes grados su autonomía a la hora de diseñar sus sistemas electorales, pero en todos los casos sin alterar los pilares elementales del sistema. Han introducido variantes dentro del gran modelo instaurado por *Tatarellum*, pero no se han atrevido a incorporar elementos como distritos uninominales; ni a regresar hacia un sistema electoral proporcional como el imperante en la llamada *Primera República*. Así las cosas, Italia, como España (Gavara, 2007; Gálvez, 2009; Oliver, 2011), no parece haberse aprovechado de una de las ventajas que se predicaban de los Estados compuestos, consistente en que la existencia de un nivel regional posibilita la creación una suerte de bancos de pruebas cuyas innovaciones más exitosas puedan trasladarse a otras regiones o incluso al propio nivel nacional.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CATELANI, E. (2011), «La reforma de los estatutos en las regiones italianas». *Revista de Estudios Políticos*, 151, pp. 311-362.
- CHIARAMONTE, A. y D'ALIMONTE, R. (2000), *Il maggioritario regionale. Le elezioni del 16 aprile 2000*. Bologna: Il Mulino.
- CHIARAMONTE, A. y TARLI BARBIERI, G. (eds.) (2007), *Riforme istituzionali e rappresentanza politica nelle Regioni italiane*. Bologna: Il Mulino.
- CUNIAL, N. A. y TERREO, R. (2016), «I sistemi elettorali nelle regioni a statuto ordinario: un'analisi comparata». *Quaderni dell'Osservatorio elettorale*, 75(1), pp. 85-116.
- D'ALIMONTE, R. (2000), «Il sistema elettorale: grandi premi e piccole soglie», en A. Chiaramonte y R. D'Alimonte (eds.), *Il maggioritario regionale. Le elezioni del 16 aprile 2000*, Bologna: il Mulino, pp. 11-34.
- D'IGNAZIO, G. (1997), «Reformas electorales de las regiones y de los gobiernos locales: similitudes y diferencias», en G. RUIZ-RICO y S. GAMBINO (Coords.), *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 431-454.
- FLORIDIA, A. (2005), «Le nuove leggi elettorali regionali: molte occasioni mancate, alcune novità positive», *Le Regioni*, 33(5), pp. 841-870.
- FUSARO, C. (2000), «Elezione diretta del presidente e forme di governo regionali», en A. CHIARAMONTE y R. D'ALIMONTE (eds.), *Il maggioritario regionale. Le elezioni del 16 aprile 2000*. Bologna: Il Mulino.

- (2007), «Statuti e forme di governo». En A. CHIARAMONTE y G. TARLI BARBIERI (eds.), *Riforme istituzionali e rappresentanza politica nelle regioni italiane*, Bologna: Il Mulino, pp. 13-40.
- (2016), «La nueva ley electoral italiana de 2015, un reto para el parlamentarismo débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, pp. 547-574.
- FUSARO, C. y RUBECHI, M. (2005), «Le nuove leggi elettorali e i nuovi statuti», *Le istituzioni del federalismo*, 26(6), pp. 1007-1044.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. (2009), *El derecho electoral de las Comunidades Autónomas: revisión y mejora*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2004), «Modelos comparados de regulación y homogeneidad en los regímenes electorales en los Estados compuestos», *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, pp. 83-142.
- (2007), *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GAVARA DE CARA, J. C. y VALLÈS, F. (2007). *Los regímenes electorales territoriales en los Estados compuestos. Alemania, Estados Unidos e Italia*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- GROPPI, T. (2008). «Forma de gobierno y sistemas electorales en Italia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, pp. 153-173.
- GROSSO, E. (2012), «Regional electoral legislation in Italy. A short essay on raise and fall of the myth of territorial differentiation», *Perspectives on Federalism*, 4(1), pp. 99-120.
- MUSELLA, F. (2011). «Il premio di maggioranza nelle Regioni italiane», en A. CHIARAMONTE y G. TARLI BARBIERI (eds.). *Il premio di maggioranza. Origini, applicazioni e implicazioni di una peculiarità italiana*, Roma: Carocci, pp. 161-182.
- NOHLEN, D. (1984). «Changes and Choices in Electoral Systems», en A. LIJPHART y B. GROFMAN (Eds.). *Choosing an Electoral System: Issues and Alternatives*, Nueva York: Praeger, pp. 217-224.
- OLIVER, J. (2011), *Los sistemas electorales autonómicos*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.
- OLIVETTI, M. (2002), *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Il Mulino: Roma.
- (2015), «La reforma electoral italiana de 2015», *Cuadernos de Pensamiento Político*, 47, pp. 35-52.
- PACINI, M. C. (2007), «Nuovi (e vecchi) Sistemi elettorali regionali», en A. CHIARAMONTE and G. TARLI BARBIERI (eds.), *Riforme istituzionali e rappresentanza politica nelle regioni italiane*. Bologna: il Mulino.
- ROSINI, M. (2014), «Novità e criticità della nuova legge elettorale della Regione Toscana». *Le Regioni*, 42(5-6), pp. 1237-1272.
- TARLI BARBIERI, G. (2007), «La materia elettorale tra Stato e Regioni», en A. CHIARAMONTE y G. TARLI BARBIERI (eds.), *Riforme istituzionali e rappresentanza politica nelle Regioni italiane*, Bologna: Il Mulino, pp. 41-68.

IL SUPERAMENTO DELLA «ZONA FRANCA» IN MATERIA ELETTORALE: FU VERA GLORIA?

GIACOMO CANALE
Università degli studi di Roma «Tor vergata»

SOMMARIO: 1. Introduzione: le «zone franche» come filigrana di una parabola evolutiva. 2. Il mutamento percettivo sulle «zone franche». 3. Il progressivo ampliamento del raggio di azione del giudice costituzionale. 4. L'attacco alla «zona franca» per eccellenza: le sentenze «elettorali». 5. L'evanescenza della rilevanza e la crisi dell'incidentalità. 6. La difficile riconducibilità della logica politica alle regole del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. 7. Osservazioni conclusive: gli elementi dubitativi di un processo evolutivo problematico. 8. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE: LE «ZONE FRANCHE» COME FILIGRANA DI UNA PARABOLA EVOLUTIVA

Quest'anno, come noto, ricorre l'anniversario dei 70 anni della Costituzione italiana. L'occasione sembra dunque propizia per una riflessione sulle c.d. «zone franche», poiché, come si vedrà, questo tema consente di apprezzare la parabola evolutiva dell'ordinamento¹.

¹ «L'atteggiamento assunto dal giudice delle leggi nei confronti delle c.d. «zone franche» dello Stato di diritto, da un lato, consente di apprezzare le evoluzioni dei moderni sistemi democratici, posizionandone i precetti costitutivi alla luce di quella incessante dialettica che da sempre caratterizza i rapporti tra principio di separazione dei poteri e tutela delle libertà individuali, dall'altro, permette di individuare

Sen da subito, si vuole precisare che questo contributo non ha la pretesa di fornire risposte definitive, piuttosto quello di avanzare dei dubbi perché si è consapevoli che non sempre il progresso ha un andamento lineare e unidirezionale e molte inquietudini sembrano tormentare lo spirito del tempo, con il riaffiorare di mai sopite pulsioni illiberali e/o antidemocratiche.

Ciò sembra particolarmente rilevante proprio con il tema del superamento da parte della giurisprudenza costituzionale della «zona franca» in materia elettorale, in quanto essa ha tradizionalmente rappresentato il «*Sancta Sanctorum*» della decisione politica. La sua sottrazione allo scrutinio giurisdizionale, anche costituzionale, era dunque il logico corollario del principio di separazione dei poteri, che la recente giurisprudenza costituzionale in qualche modo finisce per ridefinire, potendo determinare un naturale momento di ricerca di nuovi equilibri istituzionali. Non va, infatti, mai dimenticato che la nota immagine di «pesi e contrappesi», che contraddistingue lo Stato costituzionale dalla sua origine, non è un'immagine statica, bensì, come nelle scienze fisiche, indica una realtà dinamica che reagisce costantemente alle sollecitudini.

E non sembra esservi dubbio alcuno che il superamento della «zona franca» in materia elettorale abbia prodotto notevoli sollecitazioni al sistema costituzionale italiano, i cui futuri effetti, con molta probabilità, non sono ancora tutti chiaramente definibili.

2. IL MUTAMENTO PERCETTIVO SULLE «ZONE FRANCHE»

In via preliminare, sembra opportuno ricordare che, sulla base degli insegnamenti di un'autorevole dottrina, per «zone franche» si intende «una serie di precise chiusure che escludono il controllo giurisdizionale (anche di costituzionalità) di una serie di attività qualificate da un tasso di «politicalità» che le renderebbero insindacabili in sede giudiziaria (talora anche a costo del sacrificio di diritti, pur costituzionalmente riconosciuti ai cittadini)» (Pizzorusso, 2012, 1021).

Le «zone franche» sarebbero dunque aree dell'ordinamento sottratte al controllo giurisdizionale e, in particolare, per quel che qui interessa, del Giudice delle leggi. Sembra evidente che tale concezione si basi su una declinazione classica del rapporto tra principio di separazione dei poteri e tutela dei diritti – tesa a garantire l'intangibilità degli spazi di discrezionalità del massimo

con maggiore precisione il ruolo effettivamente giocato dalle Corti costituzionali, determinando la consistenza dei loro interventi a ridosso di quelle materie tradizionalmente connotate da un elevato tasso di politicalità». P. ZICCHITTO (2018,1).

decisore politico (il Parlamento) – che, però, mal si concilia con la sensibilità costituzionale contemporanea, la quale, invece, tende a reinterpretare quel rapporto in termini meno «istituzionalistici», in virtù di un diverso punto di «equilibrio tra valore democratico e valore della supremazia (indisponibilità) della Costituzione rispetto agli organi attivi» (D’Andrea, 2005, 357).

Non dovrebbe sorprendere che tale mutamento di sensibilità si leghi intimamente con il fondamentale ruolo che la Corte costituzionale ha concretamente svolto dalla sua concreta istituzione, contestualmente ad una progressiva crisi della rappresentanza politica. Mentre in origine della nostra esperienza costituzionale, i rapporti erano ben diversi. Infatti, la rappresentanza politica godeva della legittimazione che gli derivava, in un primo momento, dall’opposizione al fascismo e, successivamente, dagli effetti positivi del processo di edificazione della Repubblica, che per lungo tempo ha coinciso con il miglioramento delle condizioni di vita dei consociati; mentre l’atteggiamento verso questa nuova sconosciuta istituzione, la Corte costituzionale, era di prudente diffidenza, come peraltro dimostrano le ragioni per cui si scelse il modello incidentale².

Era quindi comprensibile che il primo approccio della Corte nei confronti delle «questioni politiche» fosse di netta chiusura (inammissibilità), riconoscendo dunque una sua naturale incompetenza. Ma, col tempo, l’orientamento è decisamente mutato³, fino a giungere al punto di ritenere che la creazione di una «zona franca» nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l’assetto democratico «determinerebbe un *vulnus* intollerabile per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato» (sent. n. 1/2014).

Assistiamo dunque ad un fenomeno di tendenziale riduzione delle «zone franche» o alla loro trasformazione in «zone d’ombra» (Benvenuti, 2016), cioè ambiti nei quali, in via di principio, è possibile il sindacato di legittimità costituzionale, ma che, concretamente, è di difficile verifica, a causa di ragio-

² Infatti, «la costituente (nella quale era largamente rappresentata una parte ostile all’introduzione di un organo capace di arrestare l’opera del parlamento) ha, compromissoriamente, consentito il controllo ma, respinta la proposta di accesso diretto alla corte dei cittadini lesi da atti incostituzionali, ha richiesto un rigido sbarramento preventivo, e questo ha operato in molti casi [...] nel senso di fare venire meno la possibilità del suo intervento anche quando indizi più che fondati avrebbero dovuto indurre ad invocarlo. In questa situazione (aggravata dal fatto della permanenza in vita di tutta la legislazione dell’epoca fascista, in gran parte contraria allo spirito informatore della nuova costituzione) deve ritenersi che la corte abbia compiuto opera altamente benemerita nell’interpretare con larghezza le norme sulla legittimazione dell’organo di proposizione delle questioni, perché ha così concorso a dare certezza al diritto, liberando l’ordinamento dalle incrostazioni di vecchie disposizioni ripugnanti alla costituzione repubblicana, che la classe politica non ha saputo né voluto sostituire con altre a questa conformi». C. MORTATI (1969, 1257 ss.).

³ Per una rassegna temporale dei diversi orientamenti della Corte costituzionale, si veda l’apposito paragrafo (gli orientamenti del giudice costituzionale) di P. ZICCHITTO (2018, 6-8).

ni tecniche relative al modello di giudizio incidentale adottato nel nostro ordinamento.

3. IL PROGRESSIVO AMPLIAMENTO DEL RAGGIO DI AZIONE DEL GIUDICE COSTITUZIONALE

Peraltro, va osservato che questo fenomeno di tendenziale riduzione delle «zone franche» si inquadra perfettamente in un *trend* più generale della giurisprudenza costituzionale, volto ad ampliarne sempre più il raggio di azione, rispetto alle strettoie del giudizio incidentale.

L'ampliamento del raggio di azione del giudice costituzionale si è sviluppato principalmente lungo due direttrici, entrambe peraltro rinvenibili nella specifica problematica della «zona franca» della legislazione elettorale.

La prima direttrice riguarda proprio le modalità di accesso al giudizio costituzionale. Infatti, in estrema sintesi, il giudizio in via incidentale presuppone due condizioni: una di carattere soggettivo (la qualità di giudice o di autorità giurisdizionale del soggetto rimettente) e l'altra di carattere oggettivo (la sussistenza di un giudizio nel corso del quale è sollevata la questione di legittimità costituzionale). L'applicazione rigorosamente restrittiva di entrambe le condizioni avrebbe comportato come naturale conseguenza l'impossibilità tecnica di sollevare questioni di costituzionalità in molti casi. E difatti la Corte ha avuto, sin da subito, consapevolezza di ciò ed è sempre apparsa attenta ad evitare che un'interpretazione troppo rigorosa e restrittiva delle due menzionate condizioni fosse di ostacolo al più ampio accesso alla giustizia costituzionale, con conseguente potenziale grave *vulnus* al principio di legalità costituzionale. In particolare, la Corte ha fatto pragmaticamente ricorso ad un'interpretazione estensiva con l'espreso scopo di «ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte» (sent. n. 226/1976), ponendo dunque espressamente «l'accento sulla necessità di evitare la formazione di inaccettabili «zone franche», vale a dire di settori dell'ordinamento sottratti al controllo di costituzionalità» (Oddi, in Balduzzi-Costanzo, 2007, 31). E sono numerosi i casi di ampliamento soggettivo e oggettivo, talvolta espressamente ai limitati fini della proposizione della questione⁴.

⁴ Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alla giurisdizione volontaria (sent. n. 129/1957), alla Sezione di controllo della Corte dei conti (citata sent. n. 226/1976), al giudice tutelare (sent. n. 464/1997); al giudice dell'esecuzione immobiliare (sent. n. 83/1966); al giudice dell'esecuzione penale (sent. n. 29/1962); al magistrato di sorveglianza (sent. n. 53/1968); alla sezione disciplinare del Consiglio superio-

La seconda direttrice riguarda invece la parte terminale del giudizio costituzionale, in quanto con il concetto di «zone franche» si fa riferimento anche a quei «casi in cui il giudizio della Corte ha ugualmente modo di spiegarsi, pur lasciando per l'uno o per l'altro aspetto comunque insoddisfatte o, come che sia, non pienamente appagate talune aspettative di giustizia costituzionale» (Ruggeri, in Balduzzi-Costanzo, 2007: 1)

In definitiva, l'introduzione di un giudizio in via incidentale potrebbe non essere sufficiente a garantire il superamento di una «zona franca» (o d'ombra), qualora risulti necessario integrare il contraddittorio o, soprattutto, usare una tecnica decisoria più estesa rispetto alla secca alternativa rigetto/accoglimento.

E, difatti, ben presto la Corte ha ampliato il suo armamentario decisionale, con la progressiva messa a punto di diversi tipi di pronunce (Diacò, 2016) – allo scopo di meglio adempiere al suo ruolo di garante della legalità costituzionale ed evitare altresì che l'elementare schema binario (accoglimento o rigetto) comportasse una sostanziale «zona franca» – nonché più recentemente ha iniziato a modulare (temporalmente, ma non solo) gli effetti delle sue pronunce, sempre sostanzialmente con il medesimo scopo.

Si pensi, ad esempio, alla parte della sentenza n. 1/2014 nella quale la Corte ha affermato che la sua pronuncia non avrebbe comportato conseguenze sugli eletti in virtù di quella legislazione elettorale che stava dichiarando costituzionalmente illegittima⁵.

Peraltro, sembra quanto mai opportuno ai nostri fini evidenziare il divieto di sentenze additive *in malam partem* in materia penale, cioè quelle pronunce della Corte Costituzionale da cui derivi un effetto sfavorevole, poiché si porrebbero in netto contrasto con l'art 25 Cost., il quale, come noto, prevede la riserva di legge assoluta nella materia *de qua*. In altri termini, alla Corte Costi-

re della magistratura (sent. n. 12/1971); ai commissari regionali per la liquidazione degli usi civici (sent. n. 78/1971); ai Consigli comunali in sede di contenzioso elettorale (sent. n. 44/1961); ai Comandanti di porto (sent. n. 41/1960); ai Consigli di prefettura (sent. n. 17/1965); al Consiglio della magistratura militare in sede disciplinare (sent. n. 116/2000); ai Collegi e Consigli nazionali degli ordini professionali (ordd. n. 387/1995 e 103/2000), alla medesima Corte costituzionale (ord. n. 22/1960) ecc..

⁵ «Del pari, non sono riguardati gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali. Rileva nella specie il principio fondamentale della continuità dello Stato, che non è un'astrazione e dunque si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali: di tutti gli organi costituzionali, a cominciare dal Parlamento. È pertanto fuori di ogni ragionevole dubbio – è appena il caso di ribadirlo – che nessuna incidenza è in grado di spiegare la presente decisione neppure con riferimento agli atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali: le Camere sono organi costituzionalmente necessari ed indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare. Tanto ciò è vero che, proprio al fine di assicurare la continuità dello Stato, è la stessa Costituzione a prevedere, ad esempio, a seguito delle elezioni, la prorogatio dei poteri delle Camere precedenti «finché non siano riunite le nuove Camere» (art. 61 Cost.), come anche a prescrivere che le Camere, «anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni» per la conversione in legge di decreti-legge adottati dal Governo (art. 77, secondo comma, Cost.).».

tuzionale non è soltanto vietato creare nuove incriminazioni, ma anche estendere quelle esistenti a casi non previsti o incidere in modo peggiorativo sulla risposta punitiva.

Infatti, questo divieto mette in evidenza come l'esistenza di una area esclusa al giudizio di costituzionalità, cioè una «zona franca», possa essere semplicemente una conseguenza di un razionale limite al potere della Corte costituzionale, per di più volto a garantire la massima garanzia per la libertà personale. In definitiva, viene meno l'assolutezza dello sfavore della «zona franca», considerata unicamente come ambito privo di controlli e non anche talvolta come essa stessa condizione di maggior tutela, come forse avviene anche in materia elettorale.

4. L'ATTACCO ALLA «ZONA FRANCA» PER ECCELLENZA: LE SENTENZE «ELETTORALI»

Come si è già detto, tale assunto è stato per lungo tempo pressoché pacifico. Non è un caso che, ancora in tempi molto recenti, si riteneva «veramente difficile che si pervenga ad un giudizio di legittimità costituzionale sulle regole che disciplinano le elezioni politiche, anche perché il relativo contenzioso è di competenza di organi delle Camere» (Siclari, 2007, 25).

In particolare, la collocazione della disciplina per l'elezione delle Camere tra le «zone franche» ha tradizionalmente trovato la propria giustificazione giuridica nel diverso sistema di convalida previsto dall'art. 66 Cost., secondo il quale, come noto, le Camere giudicano sui titoli di ammissione dei loro componenti e sulle cause sopraggiunte di ineleggibilità e incompatibilità.

L'originaria finalità di questa disposizione era quella di preservare la sovranità del Parlamento, il quale «non tollera neppure nelle cose di minore importanza una qualsiasi limitazione» (Terracini, 1946).

Da questa disposizione è stata tratta in via consequenziale l'ulteriore regola di escludere, altresì, qualsiasi controllo giurisdizionale anche nelle precedenti fase del procedimento elettorale⁶, in quanto ciò avrebbe comunque potuto ledere indirettamente la *ratio* garantistica del citato art. 66 Cost., consentendo al giudice di condizionare le modalità di formazione delle Camere. Né tantomeno era nemmeno immaginabile un intervento della Corte addirittura sulla c.d. «formula elettorale», cioè sull'insieme di regole che riguardano la

⁶ «Tale prerogativa sembra idonea a coprire tutte le questioni che possono mettere in dubbio la regolarità delle elezioni». L. GIANNITI – N. LUPO (2013, 99).

delicata trasformazione dei voti in seggi parlamentari, sia perché essa è espressione paradigmatica della discrezionalità politica pura, sia, soprattutto, perché essa incide (e non poco) sulla forma di governo.

Per questa ragione, la prevalente dottrina ha sempre parlato di «zona franca» in materia elettorale, anche se è stato evidenziato (Vuolo, 2017, 132) che, almeno in via di principio, la Corte poteva essere adita dalla Giunta per le elezioni (Malinconico, 2001, 153 ss.), ma tale opzione concretamente non era perseguibile per l'ovvia considerazione che difficilmente una maggioranza parlamentare avrebbe sollevato una questione di legittimità costituzionale sulla legislazione elettorale in base alla quale la stessa era divenuta maggioranza.

In ogni caso, la Corte costituzionale ha ormai reso «obsoleto» queste tesi, avendo, come noto, pronunciato due importanti decisioni di illegittimità costituzionale sulla legge n. 270/2005, c.d. «Porcellum» (sent. n. 1/2014) e sulla legge n. 52/2015, c.d. «Italicum» (sent. n. 35/2017).

In verità, entrambe le pronunce hanno il carattere di eccezionale episodicità: la prima perché ha riguardato una legislazione elettorale divenuta (quasi) unanimemente espressione della mala politica, anche, o soprattutto, a seguito di una nota dichiarazione pubblica del suo ideatore sulla sua effettiva finalità⁷; la seconda perché ha riguardato una legislazione elettorale, per la sola Camera dei deputati, che presupponeva il superamento del bicameralismo perfetto previsto dalla c.d. riforma Renzi-Boschi⁸, poi respinta dal corpo elettorale con il voto referendario del 4 dicembre 2016. Ciononostante, le due pronunce segnano una tappa fondamentale, in quanto ormai il dado è tratto (o il danno è fatto) e difficilmente si potrà più tornare indietro⁹.

⁷ «Non è ancora stata mai utilizzata. Lo sarà, per la prima volta, il 9 aprile (2016). Ma il suo autore materiale, colui che ha scritto parola per parola la legge elettorale (o almeno così rivendica), non ha esitazioni nel ripudiarla. Pessima legge. Anzi, una «porcata», voluta per mettere in difficoltà destra e sinistra e, di certo, tutta da riscrivere. Parola dell'ex ministro della Lega Roberto Calderoli che, a Enrico Mentana il quale, durante la registrazione di 'Matrix', gli chiede di quale legge sia contento, risponde senza esitazioni: «La legge sui reati di opinione l'ho scritta io e sono onestamente orgoglioso e ovviamente la legge sulla legittima difesa». Poi, aggiunge, «Un po' meno orgoglioso sono della legge elettorale che si dovrà riscrivere». E già perché, confessa Calderoli, «glielo dico francamente, l'ho scritta io ma è una porcata. Una porcata - precisa ancora - fatta volutamente per mettere in difficoltà una destra e una sinistra che devono fare i conti col popolo che vota». http://www.repubblica.it/2006/c/sezioni/politica/verso_elezioni38/caldporcata/caldporcata.html.

⁸ Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione».

⁹ In verità, è stato sostenuto che, a seguito della sentenza n. 110 del 2015 - con la quale la Corte è tornata a valutare (negativamente) l'ammissibilità di una questione di costituzionalità vertente sulla legge elettorale (stavolta relativa al Parlamento europeo) - «la crisi della incidentalità, inaugurata dalla pronuncia n. 1 del 2014 e aperta a possibili radicali sviluppi, sembra perciò arginata per mezzo dell'argomento che essa può venire allentata solo in presenza della zona franca, al fine di permettere un controllo di costi-

Per ragioni di economia espositiva, in questa sede non si potranno esaminare tutti gli aspetti delle due menzionate sentenze, sulle quali peraltro vi è una copiosa letteratura, ma ci soffermerà su quelli intimamente connessi con la specifica prospettiva assunta.

Si tratta, in particolare, della questione della rilevanza e della incidentalità (che afferisce alla direttrice delle condizioni di accesso al giudice costituzionale) e di quella relativa alla possibile riconducibilità della logica politica più pura alle regole del giudizio di legittimità costituzionale.

5. L'EVANESCENZA DELLA RILEVANZA E LA CRISI DELL'INCIDENTALITÀ

D'altronde, «come è stato ben sottolineato dai commentatori, al di là del merito di pronunce attentamente e finemente motivate, l'aspetto più criticato (...) è quello della rilevanza e della pregiudizialità della questione» (Bin, 2017, 1). In effetti, l'evanescenza della rilevanza¹⁰ può rappresentare l'*escamotage* per aggirare la via incidentale, in consentire dello stretto legame¹¹ tra rilevanza e incidentalità¹², e consentire di proporre una questione in via (quasi) diretta¹³, magari attraverso una lite fittizia (Ferrari, 2017, 15-40).

tuzionalità che sarebbe, in caso contrario, di difficile realizzazione». Ma, appunto, lo stesso autore evidenzia che si tratta di un diverso tipo di procedimento elettorale che non evoca le garanzie costituzionali sussistenti invece per le elezioni politiche. M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme, intervento tenuto al Seminario di aggiornamento dedicato ai magistrati contabili, svoltosi in data 16 marzo 2017 presso Palazzo della Consulta, Roma (gli atti del Seminario saranno prossimamente pubblicati dall'Editore Giuffrè).*

¹⁰ Ai sensi dell'art. 23, 2° co., della legge n. 87/1953, la rilevanza è uno dei due fondamentali requisiti di ammissibilità, oltre alla non manifesta infondatezza, di una questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale. L'elaborazione giurisprudenziale ha meglio definito la nozione (legislativamente scarna) di rilevanza, precisando che essa «esprime il rapporto che dovrebbe correre fra la soluzione della questione e la definizione del giudizio in corso» (sent. n. 13/1965), cioè un «effettivo e concreto rapporto di strumentalità fra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la definizione del giudizio principale (ord. n. 282/1998).

¹¹ Questo rapporto, come noto, ha la principale funzione di selezionare coloro che possono adire la Corte, in ragione del fatto che sono stati direttamente e personalmente raggiunti da circostanze fattuali che ne hanno posto in dubbio il diritto; e il segno che ciò è davvero avvenuto viene proprio dal fatto che essi possono radicare un giudizio comune, in quanto titolari della legittimazione e dell'interesse ad agire.

¹² La quale, come noto, serve a «soddisfare, ad un tempo, l'esigenza di protezione delle situazioni soggettive e l'esigenza di garanzia della legalità costituzionale». A. RUGGERI – A. SPADARO (2009, 179).

¹³ Sembra opportuno ricordare il classico insegnamento della Corte, risalente alla sent. n. 65/1964: «Non vi è dunque una domanda, e quindi una controversia di merito, che il giudice, nell'ambito della sua propria competenza, sia chiamato a decidere, e nella quale, si inserisca, in via incidentale, la domanda relativa alla questione di legittimità costituzionale; ma l'istanza è unica, e muove direttamente e immediatamente, e quindi in via principale e non incidentale, a sollevare detta questione di legittimità (...) indispensabile, in altri termini, che il giudizio abbia un proprio oggetto e un proprio autonomo svolgimento:

A tal proposito, i principali indicatori di questa distorsione del modello incidentale sono stati indicati da larga parte della dottrina nei seguenti elementi:

- la sostanziale coincidenza del *petitum* del giudizio principale e di quello costituzionale nella sentenza 1/2014 e, quindi, detto altrimenti, l'azione di accertamento era rivolta esclusivamente alla proposizione della questione di legittimità costituzionale, in quanto la pretesa violazione del diritto di voto sarebbe dipesa esclusivamente dal suo positivo accoglimento;
- la conferma nel seguito della sent. n. 1/2014 che l'attività di accertamento del giudice *a quo* è stata soltanto la constatazione della violazione del diritto di voto quale mera conseguenza della citata sentenza di illegittimità;¹⁴
- la proposizione nella sentenza n. 35/2017 di una questione di legittimità costituzionale addirittura prima dell'entrata in vigore della legge elettorale e comunque tutte prima della concreta applicazione della legge, a dimostrazione che si è trattato di una forma di sindacato costituzionale astratta ed anteriore.

Peraltro, va detto che l'eccezionalità di quest'ultima sentenza è tale che, a ben vedere, in questo caso, paradossalmente, la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale anteriormente alla prima applicazione della legge ha costituito infine la sua vera *ratio*. Cioè era assolutamente necessario evitare che tale normativa elettorale potesse essere applicata in un contesto istituzionale, bicameralismo paritario, differente rispetto a quello per cui era stato concepito, in quanto ciò avrebbe potuto produrre degli effetti particolarmente negativi sulla governabilità. Da questo punto di vista, la singolarità della vicenda può far ritenere che resterà un caso isolato, posto che la previsione di un giudizio preventivo di legittimità costituzionale richiederebbe una revisione costituzionale¹⁵.

un proprio oggetto, vale a dire un *petitum* che sia separato o distinto dalla questione di legittimità costituzionale, e sul quale il giudice ordinario sia chiamato per sua competenza a decidere; un proprio autonomo svolgimento, nel senso che il giudizio sia tale, in base alle norme che attualmente ne governano la materia, da poter essere indirizzato per suo conto ad una propria conclusione, al di fuori della questione di legittimità costituzionale, il cui insorgere è soltanto eventuale».

¹⁴ Corte di Cassazione sent. n. 8878/2014.

¹⁵ Come difatti prevedeva il citato tentativo (fallito) di riforma Renzi-Boschi proprio con riferimento alla materia elettorale: «Le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica, entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni e, fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata».

Fatte salve le eccezionali ragioni sottese a questa pronuncia, la maggiore criticità di questa giurisprudenza è stata, appunto, quella di determinare un vistoso disallineamento dal modello incidentale, dando luogo, nella sostanza, «a un accesso in via diretta cui la domanda innanzi al giudice comune si è rivelata meramente strumentale» (Staiano, 2014, 3).

Si è già detto che tale alterazione sia stata principalmente causata dall'avvertita esigenza di eliminare la «zona franca», come peraltro espressamente riconosciuto dalla stessa Corte nella sua storica «prima volta»¹⁶. Ma tale argomentazione risente di un radicato moderno pregiudizio, cioè la considerazione che ormai la locuzione di «zona franca» abbia assunto un connotato negativo.

Il concetto di «zona franca», infatti, «evoca una elusione impropria del controllo di legittimità costituzionale, dunque manifesta un giudizio negativo e prospetta una necessità di correzione. Giudizio negativo e necessità di correzione sono in molti casi fondati e giustificati e la formula è utile a raccogliere un'esigenza di affermazione del principio di legittimità costituzionale. Ma quando il riferimento non è alla patologia della sottrazione impropria di particolari fattispecie al giudizio di legittimità costituzionale, per riguardare invece i limiti propri di tale giurisdizione, pienamente corrispondenti alla disciplina per essa apprestata, l'uso del lemma «zona franca» – ormai divenuto una sorta di espressione idiomatica, di binomio irreversibile con accezione negativa – è fuorviante. Quella che in tali ipotesi è chiamata «zona franca» è in realtà il limite segnato per il potere» (Staiano, 2014, 4).

In altri termini, per specifiche ipotesi, l'esistenza di una «zona franca» invece di rappresentare un'area di clandestinità da ricondurre necessariamente al controllo della Corte, potrebbe essere un vitale interstizio per l'affermazione di valori e principi costituzionali non meno importanti della tutela dei diritti e cioè, nel nostro caso, la intangibilità della discrezionalità politica nella determinazione della «formula elettorale e dunque conseguentemente della concreta forma di governo.

¹⁶ «L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende quindi imprescindibile affermare il sindacato di questa Corte –che «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 387 del 1996)– anche sulle leggi, come quelle relative alle elezioni della Camera e del Senato, «che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte» (sentenze n. 384 del 1991 e n. 226 del 1976). Nel quadro di tali principi, le sollevate questioni di legittimità costituzionale sono ammissibili, anche in linea con l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato. Diversamente, si finirebbe con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un vulnus intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato». (Sent. n. 1/2014).

6. LA DIFFICILE RICONDUCEBILITÀ DELLA LOGICA POLITICA ALLE REGOLE DEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE

La diversa prospettiva del limite al potere come legittima condizione limitativa del sindacato costituzionale sulla legislazione elettorale è utile anche a inquadrare correttamente l'altro elemento di maggiore criticità dell'orientamento favorevole, stavolta configurabile nella direttrice della parte terminale del giudizio.

Ci si riferisce alla difficile riconducibilità della logica politica più pura alle regole del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, le quali peraltro difficilmente consentono di avere una visione sistematica e globale di una questione, essendo il giudizio delimitato dall'oggetto e dal parametro evocato, come invece è opportuno che accada in materia elettorale.

Infatti, non va dimenticato che il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge (o un atto avente forza di legge) esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento (art. 28 della legge n. 873/1953) e tale necessario vincolo può rendere assai difficoltoso intervenire sul nucleo duro della legislazione elettorale: la «formula elettorale», pena il rischio di una pronuncia che lambisce il merito politico.

D'altronde, sembrano rappresentare un indice di tale possibilità le opposte valutazioni rese rispettivamente dalla Corte EDU e dalla Corte costituzionale sulla legge elettorale n. 270/2005 a distanza di appena due anni.

La Corte EDU aveva stabilito che «la disciplina dei premi di maggioranza fissata dalla legge italiana non (può) essere riconosciuta contraria alle esigenze dell'articolo 3 del Protocollo n. 1, in quanto tale disposizione opera al fine di favorire le correnti di pensiero sufficientemente rappresentative e la costituzione di maggioranze sufficientemente stabili nelle assemblee. Di conseguenza (...) la Corte non rileva alcuna violazione della libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo» (caso Saccomanno sulla L. 270/2005); mentre la Corte costituzionale avrebbe successivamente stabilito che «Il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza prefigurato dalle norme censurate, inserite nel sistema proporzionale introdotto con la legge n. 270 del 2005, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.). Esso, infatti, pur non vincolando il legislatore ordina-

rio alla scelta di un determinato sistema, esige comunque che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi (sentenza n. 43 del 1961) ed assume sfumature diverse in funzione del sistema elettorale prescelto. In ordinamenti costituzionali omogenei a quello italiano, nei quali pure è contemplato detto principio e non è costituzionalizzata la formula elettorale, il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto, da tempo, che, qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del «peso» del voto «in uscita», ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare» (sent. n. 1/2014).

Certamente si può obiettare che tale circostanza sia dipesa dal diverso angolo visuale delle due Corti. E certamente tale affermazione è esatta e condivisibile, ma, forse, ciò tradisce anche la difficoltà di uno stretto scrutinio giurisdizionale della formula elettorale, per i suoi troppo estesi ambiti di discrezionalità.

In ogni caso, il mutamento del regime elettorale sembrerebbe richiedere, secondo quanto detto *supra*, una forma di legittimazione democratica, soprattutto quando ciò possa essere la conseguenza indiretta di un intervento frammentario e parziale che può dunque determinare un sistema elettorale residuo razionalmente poco coerente e/o inefficace rispetto allo scopo voluto dal legislatore.

Si pensi, appunto, alla citata sentenza n. 1/2014, nella quale una legislazione elettorale che prevedeva un premio di maggioranza è stata ritenuta successivamente costituzionalmente illegittimo per la mancata indicazione di una soglia minima per l'attribuzione del premio. La normativa elettorale residua era quindi un sistema proporzionale, certamente contrario alla c.d. volontà del legislatore, intendendo con ciò non già i motivi subiettivi alla base delle scelte compiute, quanto invece la *ratio* obiettiva della legge. E tale disallineamento avrebbe potuto essere potenzialmente esplosivo, qualora, per qualsiasi motivo (anche solo temporale), il Parlamento non fosse riuscito alla fine a dettare una nuova disciplina elettorale, addirittura in questo caso dopo la seconda pronuncia della Corte.

Infatti, lo svolgimento di elezioni politiche, la formazione delle Camere, e successivamente del Governo, sulla base di una disciplina elettorale imposta da un soggetto privo di legittimazione democratica rischierebbe di costituire un serio pregiudizio alla natura democratica del sistema politico.

In definitiva, per conciliare l'esigenza di ridurre la «zona franca» elettorale nel rispetto del limite al potere per cui è stata tradizionalmente posta, si

può immaginare uno spazio di intervento del giudice costituzionale «ristretto», cioè riferito a specifici aspetti di dettaglio che non incidano sulla «formula elettorale» o comunque non la alterino significativamente e che possano risolversi sulla base di tecniche decisorie rigide, cioè che non richiedano una flessibilità interpretativa del giudice.

Si pensi, ad esempio, ad una eventuale disposizione elettorale che ponga il divieto di candidabilità e/o eleggibilità sulla base di una discriminatoria condizione soggettiva. Sembra evidente che in tale ipotesi un'eventuale pronuncia di illegittimità non rappresenterebbe in nessun modo una arbitraria invasione di campo del giudice costituzionale sulla questione politica della formula elettorale, ma l'occasionale applicazione della sua consolidata giurisprudenza generale ad una disposizione in materia elettorale.

Il discrimine, dunque, tra intollerabile «zona franca» e legittimo limite al potere della Corte potrebbe essere costituito, per l'appunto, dall'invalidabile linea della «formula elettorale».

7. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: GLI ELEMENTI DUBITATIVI DI UN PROCESSO EVOLUTIVO PROBLEMatico

Per concludere, si ritiene utile ritornare alla parte iniziale di questo scritto, laddove si confessava che quivi non vi si sarebbero trovate risposte definitive di fronte a fenomeni così complessi e delicati, quanto semmai la condivisione di qualche dubbio che la vicenda della giurisprudenza costituzionale in materia elettorale ha sollevato.

In particolare, l'interrogativo più pressante riguarda la possibilità che orientamenti giurisprudenziali volti ad estendere l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive non possano, paradossalmente, finire col rischiare di metterle in pericolo, qualora incidano sull'altro fondamento del costituzionalismo moderno.

Al riguardo, non sembra inutile ricordare che esso nasce in origine sul binomio ontologicamente inseparabile del principio di separazione dei poteri e di tutela dei diritti, secondo la celebre formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 («Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione»).

Naturalmente, molto da allora è cambiato, ma, forse, non la necessità della indissolubilità di questo binomio a fondamento dello Stato costituzionale di diritto.

Detto altrimenti, la ricerca di una frontiera sempre più avanzata nella tutela dei diritti deve trovare il suo limite nell'intangibilità del principio di separazione dei poteri, naturalmente attualizzato e declinato in modo più complesso rispetto all'elementare tripartizione originaria.

Difatti, riprendendo la metafora fisicamente dinamica dei «pesi e contrappesi», vi è il potenziale rischio che una compressione eccessiva della discrezionalità politica in sede di determinazione della «formula elettorale» possa determinare una reazione «democratica», che, per il suo carattere reattivo, potrebbe anche essere molto virulenta.

D'altronde, allargando l'orizzonte di osservazione, sembra già di assistere ad una diffusa, e forse talvolta confusa (quando non pericolosa), reazione «democratica». La più recente tendenza elettorale sembra, infatti, privilegiare quei soggetti politici che mettono in primo piano la necessità di irrobustire il polo democratico dei regimi liberaldemocratici, come misura, appunto reazione, per contrastare il fenomeno di traslazione di importanti ambiti di regolamentazione in favore di diversi soggetti istituzionali (compresa la giurisdizione), politici ed economici nazionali e, soprattutto, sovranazionali e ristabilire la (asseritamente violata) primazia della volontà popolare.

In definitiva, l'affermarsi del c.d. «sovranismo», a prescindere, naturalmente, dalle valutazioni di merito politico, potrebbe essere anche interpretato come una (brutale e rozza, se si vuole) forma di reazione democratica. Non si ignora che spesso tale reazione stia assumendo connotati obiettivamente preoccupanti, al punto di porre in seria crisi l'altro necessario polo dello Stato costituzionale di diritto, quello liberale. E difatti si parla spesso di democrazie illiberali con riferimento alle esperienze più paradigmatiche di questo fenomeno.

Se deve essere massima la vigilanza contro queste degenerazioni democratiche, perché la storia ci ha già fatto conoscere gli orrori che la tirannia della maggioranza può provocare, non va nemmeno trascurato il rischio che può comportare la lenta erosione della democrazia provocata dal sovranchiante prevalere del volere di soggetti estranei al circuito della legittimazione democratica.

In questo senso, appunto, forse il concetto di «zona franca» elettorale merita di essere rimeditato, per darne una nozione che rappresenti un ragionevole bilanciamento tra le due fondamenta del costituzionalismo (la tutela dei diritti e la separazione dei poteri), onde evitare che apparenti progressi finiscano per tradursi, anche strumentalmente, in occasioni di regresso costituzionale¹⁷.

¹⁷ Al riguardo, si può osservare che aumenta la tendenza a porre all'attenzione della Corte costituzionale questioni dalla forte connotazioni politica che mettono in tensione i classici canoni della giustizia

E dunque, forse, solo nel prossimo futuro, quando le contingenze politiche che l'hanno determinata si saranno definitivamente sopite, si potrà verificare se la recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale sia stata davvero vera gloria costituzionale.

8. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BALDUZZI, A., COSTANZO P. (a cura di) (2007), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Quaderni del «Gruppo di Pisa», Torino: Giappichelli editore.
- BENVENUTI, M. (2016), «Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sent. n. 1/2014 della Corte costituzionale. Brevi considerazioni interlocutorie a margine dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale», in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli: Editoriale scientifica.
- BIN, R. (2017), «Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte», in www.forumcostituzionale.it.
- D'ANDREA, L. (2005), *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano: Giuffrè.
- D'ATENA, A. (2018), *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino: Giappichelli editore.
- DIACO, D. (2016), *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, Quaderno del Servizio Studi della Corte costituzionale.
- FERRARI, F. (2017), «Disposizione o norma? Fictio litis e giudizio incidentale», in *Quaderni costituzionali*.
- GIANNITI, L., LUPO, N. (2013), *Corso di diritto parlamentare*, Bologna: Il Mulino.
- MALINCONICO, C. (2001), «La giunta delle elezioni», in *Rassegna parlamentare*.
- MORTATI, C. (1969), *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova: CEDAM.
- PIZZORUSSO, A. (2012), ««Zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale italiana», in D'Atena A. (a cura di), *Scritto destinato agli Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè.
- RUGGERI, A., SPADARO, A. (2009), *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli editore.

costituzionale sia con riferimento alle vie di accesso che alla fase decisoria. Per brevità, ci si limita a menzionare i casi recenti più noti: il caso «Cappato» (Ord. n. 207/2018); il ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato da 37 senatori e avente ad oggetto le modalità con cui il Senato della Repubblica ha approvato il Disegno di legge di bilancio 2019. Il ricorso denunciava la grave compressione dei tempi di discussione del Ddl, che avrebbe svuotato di significato l'esame della Commissione Bilancio e impedito ai singoli senatori di partecipare consapevolmente alla discussione e alla votazione. Come noto, il ricorso è stato dichiarato inammissibile, ma già in sede di comunicato stampa la Corte ha espressamente fatto sapere che in futuro potrebbe mutare orientamento, qualora si ripetessero situazioni analoghe. Ciò, a ben vedere, dovrebbe sorprendere perché se una data problematica è inammissibile in un determinato giudizio per le sue regole di accesso, dovrebbe esserlo sempre e non potere mutare sulla base del dato fattuale della sua reiterazione.

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190110182534.pdf

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

- STAIANO, S. (2014), «La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale», in *Rivista AIC*.
- VUOLO, A. (2017), *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Napoli: Editoriale scientifica.
- ZICCHITTU, P. (2017), *Le «zone franche» del potere legislativo*, Torino: Giappichelli editore.
- (2018), «La Corte costituzionale di fronte alle «zone franche»», in www.forumcostituzionale.it.

PARTE 4

PARTIDOS POLÍTICOS Y GRUPOS DE INTERÉS

IL PARTITO POLITICO, UN MITO IN DECLINO? LA RAPPRESENTANZA POLITICA TRA EVOLUZIONE ED INVOLUZIONE NELL'ERA DELLA *DIGITAL DEMOCRACY*

CARLO ALBERTO CIARALLI*

Università degli Studi «G. d'Annunzio» Chieti-Pescara

SOMMARIO: 1. Crisi della rappresentanza, «ascesa» del *leader* e «discesa» dell'apparato politico. 2. Il fenomeno populistico: il partito antipartiti. 3. L'avvento della *digital democracy* quale fattore di superamento della forma partito? 4. Conclusioni. 5. Riferimenti bibliografici.

1. CRISI DELLA RAPPRESENTANZA, «ASCESA» DEL *LEADER* E «DISCESA» DELL'APPARATO POLITICO

Il partito politico, nella storia costituzionale contemporanea, ha da sempre rappresentato uno dei fenomeni più studiati e, tuttora, dibattuti. Dalla sua ascesa, coincisa con il tramonto delle formazioni politiche di età liberale, sino all'attuale *crisi*, il partito politico rappresenta uno degli elementi centrali nella vita democratica di ogni nazione. L'esperienza del Ventennio segnò, evidentemente, l'approccio del Costituente sul tema del riconoscimento giuridico e della regola-

* Phd, Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale.

zione dei partiti politici¹. Quest'ultimi, infatti, furono i principali artefici, una volta caduto il Fascismo, del trapasso istituzionale che culminò nell'elezione dell'Assemblea costituente che ebbe il compito di ricostruire il tessuto democratico del Paese, mediante la redazione della Carta costituzionale. Ed in effetti, come autorevolmente suggerito, «non sorprende che la Costituzione repubblicana sia stata «costruita» a misura dell'egemonia del «sistema» dei partiti (del «pluralismo» partitico) nel processo politico» (Ridola, 2009, 14).

Fu chiaro, ad ogni modo, già in sede di discussione dell'art. 49 Cost.², che, nel quadro della nascente democrazia pluripartitica, «se la lotta fra partiti politici, nella Repubblica italiana, doveva svolgersi liberamente (adesione a un partito) e democraticamente (formazione dei gruppi dirigenti, governo, sottogoverno, ecc.) era evidente che si dovesse affermare, anzi che testualmente si affermasse il principio e il metodo democratico nella struttura interna ai partiti, perché alla democrazia esterna non corrispondesse un «antidemocrazia interna» (Peticone, 1957, 532). La libertà di associazione politica, per il tramite dell'intermediazione dei partiti politici, costituisce storicamente un tratto caratterizzante della solidità democratica di una nazione, in quanto «è misura dell'ampiezza, della profondità e delle possibilità di sviluppo relazionale dell'individuo e delle sue libertà in un ordinamento; e, al tempo stesso, è misura dello stato dei rapporti che intercorrono tra il coacervo di libertà individuali che la libertà di associazione naturalmente racchiude e l'autorità politica» (Clementi, 2016, 138).

La penetrazione dei partiti politici³ all'interno del tessuto socio-economico nazionale era così estesa che, poteva ben dirsi, fra democrazia rappresentativa e partiti politici si instaurò «un rapporto di necessaria presupposizione, tale per cui la prima non poteva funzionare correttamente – o, addirittura, non poteva neppure essere immaginata – senza i secondi» (Gorlani, 2016, 1-2)⁴. Il xx secolo è stato, a buon diritto, il «secolo del partito politico» (Martinelletti, 2015, 903). Tuttavia, il declino della forma partito si inserisce nel quadro delle profonde trasformazioni socio-culturali intervenute proprio nel periodo

¹ Un primo tentativo di sistematizzazione della posizione e del ruolo dei partiti politici nell'ordinamento giuridico repubblicano si deve a VIRGA (1948). Sul punto, si vedano, del pari, FERRI (1950); PREDIERI (1950); ORLANDO (1953); ESPOSITO (1954); GALEOTTI (1958); MALBERTI (1965); CRISAFULLI (1969); RIDOLA (1982); ROSSANO (1990); BARTOLE (1995).

² A commento della disposizione costituzionale in parola si vedano, in particolare, RIZZONI (2006); VIGEVANI (2008); CURRERI (2018).

³ Non può prescindersi, del pari, dalla fondamentale analisi di MICHELS (1911/1966).

⁴ Sul punto, autorevoli sostenitori della teoria della stretta interrelazione fra definizione della forma di governo e funzione costituzionale dei partiti politici furono, in particolare, DUVERGER (1951/1961); ELIA (1970).

in cui il partito politico viveva la propria massima diffusione nel tessuto sociale, culturale e politico della nazione.

Vi è da dire, tuttavia, come già dalla metà degli anni Sessanta si sviluppò una rilevante corrente politica e di pensiero che, in aperta critica nei confronti del ruolo assunto dai partiti politici nella vita democratica nazionale, prese a parlare di *partitocrazia*⁵, intesa quale strapotere dei partiti politici nella vita culturale, economica, politica e sociale nazionale, denunciandone, in tal senso, storture e carenze che avrebbero inficiato il corretto svolgimento del processo democratico. Detti prodromi furono segnali non colti (o che non poterono essere colti) da parte della classe dirigente dell'epoca, del progressivo distacco tra le strutture partitiche⁶ (che avviavano il loro, generalizzato, percorso di sclerotizzazione burocratica) e la società civile. Tale allontanamento tenderà, negli anni successivi, ad acuirsi vistosamente, poiché, da un lato, «mentre i partiti hanno preso a concentrarsi nella loro funzione elettorale, le organizzazioni di interessi si sono emancipate da essi» (Mastropaolo, 2006, 174) e, per altro verso, anche «per effetto della concorrenza delle organizzazioni degli interessi sia sul terreno della rappresentanza sia sul terreno degli interessi politici che nella concertazione di settori consistenti dell'indirizzo politico, e poi sotto la pressione della frammentazione crescente delle domande provenienti da società complesse» (Ridola, 2009, 18-19).

Alla crisi della rappresentanza politica non è estranea, bensì profondamente connessa, la crisi dei partiti politici⁷ i quali, dopo lo *shock* dell'inchiesta Mani Pulite, hanno ulteriormente perduto il senso di profonda connessione con la società e l'elettorato, divenendo progressivamente strutture agili (molto simili a *club elettorali*), funzionali quasi esclusivamente alla partecipazione⁸ alle diverse competizioni elettorali, dal livello territoriale a quello nazionale. In tal senso, infatti, si parla di *grave aporia* nella nostra democrazia, intendendosi, con riferimento ai partiti politici, come «essi non solo svolgono funzioni pubbliche, a cominciare dalla formazione delle candidature nelle elezioni, ma hanno finito per staccarsi sempre più dalle loro basi sociali e per occupare interamente le istituzioni rappresentative fino a identificarsi, puramente e semplicemente, con esse» (Ferrajoli, 2010, 158).

⁵ Cfr., in particolare, MARANINI (1958); CALISE (1994); PASQUINO (1995).

⁶ Sulle origini della *forma partito*, l'evoluzione della struttura interna, nonché sul rapporto con i diversi *regimi politici* e con la società civile, si vedano, per tutti, NEUMANN (1954); PANEBIANCO (1982); SARTORI (1992); WARE (2004).

⁷ Sulla crisi dei partiti politici, anche in funzione della progressiva evoluzione della forma di governo, si vedano, fra gli altri, GIUFFRÈ (2016); DE FIORES (2018).

⁸ Sulla polisemia del concetto di partecipazione, si sofferma, in particolare, ALMAGISTI (2008, spec. 98 ss.).

Su di un altro, ma connesso, versante, il rapporto fra elettori ed eletti volge progressivamente verso una declinazione di *sfiducia* dei primi nei confronti dei secondi. I partiti politici, infatti, vengono percepiti quali soggetti (oramai) incapaci di soddisfare i pressanti, nonché complessi, bisogni che promanano dalla società. Sul punto, a margine di un'analisi empirica di respiro sovranazionale sulla percezione che gli elettori hanno del sistema partitico, è stato posto in evidenza come «l'insoddisfazione diffusa verso i partiti (e altre istituzioni del governo rappresentativo) è un fenomeno generale che riguarda le democrazie industriali avanzate. Piuttosto che crisi contingenti o scandali che riguardano i singoli paesi, sembra più probabile che queste tendenze rappresentino un cambiamento più profondo nel ruolo e nell'immagine della politica partigiana nelle democrazie contemporanee» (Dalton, Weldon, 2004, 400).

Il fenomeno della crisi della rappresentanza, tuttavia, deve essere letto anche alla luce delle profonde trasformazioni economiche, sociali, politiche e culturali in atto a livello globale⁹. Sul punto, infatti, Rosanvallon sottolinea come «la tendenza contemporanea alla dissoluzione del politico ha due moventi. È provocata in primo luogo dallo scarto tra la società civico-civile e la sfera della politica che i contro-poteri approfondiscono (...) in secondo luogo è provocata dal declino di una concezione globale dell'azione politica» (Rosanvallon, 2012, 180-181)¹⁰. Non va, del pari, sottaciuto il depotenziamento della sfera politica al tempo della società plurale e dell'economia globalizzata, ove, com'è stato incisivamente posto in rilievo, «non è più la politica che governa l'economia ma sono l'economia e la finanza che governano la politica. Non sono più i governi e i parlamenti che dettano regole ai poteri economici e finanziari, ma sono quei nuovi sovrani assoluti, invisibile e irresponsabili che sono diventati i mercati che dettano regole ai poteri politici e ai quali essi, ben più che ai parlamenti o all'elettorato, ritengono di dover rispondere» (Ferrajoli, 2018, 7). In tal senso, infatti, il processo di globalizzazione economica, con il suo diretto portato di interconnessione planetaria fra gli Stati, ha provocato «uno spostamento del baricentro della politica dagli organi interni della rappresentanza, sottoposti al rispetto dei vincoli costituzionali, verso una dimensione mondiale nella quale sembra prevalere il «libero arbitrio», piuttosto che un desiderio di solidarietà» (Chieffi, 2006, 18).

⁹ Spunti di riflessione, in relazione al rapporto fra elettori ed eletti, suscita il modello di democrazia committente-agente elaborato da KATZ (2006).

¹⁰ L'A., sul punto, arriva a parlare di «democrazia che limita la democrazia» nell'epoca del «consumismo politico».

A far data dagli inizi degli anni '70, il processo di *neutralizzazione*¹¹ «degli strumenti che avevano determinato la fase del capitalismo e che aveva consentito la nascita dello stato sociale» (Ferrara, 2006, 64) colpì, con effetto ritardato, anche l'efficacia sociale e politica dei partiti, incapaci, da allora in avanti, di garantire la salvaguardia di quelle istanze sociali, provenienti in particolare dai ceti meno abbienti del Paese che, specie nella prima fase della storia repubblicana, ebbero garantito loro ampio consenso nella popolazione¹². Il sistema economico neoliberalista, beninteso, facilita il processo di sgretolamento della credibilità partitica, in quanto «la paralisi della politica è del tutto coerente coi dettati del neoliberalismo e a molti essa non appare affatto un inconveniente. Non a caso il *big business* è in prima fila nell'alimentare la critica dei partiti e nel dichiararne la crisi» (Mastropaolo, 2013, 27). Così, la perdita di valore della rappresentanza si lega alla perdita di potere interno degli attori politici, dovendo essi misurarsi con regole e sfide sovranazionali alle quali, sovente, i partiti politici tentano (invano) di sottrarsi per ragioni meramente elettorali¹³. Il fenomeno della progressiva sfiducia degli elettori nei confronti del mondo della politica nel suo complesso (ed in particolare, dei partiti politici) ha sovente legittimato, altresì, la deroga del potere decisionale ad Autorità indipendenti od alle stesse Banche centrali, poiché «avvertito come necessario proprio in quanto si tratta di autorità che non prendono decisioni sulla base del tornaconto elettorale, e nello stesso tempo attrezzate, a differenza delle istituzioni politiche, ad agire secondo criteri tecnico-professionali» (Pinelli, 2010, 152).

I partiti politici, com'è stato acutamente posto in rilievo, «non definiscono più una statualità per aggregazione di partiti, come avveniva nel passato, ma delimitano una statualità residua per disaggregazione, con sottrazioni progressive di porzioni rilevanti di simboli pubblici dalla compagine comune» (Prospero, 2007, 9). Crisi di *ruolo*, crisi di *identità*, crisi di *simbologia*, crisi di *legittimazione*, crisi *strutturale*. La sommatoria delle diverse *crisi* poc'anzi menzionate ha generato una notevole disaffezione da parte dei cittadini nei confronti della istituzione partito, nonché, per corrispondenza, il percepito distacco dei partiti politici dalla realtà sociale ed economica vissuta dai cittadini nel quotidiano. Volendo, in tal senso, identificare la fase attualmente in essere, si può affermare come si stia, progressivamente, assistendo al passaggio dallo *Stato dei partiti* allo *Stato senza partiti* o *Stato dei leader*, nel quale la struttu-

¹¹ Sulla *neutralizzazione* degli Stato nazionali, anche in funzione della unificazione dei mercati globalizzati, si veda, in particolare, BILANCIA (2000, spec. 93 ss.).

¹² Sulla necessaria funzione del partito politico nella *attivazione* ed *emancipazione* politica dei cittadini si rinvia alle riflessioni di LEIBHOLZ (1973/1989).

¹³ Sul punto, si veda, in particolare, l'elaborazione critica di FERRARA (2013, spec. 3 ss.).

ra di riferimento, benché agile, diviene sostanzialmente funzionale all'affermazione del singolo (o, quantomeno, della sua visione) piuttosto che a quella del collettivo organizzato¹⁴.

Il *leaderismo* è uno dei tratti salienti della crisi contemporanea della rappresentanza. La sfiducia nei confronti dei partiti politici e del ruolo da essi svolto nel quadro della democrazia costituzionale ha condotto progressivamente all'enfaticizzazione del ruolo dell'uomo forte, capace di catalizzare i sentimenti, le speranze, le ansie e le aspettative degli elettori. In tal senso, infatti, si sostiene come «lo svuotamento del principio di rappresentanza conduce al rafforzamento mitico dell'idea di un capo solo al comando chiamato ad incarnare con il suo corpo e la sua decisione una volontà popolare coesa» (Prospero, 2007, 96).

Successivamente alla *caduta* dei partiti politici tradizionali, che ebbero il merito di rifondare lo Stato sulle ceneri del Fascismo, il sistema politico complessivo si è direzionato «verso la creazione di formazioni politiche meno organizzate, più «leggere» ed orientate ad esprimere *leadership* molto forti; in alcuni casi, veri e propri «partiti personali» che nascono e si estinguono con la parabola politica del proprio capo» (Scuto, 2017, 15). Tali *leadership*, esprimendo un consenso squisitamente *personalistico*, utilizzano sovente i canali telematici per accrescere il proprio prestigio e consenso *privato*, a scapito della costruzione del *favor* elettorale nei confronti della formazione politica di appartenenza. Anche sotto questo punto di vista, la combinazione progresso tecnologico-*leadership* solitaria acuisce oltremodo lo stato agonizzante in cui paiono versare i partiti politici classicamente intesi¹⁵. L'incapacità (o, peggio, l'impossibilità) di mantenere la parola data e gli impegni presi allontana vieppiù i cittadini dalla gestione della cosa pubblica ed indirizza il dissenso verso forme e proposte politiche incentrate, sovente, sulla demonizzazione dell'avversario, sull'affermazione del *capo*, unico in grado di mantenere le promesse fatte (specie se *liberato* dall'incombenza di necessarie trattative di coalizione) in campagna elettorale, nonché, in fin dei conti, su soluzioni semplicistiche e di immediata visibilità rispetto a problemi e temi ben più ampi e complessi che, va da sé, richiederebbero soluzioni altrettanto complesse e prospettiche.

¹⁴ A giudizio di CROUCH (2012, 84), il modello di partito politico del XXI secolo, quanto a composizione e funzionamento, sarà formato «da una élite interna che si autoriproduce, lontana dalla sua base del movimento di massa, ma ben inserita in mezzo a un certo numero di grandi aziende, che in cambio finanzieranno l'appalto di sondaggi d'opinione, consulenze esterne e raccolta di voti, a patto di essere ben viste dal partito quando questo sarà al governo».

¹⁵ Sul punto, si vedano, fra gli altri, DE PETRIS (2001); RODOTÀ (2004).

2. IL FENOMENO POPULISTICO: IL PARTITO ANTIPARTITI

Il secondo dopoguerra accentuò notevolmente l'espansione del ruolo sociale dei partiti, al punto tale che autorevole dottrina (Kirchheimer, 1966) li definì, a cagione sia della loro estrema capacità di penetrazione, sia della necessità di inglobare in sé quanti più cittadini-elettori fosse possibile, partiti pigliatutto/pigliatutti (*catch all parties*), i quali si profilavano come «sempre meno portatori di identità collettive e sempre più «pragmatici», disposti a rendere *relativi* i propri valori costitutivi, negoziatori di ogni cosa» (Azzariti, 2010, 106).

La criticità del modello preesistente, unitamente alla complessità delle sfide a cui *leadership* e partiti politici sono chiamati a rispondere, sono gli elementi che hanno indotto parte della dottrina anglosassone ad identificare un nuovo processo in essere, noto come *Cartel Party*¹⁶, nel quale la democrazia¹⁷ diviene «sinonimo di capacità dei votanti di scegliere fra un menù di partiti politici, i quali a loro volta accampano il diritto di occupare cariche pubbliche sulla base dei voti che ricevono» (Katz, 2006, 71). Tuttavia, detto modello mostrò, anche nei momenti di massima propagazione, delle criticità strutturali che ne avrebbero minato il percorso evolutivo, anche a causa del mutare del comune sentire popolare e dell'evoluzione dei costumi sociali. Tale prassi, infatti, produsse, sul lungo periodo, un effetto distorsivo di primo momento, in quanto «non sono solo i programmi fluidi e sempre più simili tra loro, ma il sovraccaricarsi sul momento della selezione delle candidature di una sorta di *surplus* da «resa dei conti» o di retribuzione per un mandato parlamentare sempre meno libero» (Calvano, 2017, 66). La *chiusura difensiva* (il cartello) dei partiti politici ha prodotto, quale effetto involontario, l'apertura di spazi di manovra propagandistica sconfinati, nei quali le formazioni populiste hanno avuto ed hanno tuttora gioco facile nell'incunarsi ed inasprire la critica nei confronti dei partiti tradizionali. La definizione dei contorni in cui si enuclea il *populismo* (ammesso che esso possa essere organicamente ricondotto ad una nozione unitaria) appare, ad ogni modo, incerta. Tuttavia, un tratto saliente, in relazione al declino del partito politico, va evidenziato, osservando, in tal sen-

¹⁶ Con il termine *Cartel Party* (espressione mutuata dal linguaggio economico), si intende, in buona sostanza, l'accordo tra più partiti (cartello), sovente di natura tacita, al fine di rendere maggiormente gravoso l'ingresso di nuove formazioni politiche nello scacchiere pubblico, ossia privilegiare la *collusione* piuttosto che la *competizione* partitica, al fine di garantire la propria sopravvivenza ed il controllo sull'offerta politica. Non potendosi, ad ogni modo, dilungare oltremisura sul punto, si rinvia, per tutti, all'elaborazione teorica di KATZ, MAIR (1995); in tema, si vedano, altresì, RANILOLO (2000); DETTERBECK (2005); PELIZZO (2008).

¹⁷ Un approccio di tipo economico alle dinamiche ed alle procedure democratiche, anche in relazione al rapporto triarchico elettori-eletti-governo, viene proposto da DOWNS (1965/1988).

so, come «la caratteristica del populismo sta nel fatto che radicalizza la democrazia di sorveglianza, la sovranità negativa e la politica come giudizio, convogliando il loro movimento comune verso l'impolitica» (Rosanvallon, 2012, 190). Sul punto, può osservarsi come il fenomeno populista¹⁸ assuma sovente tratti di «insofferenza per le procedure formali e verso le regole giuridiche per il funzionamento delle istituzioni della democrazia, spesso verso gli stessi limiti costituzionali, atteggiamenti tipici del linguaggio politico ascrivibile alle degenerazioni del populismo, minan(d)o in profondità la certezza *del* diritto per via di compromissione politicamente delegittimante la fiducia stessa *nel* diritto» (Bilancia, 2018, 347).

La crisi della sfera politica¹⁹, emergente nelle sue drammatiche dimensioni nella crisi di legittimità degli organi attraverso i quali si spiega l'azione politica nella sfera pubblica, ossia i partiti, coincide drammaticamente con la crisi della democrazia di massa²⁰, della quale le ondate populiste rappresentano, più che la causa scatenante, preoccupanti indicatori dell'acuirsi del proprio declino, anche in funzione del ruolo esercitato dall'ordine economico neoliberista nello sviluppo dei movimenti di stampo populistico; sul punto, infatti, si è sostenuto come «i populismi contemporanei sono effettivamente una reazione all'egemonia liberale, al modo in cui le élite mondiali hanno distribuito i frutti del progresso tecnologico, dell'industrializzazione e della post-industrializzazione, e al modo in cui queste élite hanno gestito i processi di globalizzazione che il progresso tecnologico ha generato» (Del Savio, Mameli, 2017, 561-562).

Così, al venir meno della *spinta propulsiva* della democrazia rappresentativa²¹, anche i partiti politici, principale espressione della libertà politica (di cui la democrazia, per indefettibile conformazione, si nutre), tendono ad essere trasposti sul piano della mera presa d'atto di quanto prodottosi fattualmente sui mercati. All'occupazione totale, per mano dei partiti politici, della scena pubblica, in ogni suo ambito, «è subentrata una terra di nessuno sprovvista di attori politici organizzati come indispensabili soggetti di adattamento e di stabilizzazione» (Prospero, 2007, 11). In tal senso, la sfida proposta

¹⁸ La letteratura sul fenomeno populista è estremamente ampia. Tuttavia, per un approfondimento sul punto, si vedano, fra gli altri, SWANK, BETZ (2003); PROSPERO (2007, spec. 151 ss.); LACLAU (2008); PINELLI (2011); FETZER (2012); MUDDE, ROVIRA KALTWASSER (2013); ACEMOGLU, EGOROV, SONIN (2013); MOFFITT, TORMEY (2014); DEL SAVIO, MAMELI (2017); GREBLO (2018, spec. 114 ss.); REYNERI (2018); MANETTI (2018); ROBERTS (2018); SCHEPPELE (2019); HALMAI (2019).

¹⁹ Sulla relazione tra forma di governo democratica e partiti politici, si veda la fondamentale riflessione di OSTROGORSKI (1902/1991).

²⁰ Sul punto, MEZZETTI (2016, 23) avverte il rischio di una progressiva assunzione, da parte delle democrazie contemporanee, di un *carattere oligarchico*.

²¹ Sull'evoluzione storica del rapporto intercorrente fra democrazia e rappresentanza, si vedano, per tutti, le riflessioni critiche di FERRARA (2012, spec. 17 ss., 79 ss.).

dai movimenti populistici nei riguardi della democrazia rappresentativa si riflette su di un ulteriore piano di ragionamento, ovvero come «i cittadini chiedono politiche che riflettano meglio, o che diano sostanza più fedelmente, alle loro preferenze e ai loro interessi di quanto non facessero le politiche generate dalle istituzioni elettorali. (...) I *leader* o i partiti populistici possono produrre o non produrre risultati in termini di politiche effettivamente in grado di migliorare il destino dei comuni cittadini; l'esito dipende interamente dalla competenza o dalla buona fede di tali élite» (McCormick, 2017, 541). Lo iato prodottosi tra la classe dirigente partitica e gli elettori produce, in sostanza, la remissione messianica delle speranze e delle necessità nella *leadership* del movimento populista, vista come maggiormente capace di intercettare e direzionare (con o senza specifiche competenze) i bisogni e le necessità collettive.

3. L'AVVENTO DELLA *DIGITAL DEMOCRACY* QUALE FATTORE DI SUPERAMENTO DELLA FORMA PARTITO?

Sotto un diverso (ma connesso) versante, alla crisi di credibilità dei partiti si è assommato l'avvento della *digital democracy*, nella quale la necessaria, indefettibile, intermediazione costituzionale dei partiti e degli eletti viene costantemente messa alla prova dal contatto diretto, mediante gli strumenti di comunicazione digitale (*social network*), tra i rappresentanti apicali di partiti e movimenti politici da una parte ed i cittadini/elettori dall'altra²². Da qui l'estensione del concetto di *digital policy* al processo democratico, qualificato nei termini di *e-democracy*, intesa quale «possibilità di applicare la tecnologia al processo politico al fine di migliorarne la funzionalità» (Papa, 2006, 370).

Nell'era della c.d. *e-democracy*, infatti, il ruolo della comunicazione assume un profilo di primario momento rispetto alla piena realizzazione di una moderna democrazia costituzionale. La formazione dell'opinione pubblica (che si riflette anche sul piano elettorale e sul potenziale consenso catalizzabile dalle singole formazioni politiche) passa, in misura sempre crescente, attraverso canali telematici di informazione e, in ragione della rilevante estensione dei *nuovi media*, il tema della *regolamentazione* dell'informazione sul web risulta di primaria rilevanza, poiché «le dinamiche della formazione dell'opinione pubblica

²² Dell'impatto dei nuovi mezzi di comunicazione sugli ordinamenti democratici discorre, in particolare, FROSINI (2015).

presentano, in un sistema democratico, una indubbia rilevanza stante il ruolo di *pilastr*o che esse rivestono nella legittimazione delle istituzioni e delle regole della comunità, dalle quali vengono peraltro, a loro volta, influenzate, in ragione dei diversi elementi politici ed istituzionali che le compongono e caratterizzano» (Papa, 2017, 2). Ed in tal senso, infatti, si parla con sempre maggiore frequenza, per descrivere il fenomeno in parola, di *disintermediazione*, ossia «l'idea che le nuove tecnologie possano consentire ai singoli di ridurre le distanze rispetto ai propri obiettivi, svolgendo autonomamente ed in modo più vicino e diretto tutta una serie di attività, comprese quelle legate alle dinamiche rappresentative, e dunque politico-istituzionali, che di solito richiedevano soggetti, luoghi e figure di mediazione» (Clementi, 2016, 139)²³.

La rappresentanza elettiva, al tempo dei *social network*, degrada sovente da rilevante funzione sociale di intermediazione tra le Istituzioni ed i cittadini a comunicazione, mediante i canali informatici, delle attività svolte anche (se non precipuamente) in chiave propagandistica. In tal senso, infatti, il processo di destrutturazione del quadro politico è stato intensamente accompagnato dall'ascesa dei nuovi mezzi di comunicazione di massa, in quanto, in accordo con quanto sostenuto da autorevole dottrina, «il declino delle ideologie e delle classi sociali del secolo scorso è stato accelerato dall'avvento di sistemi di comunicazione di massa che strutturano il dibattito pubblico in termini di singole situazioni piuttosto che di principi, e che così sostituiscono la consapevolezza di un futuro comune con percezioni di cui gli stessi media tengono le fila» (Pinelli, 2010, 145). La *digitalizzazione* del dibattito pubblico, della vita politica e, in generale, della sfera privata di ogni cittadino ha, del pari, progressivamente mutato la percezione del concetto di democrazia. Sul punto, infatti, si sostiene come «il potenziamento della tecnica in collegamento con la ricerca del profitto su scala globale, soprattutto da parte delle forze più rilevanti sulla scena internazionale, viene considerato il sintomo di un vero e proprio rovesciamento di senso della democrazia: da scopo dell'agire sociale a mezzo per la realizzazione di obiettivi di potenza» (Salerno, 2018, 9). Il mutamento indotto da processi di *estensione* del dibattito politico ha, del pari, modificato l'approccio stesso *politico* alle vicende della cosa pubblica, in quanto le formazioni politiche (e, in primo luogo, le loro *leadership*) sono assiduamente sollecitate, da parte del corpo elettorale, mediante i nuovi strumenti di comunicazione telematica. L'effetto prodottosi è, a ben vedere, paradossale. Se, da

²³ Sul punto, LUCIANI (2001, 117) pone l'accento sul tema della *crisi del rappresentato*, intesa quale «perdita di identità collettive e (addirittura) individuali; smarrimento del senso del legame sociale; volatilità dei ruoli sociali, tutto rende problematica la stessa identificazione del soggetto da rappresentare».

un lato, le formazioni politiche si *ritraggono* dalla società, ridimensionando la propria penetrazione in essa e *liberando* gli elettori dai vincoli di fedeltà tipici dei partiti ideologizzati della Prima Repubblica, d'altro canto i *social networks* impongono ai partiti/movimenti politici e alle loro *leadership* una quotidiana comunicazione delle proprie opinioni sui fatti più rilevanti e li *forzano* ad ascoltare ogni sorta di notazione alle stesse, positiva o negativa che sia.

Una pericolosa distorsione del dibattito politico e sociale per via telematica è costituita dal fenomeno, di recente emersione, della produzione e diffusione su larga scala di notizie, destituite di ogni fondamento, ma a tal punto verosimili da essere assimilate dal pubblico lettore quali fatti realmente accaduti. Parliamo, come noto, delle c.d. *Fake news*²⁴. Il discredito nei confronti delle élite (e, quindi, dei partiti politici), in tal modo può aumentare in misura esponenziale rispetto al pubblico di lettori che incappa in una *Fake news* e non riesce a riconoscerne la natura fraudolenta²⁵, essendo, sovente, privo degli strumenti necessari per sottoporre ad analisi critica dette notizie²⁶. Tuttavia, per altro verso, «è probabile che la polarizzazione della politica e la crescita dei risentimenti siano dovute principalmente a fattori che nulla hanno a che vedere con Internet, come l'aggravarsi delle diseguaglianze, la crisi del ceto medio, l'incepparsi dei meccanismi della rappresentanza politica. Ma l'ambiente di Internet, come oggi lo conosciamo, favorisce la frammentazione, la polarizzazione, la radicalizzazione della politica, le spinte centrifughe» (Pitruzzella, 2018, 23).

In tal senso, la micidiale combinazione di fattori obbiettivamente valutabili quali, da un lato, la crisi economica, l'assenza di modelli di riferimento, la scomparsa dei partiti politici ideologizzati, l'omogeneizzazione delle proposte politiche tradizionali e, dall'altro, la spinta populista, accentuata dal megafono dei *social networks*, ha prodotto e continua a produrre la radicalizzazione dello scontro dialettico e l'accentuazione dell'affidamento *mes-sianico* delle sorti, private e collettive, al *leader*, a scapito, ancora una volta, delle strutture partitiche, viste come artefici rilevanti delle crisi che investono la nostra società.

²⁴ Sul fenomeno delle c.d. *Fake news*, si vedano, in particolare, PAPA (2017, spec. 15 ss.); NICHOLS (2017, spec. 121 ss.); PITRUZZELLA (2018); MATUCCI (2018).

²⁵ Si veda, sul punto, il rapporto del marzo 2018 della Commissione europea «*A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High-level Group on fake news and online disinformation*».

²⁶ Cfr., in tal senso, il «Rapporto nazionale sulle competenze degli adulti» PIAAC-OCSE 2013 (curato dall'Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori, sotto l'egida del Ministero del lavoro e delle politiche sociali).

4. CONCLUSIONI

Volendo tratteggiare, scevri da pretese di completezza, dei cenni conclusivi alle presenti riflessioni (in uno scenario, ad ogni modo, aperto ed in costante evoluzione), occorre definire il tema di fondo su cui la questione si impernia.

Se nel passaggio dallo Stato liberale alla democrazia pluripartitica (caratterizzata dall'ascesa dei c.d. partiti politici di massa) si assistette alla progressiva, bulimica, espansione delle aree di influenza dei partiti politici nella vita sociale, economica e culturale europea (sino alla teorizzazione ed all'effettivo superamento delle fragili democrazie liberali del primo dopoguerra, in favore di un modello, variamente declinato, che identificasse lo Stato in un unico partito ed il partito unico nello Stato), oggi assistiamo, viceversa, alla *retrazione* del partito politico dalla società, a tutto vantaggio di un modello agile, nel quale l'identificazione *spirituale* avviene direttamente con il *capo*, il *leader* della formazione politica che, bypassando *vetuste* ritualità collegiali, si impone per la comunicazione diretta, costantemente rivolta ai singoli elettori, nonché per il carattere di *indiscutibilità* della propria *leadership*. L'introduzione, in via di prassi, nella pratica politica nazionale dell'istituto delle primarie²⁷ (che, ad ogni buon conto, ha mostrato profondi effetti distorsivi se non adeguatamente governato) non pare aver posto un argine effettivo alla crisi dei partiti politici. Sul punto, infatti, occorre precisare che, nonostante detto istituto possa apparire quale ulteriore strumento di democratizzazione della vita politica (specie interna ai partiti), «non solo i candidati sono proposti dai partiti, ma la loro scelta è legata all'immagine che essi riescono a produrre in elettori che con loro non hanno nessuna relazione. La figura del *leader* emerge allora come decisiva non solo a livello delle elezioni nazionali, ma anche a quello delle elezioni interne al partito» (Duso, 2015, 32).

Le spinte deformanti del quadro politico, manifestatesi con l'insorgere di sentimenti di natura populista e alimentate da un infuocato, perenne, sovente astioso dibattito in rete (con la complicità, malcelata, di autorevoli attori politici) ha accompagnato progressivamente il quadro politico-sociale ad una lotta per la conquista del potere²⁸, la quale ha condotto «ad una radicalizzazione del

²⁷ Sull'istituto delle *primarie*, sulla loro introduzione nel quadro politico italiano, nonché sulle criticità di tale istituto rispetto al sistema dei partiti politici, si vedano, fra gli altri, MASSARI (2010, spec. 121 ss.); RUGGERI (2010, spec. 10 ss.); MARSOCCI (2011); DI MARTINO (2013); PASQUINO (2014, spec. 131 ss.); CECCANTI (2017).

²⁸ Sul punto, come autorevolmente suggerito da KAISER (1956/1993, 307), «la distruzione delle classi e l'emigrazione dei partiti nell'apparato del potere statale hanno aperto un campo vasto, libero, tra

linguaggio politico che ha lentamente, nell'arco di qualche decennio, lasciato il posto ad un diffuso atteggiamento di contrapposizione di grandi masse di cittadini verso le istituzioni politiche, i partiti, l'*establishment*. Con una mutazione genetica diffusa del senso comune, oggi alimentato da sentimenti di frustrazione, rancore, intolleranza, radicalismo, rivalsa – quasi vendetta – nei confronti della classe politica» (Bilancia, 2018, 348). Sentimenti di rancore che hanno, inevitabilmente, acuito la delegittimazione nei confronti dei partiti tradizionali, rei di aver condotto il Paese, specie in epoca di crisi economico-finanziaria, a livelli di vita decisamente peggiori rispetto al passato, al di là, onestà intellettuale vuole lo si ammetta, delle effettive responsabilità della classe dirigente.

La destrutturazione del quadro costituzionale inerente alla rappresentanza politica, seppur a Costituzione invariata, si inverte nelle criticità e nelle contraddizioni in cui il mondo della politica e della rappresentanza versa, a fronte delle mutate condizioni politiche, sociali e tecnologiche dei tempi presenti. In tal senso, il ruolo del partito politico, nella moderna democrazia rappresentativa, non pare fungibile (almeno, ad oggi) da altre tipologie di organizzazioni, in quanto «il ruolo dei partiti si differenzia strutturalmente da quello degli altri corpi intermedi: essi, infatti, a differenza delle altre organizzazioni, cercano in modo esplicito di conquistare il controllo delle istituzioni rappresentative. I partiti si confrontano nella competizione elettorale per conquistare il potere politico e il controllo del governo e del parlamento» (Almagisti, 2008, 104).

Il processo, da taluni vaneggiato, di *superamento* dell'organo rappresentativo della collettività organizzata (il Parlamento) e dei gruppi in esso operanti (i gruppi parlamentari, ispirati o direttamente riferibili ai partiti politici), quale *collante necessario* fra le Istituzioni e gli elettori, a favore di forme di consultazione immediate, agili e dirette tra rappresentanti e rappresentati (sovente per via telematica, come nel caso della *e-democracy*), non può che essere derubricato a mero intendimento provocatorio, in quanto, come già autorevolmente sostenuto da Hans Kelsen, se «presso ogni collettività, in qualche modo tecnicamente progredita, esista qualcosa di simile a un Parlamento, non è certo un puro caso, ma corrisponde ad una legge di struttura dei corpi sociali» (Kelsen, 1929/2006, 79). Così, sulla medesima traiettoria poc'anzi delineata, si colloca la recente riflessione di Bilancia, a giudizio del quale «soltanto la forma di un procedimento ordinato e governato da norme, oggi diremmo soltanto il quadro di regole della Costituzione, è in grado di assicurare quell'es-

l'individuo e lo Stato, una nuova *sfera intermedia*, nella quale gli interessi diventati indipendenti sono spesso cresciuti per l'indipendenza e la grandezza di nuovi poteri intermedi».

senziale consenso di tutti sulle regole della democrazia che sono ad un tempo garanzia di stabilità politica e fondamento della certezza (giuridica) nei rapporti sociali» (Bilancia, 2018, 343).

Ad ogni modo, la crisi del partito politico, intesa quale crisi della struttura partitica, nonché della rappresentanza complessivamente intesa, come si è tentato di mettere in luce nelle presenti riflessioni, appare inscindibilmente legata alla crisi della democrazia costituzionale (o, com'è stato suggerito, una crisi di «*accountability* politica»²⁹), aggredita, sin dalle fondamenta, da quei fenomeni (populismo da un lato, democrazia digitale dall'altro) che, basando la propria ragion d'essere sulla diretta connessione tra *leadership* e cittadini, producono, scientemente o meno, lo svuotamento del significato profondo di *democrazia costituzionale*, da intendere, in ultima analisi, quale «forma giuridica più avanzata della versione costituzionale di un regime politico effettivamente fondato sulla sovranità popolare, servente gli interessi degli individui, di *tutti* gli individui, e limitato dalle garanzie giuridiche dei diritti costituzionali di ciascuno» (Bilancia, 2013, 167-168).

La sfida dell'avvenire, a parere di chi scrive, non riguarderà il mero eventuale *ripensamento* delle forme di aggregazione socio-politica, bensì come evitare che la *democrazia del consenso* degeneri nello svuotamento del concetto di rappresentanza che costituisce, in ultima analisi, il baluardo più forte a difesa della forma di governo democratico-pluralista.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ACEMOGLU, D.; EGOROV, G.; SONIN, K. (2013), «A Political Theory of Populism», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 128, 2, 771 ss.
- ALMAGISTI, M. (2008), «Rappresentanza e partecipazione», *Rivista italiana di Scienza Politica*, Fasc. 1. 89 ss.
- AZZARITI, G. (2010), «La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa», in G. Incorvati; F. Marcelli (a cura di). *Crisi della democrazia e crisi dei partiti in Italia e nel mondo*, Roma: Aracne, 101 ss.
- BARTOLE, S. (1995), «Partiti politici (voce)». In *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. X, Torino, 705 ss.
- BILANCIA, F. (2000), *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova: Cedam.
- (2013), «Le forme della democrazia contemporanea e il germe della sua autodistruzione», in F. Bilancia; F. M. Di Sciullo; A. Gianelli; M. P. Paternò; F. Rimo-

²⁹ L'espressione è di McCORMICK (2017, 539).

- li; G. M. Salerno (a cura di). *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Napoli: Editoriale Scientifica, 135 ss.
- (2018). «Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo», *Lo Stato*, Vol. VI, 10, 341 ss.
- BOBBIO, N. (1984), *Il futuro della democrazia*, Torino: Einaudi.
- CALISE, M. (1994), *Dopo la partitocrazia. L'Italia tra modelli e realtà*, Torino: Einaudi.
- CALVANO, R. (2017), «Le primarie e altri falsi antidoti alla crisi dei partiti in Italia», *Costituzionalismo.it*, Fasc. 2. 45 ss.
- CASSESE, S. (2017), *La democrazia e i suoi limiti*, Milano: Mondadori.
- CECCANTI, S. (2017), Primarie: le ragioni italiane (e non solo). *Percorsi costituzionali*, Fasc. 1. 149 ss.
- CHIEFFI, L. (2006), «I paradossi del costituzionalismo contemporaneo e le «promesse non mantenute» delle democrazie occidentali», in L. CHIEFFI (a cura di). *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*. Torino: Giappichelli, 11 ss.
- CLEMENTI, F. (2016), «Il fenomeno dell'associarsi politico tra crisi della rappresentanza e globalizzazione. Spunti problematici», in C. BASSU; G. G. CARBONI (a cura di). *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino: Giappichelli, 137 ss.
- CRISAFULLI, V. (1969). «I partiti nella Costituzione», in AA. VV. *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, Vol. II. Firenze: Vallecchi.
- CROUCH, C. (2012). *Post-democracy*, 2004, trad.it. *Postdemocrazia*, Roma-Bari: Laterza.
- CURRERI, S. (2018). «Articolo 49», in F. CLEMENTI; L. CUOCOLO; F. ROSA; G. E. VIGEVANI (a cura di). *La Costituzione italiana*, Vol. I. Bologna, il Mulino, 312 ss.
- D'ALEO, P. (2018), «Il problematico rapporto tra cyberspazio e democrazia rappresentativa», *Politica e Società*, Fasc. 1. 45 ss.
- D'ATENA, A. (2018), «Tensioni e sfide della democrazia», *Rivista AIC*, Fasc. 1. 12.
- DALTON, R. J.; WELDON, S. (2004), «L'immagine pubblica dei partiti politici: un male necessario?», *Rivista italiana di Scienza Politica*, Fasc. 3. 379 ss.
- DE FIORES, C. (2018), «Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi», *Costituzionalismo.it*, Fasc. 1. 211 ss.
- DE PETRIS, A. (2001), «La rappresentanza nell'era della tecnopolitica», in N. ZANON; F. BIONDI (a cura di). *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano: Giuffrè, 205 ss.
- DEL SAVIO, L.; MAMELI, M. (2017), «Populismo e globalizzazione», *Iride*, Fasc. 3. 555 ss.
- DETTERBECK, K. (2005), «Cartel Parties in Western Europe?», *Party Politics*, Vol. XI. 2. 173 ss.
- DI MARTINO, F. R. (2013), «La selezione delle candidature attraverso il metodo delle primarie. Partecipazione politica e rappresentatività dei partiti», *Rivista AIC*, Fasc. 3.
- DOWNS, A. (1988). *An economic theory of democracy*, 1965, trad.it. *Teoria economica della democrazia*, Bologna: il Mulino.
- DUSO, G. (2015), «Parti o partiti? Sul partito politico nella democrazia rappresentativa», *Filosofia politica*, Fasc. 1. 11 ss.

- DUVERGER, M. (1961), *Les partis politiques*, 1951, trad.it. *I partiti politici*, Milano: Edizioni di Comunità.
- ELIA, L. (1970), «Governo (forme di)», in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX. Milano. 634 ss.
- ESPOSITO, C. (1954), *I partiti nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana*. Saggi. Padova: Cedam, 215 ss.
- FERRAJOLI, L. (2010), «Sulla crisi della democrazia rappresentativa», in G. INCORVATI; F. MARCELLI (a cura di). *Crisi della democrazia e crisi dei partiti in Italia e nel mondo*, Roma: Aracne, 153 ss.
- (2018), «Democrazia e populismo», *Rivista AIC*, Fasc. 3.
- FERRARA, G. (2006), «Democrazia e rappresentanza politica», in L. CHIEFFI (a cura di). *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*. Torino: Giapichelli, 49 ss.
- (2012), *La crisi della democrazia costituzionale agli inizi del XXI secolo*. Roma: Aracne.
- (2013), «La crisi del neoliberalismo e della governabilità coatta», *Costituzionalismo.it*, Fasc. 1.
- FERRI, G. (1950), *Studi sui partiti politici*. Roma: Ed. dell'Ateneo.
- FETZER, J. (2012), «Public Opinion and Populism», in M. R. ROSENBLUM; D. J. TICHENOR (a cura di), *Oxford Handbook of the Politics of International Migration*, Oxford: Oxford University Press, 301 ss.
- FROSINI, T. E. (2015), *Liberté, Égalité, Internet*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- GALEOTTI, S. (1958), «Note sui partiti nel diritto italiano», *Iustitia*, 246 ss.
- GEMMA, G. (2018), «Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia», *Rivista AIC*, Fasc. 3.
- GIUFFRÈ, F. (2016), «Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo», *Federalismi.it*, n. 23.
- GORLANI, M. (2016), «La «tardiva» attuazione legislativa dell'art. 49 Cost. nell'eclissi della funzione di rappresentanza dei partiti politici», *Nomos-Le attualità nel diritto*, Fasc. 1.
- GRASSO, G. (2017), «Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale», *Nomos-Le attualità nel diritto*, Fasc. 1.
- GREBLO, E. (2018), «Il populismo e il trono vuoto della democrazia», *Politica e Società*, Fasc. 1. 111 ss.
- HALMAI, G. (2019), «Populism, authoritarianism and constitutionalism», *German Law Journal*, Vol. 20. 3, 296 ss.
- KAISER, J. H. (1993), *Die Repräsentation organisierter Interessen*, 1956, trad.it. *La rappresentanza degli interessi organizzati*, Milano; Giuffrè.
- KATZ, R. S. (2006), «Agenti di chi? Principi, committenti e politica dei partiti», in L. Bardi (a cura di). *Partiti e sistemi di partito*, Bologna: il Mulino, 59 ss.
- KATZ, R. S.; MAIR, P. (1995), «Changing Models of Party Organization and Party Democracy: The Emergence of the Cartel Party», *Party Politics*, Vol. I. 1, 5 ss.

- KELSEN, H. (2006), *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, trad.it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id. *La democrazia*. Bologna: il Mulino.
- KIRCHHEIMER, O. (1966), «The Transformation of the West European Party Systems», in J. LA PALOMBARA; M. WEINER (a cura di). *Political Parties and Political Development*. Princeton: Princeton Legacy Library, 177 ss.
- LACLAU, E. (2008), *On Populist Reason*, 2007, trad.it. *La ragione populista*, Roma-Bari: Laterza.
- LEIBHOLZ, G. (1989), *Die Repräsentation in der Demokratie*, 1973, trad.it. *La rappresentazione nella democrazia*. Milano: Giuffré.
- LUCIANI, M. (2001), «Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato», in N. ZANON; F. BIONDI (a cura di). *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano: Giuffré, 109 ss.
- MALBERTI, C. (1965), *Sistemi di partito e democrazia*, Milano: Istituto editoriale cisalpino.
- MANETTI, M. (2018), «Costituzione, partecipazione democratica, populismo», *Rivista AIC*, Fasc. 3.
- MARANINI, G. (1958), *Governo parlamentare e partitocrazia*, in Id. *Miti e realtà della democrazia*. Milano: Edizioni di Comunità.
- MARSOCCI, P. (2011), «Le «primarie»: i partiti italiani alle prese con il metodo democratico», *Rivista AIC*, Fasc. 2.
- MARTINELLI, C. (2015), «La teoria elitista della democrazia come risposta alla crisi del partito politico», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fasc. 3. 903 ss.
- MASSARI, O. (2010), *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari: Laterza.
- MASTROPAOLO, A. (2006), «Crisi dei partiti o decadimento della democrazia?», in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino: Giappichelli, 163 ss.
- (2013), «Della problematica convivenza tra democrazia e partiti», *Costituzionalismo.it*, Fasc. 2.
- MATUCCI, G. (2018), «Informazione online e dovere di solidarietà. Le fake news fra educazione e responsabilità», *Rivista AIC*, Fasc. 1.
- MCCORMICK, J. P. (2017), «La crisi della democrazia contemporanea e il grido di dolore populista», *Iride*, Fasc. 3. 539 ss.
- MEZZETTI, L. (2016), «Crisi della democrazia della rappresentanza nel contesto della globalizzazione», in C. BASSU; G. G. CARBONI (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino: Giappichelli, 7 ss.
- MICHELS, R. (1966). *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie: Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens*, 1911, trad.it. *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna. Studi sulle tendenze oligarchiche degli apparati politici*, Bologna: il Mulino.
- MOFFITT, B.; TORMEY, S. (2014), «Rethinking Populism: Politics, Mediatization and Political Style», *Political Studies*, Vol. 62. 2, 381 ss.

- MUDDE, C.; ROVIRA KALTWASSER, C. (2013), «Populism», in M. FREEDEN; M. STEARS (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, Oxford: Oxford University Press, 495 ss.
- NEUMANN, S. (1954), «Toward a Theory of Political Parties», *World Politics*, Vol. VI. 4, 549 ss.
- NICHOLS, T. (2017), *The Death of Expertise. The Campaign against Established Knowledge and Why it Matters*, 2017, trad.it. *La conoscenza e i suoi nemici*. Roma: LUISS University Press.
- ORLANDO, V. E. (1953), «Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica», in AA. VV., *Scritti di sociologia e politica in onore di L. Sturzo*. Bologna: Zanichelli, 601 ss.
- OSTROGORSKI, M. Y. (1991), *Democracy and the organization of political parties*, 1902, trad.it. *La democrazia e i partiti politici*, Milano: Rusconi.
- PANEBIANCO, A. (1982), *Modelli di partito*, Bologna: il Mulino.
- PAPA, A. (2006), «Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti», in L. CHIEFFI (a cura di). *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*. Torino: Giappichelli, 369 ss.
- (2017), ««Democrazia della comunicazione» e formazione dell'opinione pubblica», *Federalismi.it*, n. spec. 1.
- PASQUINO, G. (1995), «La partitocrazia», in G. PASQUINO (a cura di). *La politica italiana. Dizionario critico 1945-1995*. Roma-Bari: Laterza.
- (2014), *Partiti, istituzioni, democrazie*. Bologna: il Mulino.
- PELIZZO, R. (2008), *Cartel Parties and Cartel Party systems*. Saarbrücken: VDM.
- PERTICONE, G. (1957), «Partito politico (voce)», in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, Torino, 519 ss.
- PINELLI, C. (2010), «La sfida populistica allo Stato costituzionale», *Parolechiave*, Fasc. 1. 143 ss.
- (2011), «The Populist Challenge to Constitutional Democracy», *European Constitutional Law Review*, Vol. 7, 1, 5 ss.
- PITRUZZELLA, G. (2018), «La libertà di informazione nell'era di Internet», *Rivista di diritto dei media*, Fasc. 1. 1 ss.
- PREDIERI, A. (1950), «I partiti politici», in P. Calamandrei; A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Vol. I, Firenze: Barbera editore, 150 ss.
- PROSPERO, M. (2007), *La Costituzione tra populismo e leaderismo*. Milano: Franco Angeli.
- RANIOLO, F. (2000), «Miti e realtà del «Cartel party». Le trasformazioni dei partiti alla fine del ventesimo secolo», *Rivista italiana di Scienza Politica*, Fasc. 3. 553 ss.
- REYNERI, E. (2018), «Le basi sociali del populismo. Un commento», *Stato e Mercato*, Fasc. 1. 141 ss.
- RIDOLA, P. (1982), «Partiti politici (voce)», in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXII, Milano, 66 ss.

- (2009), L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico, in AA. VV. *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione-Atti del XXIII Convegno annuale AIC*. Alessandria 17-18 ottobre 2008. Napoli: Jovene, 7 ss.
- RIZZONI, G. (2006), «Art. 49», in R. BIFULCO; A. CELOTTO; M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I. Torino: UTET Giuridica, 981 ss.
- ROBERTS, K. M. (2018), «Populism and Political Representation», in C. Lancaster; N. Van de Walle (a cura di), *The Oxford Handbook of the Politics of Development*, Oxford: Oxford University Press, 518 ss.
- RODOTÀ, S. (2004), *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*. Roma-Bari: Laterza.
- ROSANVALLON, P. (2012), *La Contre-Démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, 2006, trad.it. *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma: Castelvecchi.
- ROSSANO, C. (1990), «Partiti politici (voce)», in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXII. Roma.
- RUGGERI, A. (2010), «Note minime in tema di democrazia interna ai partiti politici», *Rivista AIC*, Fasc. 1.
- SALERNO, G. M. (2018), Le garanzie della democrazia, *Rivista AIC*, Fasc. 3.
- SARTORI, G. (1992), *Teoria dei partiti e caso italiano*. Milano: Sugarco.
- SCHEPPELE, K. L. (2019), «The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism», *German Law Journal*, Vol. 20. 3, 314 ss.
- SCUTO, F. (2017), «Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica», *Federalismi.it*, n. spec. 1.
- SWANK, D.; Betz, H. G. (2003), «Globalization, the welfare state and right-wing populism in Western Europe», *Socio-Economic Review*, Vol. 1. 2, 215 ss.
- VIGEVANI, G. E. (2008), «Art. 49», in S. BARTOLE; R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 496 ss.
- VIRGA, P. (1948), *Il partito nell'ordinamento giuridico*. Milano: Giuffrè.
- WARE, A. (2004), *Partidos políticos y sistemas de partidos*. Madrid: Istmo.

DIVIETO DI MANDATO IMPERATIVO E (POSSIBILE?) ISTITUZIONALIZZAZIONE DELLE «PRIMARIE» IN ITALIA

LUCA PEDULLÀ
Università «Kore» di Enna

SOMMARIO: 1. Una (necessaria) premessa per ragionare sul vincolo di mandato imperativo in Italia. 2. Libero mandato, liste bloccate e democrazia interna ai partiti. 3. L'istituzionalizzazione delle primarie «pubbliche, aperte e vincolanti, ma non obbligatorie» quale possibile rimedio alla rigidità del sistema elettorale e (possibile) regola di democrazia interna ai partiti. 4. Riferimenti bibliografici.

1. UNA (NECESSARIA) PREMESSA PER RAGIONARE SUL VINCOLO DI MANDATO IN ITALIA

Il tema che mi accingo a trattare è legato a filo doppio con quello del divieto di mandato imperativo che resta, oggi più che mai, di scottante attualità. Esso, nel tempo, ha mutato periodicamente prospettiva e senso finendo per occupare un ruolo centrale nei moderni sistemi parlamentari, con sfaccettature e orizzonti, tra loro, assai diversi. Ciò è talmente vero che molte questioni del nostro sistema costituzionale – come la mobilità parlamentare, il rigonfiamen-

to sempre più consistente del «gruppo misto»¹, la limitazione della rappresentanza e la responsabilità politica – vengono legate proprio alla nozione del libero mandato parlamentare, così come previsto dall'art. 67 Cost. Il pericolo avvertito è quello di ritenere che la modifica di quest'ultimo articolo possa rappresentare la panacea di tutti i problemi sopra elencati o, quantomeno, possa contribuire in un sol colpo a risolverli.

In virtù dell'importanza degli istituti che il tema coinvolge, non desta meraviglia che la dottrina, in particolare negli ultimi diciotto anni circa², non abbia smesso di occuparsi dell'argomento, riuscendo a portare alla luce aspetti nuovi o ancora non debitamente approfonditi. D'altronde, il tema è così legato alla nozione di rappresentanza³ in genere ed ai sistemi elettorali in particolare che col mutare di questi ultimi se ne rende necessaria una rivisitazione al fine, quantomeno, di verificare la compatibilità tra i diversi sistemi o per constatarne il «rigetto».

La L. n. 270 del 21 dicembre 2005, che ha introdotto le cc. dd. liste bloccate – da considerare la punta dell'*iceberg* del vigente sistema elettorale – così come in seguito «intese» dalla nostra Corte costituzionale e la sempre più avvertita carenza di democrazia interna ai partiti politici, hanno finito per alterare la nozione di rappresentanza politica.

Liste bloccate che hanno rivoluzionato i meccanismi di reclutamento dei candidati con indubbie ricadute all'interno del rapporto tra eletti ed elettori, ciò ponendo la domanda se ancora oggi possa parlarsi dell'esistenza di un libero mandato o se, piuttosto, debba parlarsi di un mandato partitico burocratizzato, con buona pace del diritto di scelta del «popolo sovrano». Tramonta, dunque, il mito della designazione fiduciaria dell'eletto da parte degli elettori, mancando la manifestazione di volontà di scelta di questi ultimi, attratta⁴ dai

¹ Sullo studio del gruppo misto parlamentare mi sia consentito il rimando a PEDULLÀ (2005, 791 ss.).

² Infatti, ad esclusione del risalente, autorevole ed organico lavoro di ZANON (1991) e ancor prima, ma non come opera monografica, dei saggi di RIDOLA (1985) e di SPADARO (1985), negli ultimi diciott'anni circa si vedano, in particolare, le opere a carattere monografico di CARISTO; OLIVERIO (2017); PEDULLÀ (2011); CURRERI (2005); SCARCIGLIA, (2005); ZANON; BIONDI (2001); CARLASSARE (2001).

³ Per KELSEN (rist. it. 1966, in part. 3 e 4) non si può comprendere a fondo la nozione di mandato imperativo se non la si ricollega alla rappresentanza politica.

⁴ A dire il vero, accanto alle liste bloccate va considerata anche la questione della (talvolta esasperata) «lunghezza» delle liste che svaluta l'elemento personale. Al contrario di quanto avviene in Spagna dove il detto elemento personale viene valorizzato a motivo delle non molte candidature inserite in un sistema di liste bloccate inserito all'interno di un sistema proporzionale corretto, con una soglia di sbarramento circoscrizionale al 3%. Ed è per questo motivo che le liste per il Congreso de los Diputados (Camera bassa) non solo sono bloccate ma sono, come appena detto, piuttosto «corte», con pochissimi candidati, poiché l'esigenza avvertita è quella di aversi la rappresentatività di tutte le circoscrizioni: ciò garantendo un buon rapporto di conoscenza e relazione tra candidati ed elettori. Sulla rappresentanza politica nel sistema elettorale spagnolo si veda l'approfondita monografia di CURRERI (2004, in part. 85 ss.) il quale, tra l'altro, osserva che «l'opzione per il proporzionale, anziché per il maggioritario, si spiega con

partiti che a monte si sono auto-attribuiti il potere di valutare le qualità, le attitudini, le capacità del prescelto in relazione all'ufficio da ricoprire. Legge che ha, di conseguenza, contribuito a porre in crisi il carattere politico-sanzionatorio sino ad ora conosciuto dagli elettori, consistente nel diritto di critica verso chi era stato scelto e che operando male – ovvero, tradendo la fiducia degli elettori – non sarebbe stato più rieleto alla scadenza del mandato⁵.

Se un rapporto fiduciario si crea, ciò pare avvenire con la segreteria politica del partito che ha indicato il candidato legittimandone così le direttive impartite, col pericolo (indiretto) di un più che probabile scollamento con gli elettori e (diretto) di riduzione dell'eletto a «mera comparsa» della dirigenza partitica⁶. Così facendo, sembra giustificarsi la percezione ingeneratasi nel corpo elettorale che si è «sentito spogliato» di un potere che a fatica si è conquistato nel tempo, unitamente all'idea che i partiti tendano, con micro o macro riforme, ad avocare a sé il potere tolto ai primi, divenendo fulcro incontrastato, e difficilmente contrastabile, della vita politica del Paese⁷.

Ciò che appare, oggi, in crisi è l'idea del partito quale organo di collegamento tra le esigenze della società pluralista e l'apparato dello Stato, costringendo i (non) rappresentati ad aggrapparsi alle più disparate vie di fuga come, ad es., allo strumento referendario; alla valorizzazione dei ricorsi ai più diversi organi giudiziari o, ancora, agli appelli al Capo dello Stato, visto non più come figura *super-partes* bensì come risolutore degli eccessi dell'attività governativa.

Di questo sbilanciamento venutosi a creare ne risente (anche) il senso della legge elettorale già nel tempo costretta ad adattarsi a sistemi diversi, passando dal proporzionale ad uno di tipo maggioritario sino a giungere ad uno «misto», con tutto ciò che ne è conseguito all'interno dell'organizzazione par-

l'esigenza di permettere il consolidamento degli allora nascenti partiti politici di massa rispetto ai precedenti leader indipendenti» e che «optando per circoscrizioni di dimensioni ridotte, come quelle provinciali, e limitando le possibilità di scelta dell'elettore, si sono introdotte nel sistema proporzionale correzioni tali da produrre, di fatto, effetti maggioritari».

⁵ Rinviando sul tema alle acute osservazioni di AZZARITI (2018, 3).

⁶ Fenomeno che, a ben vedere, avveniva anche con il proporzionale e con l'uninomiale dove – come osserveremo – alcuni candidati venivano «paracadutati» in collegi «blindati». Sotto il profilo, poi, della irrinunciabile libertà che il candidato deve conservare anche – ma, forse, sarebbe più corretto dire soprattutto – nei riguardi del partito, quanto mai dense di significato e attuali sono le parole di CAPOGRASSI (1945, 85 s.): «... per quanto cieca debba essere l'obbedienza, per quanto la disciplina debba essere eguale a quella del soldato, resta chiaro all'occhio dell'individuo che ha una sua vita individuale, una sua autonomia morale, che qualunque sia il piano politico in cui si trova impegnato, questa sua autonomia, la sua vita di uomo, con tutti i suoi interessi e scopi umani, resta fuori, libera da ogni impegno [...] se mi si chiede qualche cosa, che si trova in contrasto con questa legge della mia vita, con questa mia personalità, non debbo farla, non la faccio, perché il mio impegno politico tutto può comprendere, tranne che io annienti pensiero, autonomia, moralità, la verità a cui credo».

⁷ Sul punto, insuperate rimangono ancora oggi le osservazioni di AMBROSINI (1922, 187 ss.).

lamentare⁸. Accantonamento del sistema uninominale «giustificato» per evitare il legame tra «quell'eletto e quell'elettorato» e, dunque, del prevalere degli interessi del singolo – forte del consenso popolare di una specifica realtà locale – rispetto al gruppo politico che, invece, avrebbe dovuto perseguire interessi più generali. Si cercò così di limitare la crescita e la ricerca sempre più esasperata di visibilità dell'eletto nei confronti del partito. Il divieto di mandato imperativo assume, allora, una diversa interpretazione fungendo non più, sotto un profilo positivo, ad espressione di libertà dell'eletto rispetto al gruppo né, sotto un profilo negativo, quale limite agli interessi corporativistici.

Ancor di recente, nel maggio 2018, si è assistito in Italia alla ripresa del tema mediante il suo inserimento nel c.d. «Contratto per il governo del cambiamento» da parte del Movimento 5 Stelle e dalla Lega⁹, aprendo alla possibilità di vincolare il rappresentante a quanto deciso dai rappresentati¹⁰, pena il ritorno della c.d. clausola cecoslovacca¹¹ degli anni venti del secolo scorso, che prevedeva l'immediata decadenza del parlamentare che nel corso della legislatura fosse fuoriuscito dal partito di appartenenza – nelle cui liste era stato eletto – per confluire in altro partito, a prescindere dal fatto se quest'ultimo appartenesse o meno alle forze di opposizione o di maggioranza. O, ancora, secondo altre proposte, si paventava di far «retrocedere» il rappresentante dissenziente a parlamentare «non iscritto» con la conseguenza di alcune limitazioni nell'esplicazione del proprio mandato.

Evidente la ripresa del tema kelseniano sull'importanza degli obiettivi partitici rispetto a quelli dell'autonomo esponente politico, ciò giustificando anche la possibile revoca del mandato del singolo: *«È necessario che il rappresentante sia giuridicamente obbligato ad eseguire la volontà del rappresentato, e che l'adempimento di questo obbligo sia giuridicamente garantito. La garanzia tipica è il potere del rappresentato di revocare il rappresentante, nel caso che l'attività di quest'ultimo non si conformi ai desideri del primo»*¹². Ciò implicando il superamento della teoria di Santi Romano, per il quale la relazione che legava il rappresentante ed il rappresentato non poteva qualifi-

⁸ Per una approfondita indagine storico-politica del proporzionale, si vedano PIRETTI (1990); PRETI (1957).

⁹ «Occorre introdurre forme di vincolo di mandato per i parlamentari, per contrastare il sempre crescente fenomeno del trasformismo. Del resto, altri ordinamenti, anche europei, contengono previsioni volte a impedire le defezioni e a far sì che i gruppi parlamentari siano sempre espressione di forze politiche presentatesi dinanzi agli elettori, come si può ricavare dall'articolo 160 della Costituzione portoghese o dalla disciplina dei gruppi parlamentari in Spagna».

¹⁰ Considerazioni, quelle del M5S, indubbiamente serie e che meritano adeguato approfondimento. Sul punto, cfr. CECCANTI, CURRERI (2015, 799 ss.); GRASSO (2017); VIGILANTI (2014).

¹¹ La definizione è di AVRIL (1986/1990, 101). Per approfondimenti su siffatta clausola si vedano le opere di MORTATI (1946); PESKA (1923).

¹² KELSEN (1945/1952, 294).

carsi come giuridica¹³ e, dunque, doveva trovare la propria sanzione solo sotto il profilo morale.

Sistema italiano, certo, diverso da quello spagnolo e portoghese. Infatti, se è vero che in Spagna i regolamenti delle *Cortes* agli artt. 66, co. 1, e 67, co. 2, penalizzano i parlamentari che cambiano gruppo sia con la previsione di diritto d'iscrizione al gruppo misto, sia privandoli di risorse economiche, nella Costituzione portoghese, ex art. 160, inserendosi la c.d. *anti-defection clause*, e stabilendosi che i deputati, pur rappresentando l'intera Nazione, perdono il proprio seggio in caso d'iscrizione ad un partito diverso da quello che li ha candidati¹⁴. In siffatti Paesi, però, sembra tutt'oggi resistere una sorta di *conventio ad excludendum* che esige che la fuoriuscita dell'eletto da un gruppo, con la sua consequenziale espulsione dall'omologo partito, non permetta al transfuga di trovare facilmente un altro partito disposto a candidarlo¹⁵.

Sembra aleggiare il ritorno ai rivoluzionari *cahiers de doléances* che concretizzavano, nella sostanza, un vero e proprio mandato imperativo svelando, per un verso, il prepotente ritorno all'ideologia di Rousseau¹⁶, assistendosi, per altro verso, alla (almeno, apparentemente) irreversibile diffidenza dei rappresentati verso i propri rappresentanti, «bisognosi» di essere controllati¹⁷.

¹³ Così SANTI ROMANO (1947, 166): «È però da rilevare che, quando si parla della rappresentanza della nazione o del popolo da parte della Camera o di altra istituzione e, quindi, di una relazione intercedente fra quest'ultima e la collettività rappresentata, alla parola relazione occorre dare un significato che non è quello di rapporto giuridico vero e proprio, in quanto essa non implica dei diritti o doveri della prima verso la seconda o della seconda verso la prima. Si tratta piuttosto di una rispondenza esistente tra la qualità di rappresentante che spetta all'una e la qualità di rappresentata che spetta all'altra, rispondenza che, più che un rapporto giuridico, implica due rispettive posizioni e, per quanto riguarda l'istituzione rappresentativa, dei poteri largamente discrezionali circa gli interessi nazionali che essa deve prendere in considerazione e tutelare.

¹⁴ Interessanti, in un'ottica comparatistica, sono le ricostruzioni operate da ORRÙ (2015, 1116 ss.), soprattutto con riferimento al sistema portoghese. Più in generale cfr. DAMELE (2017); MORELLI, (2018a; 2018b).

¹⁵ Sul tema ma con accenti più generali e ricostruttivi, di recente, si vedano i lavori di CITRIGNO, MOSCHELLA (2018); MORELLI (2018, 96 ss.).

¹⁶ Non è, forse, un caso che la piattaforma telematica di voto di democrazia diretta del M5S si chiami proprio «Rousseau», anche se, a ben vedere, l'illustrazione compiuta della teoria del filosofo svizzero nella sua celeberrima opera «Il contratto sociale» (cui si rimanda), richiederebbe un grande impegno conoscitivo, atteso che – come osservava il Salvemini – la sua filosofia sembrava talora svelare il pericolo di una deriva totalitaristica. Sotto un profilo più giuridico, con riferimento all'indubbia influenza che Rousseau ebbe ad esercitare sulla Costituzione francese del 1793 (peraltro, mai entrata concretamente in vigore), si veda Barbera (1989, 543 ss.).

¹⁷ In tale temperie, pare rimettersi con forza in discussione se la rappresentanza politica debba essere vista come situazione (o, forse, più appropriatamente, come potere) o come rapporto laddove, nella prima accezione, non si instaura un vincolo tra elettori ed eletti, cosicché questi ultimi possono operare come meglio credono, residuando al rappresentato soltanto «l'astratta titolarità» del potere. Identificare la rappresentanza come situazione di potere fa sì, che ogni soggetto chiamato ad esercitare una pubblica funzione, possa essere considerato un rappresentante «politico». Sulla rappresentanza politica come «si-

Obiettivo dichiarato nell'ormai tramontato art. 20 del richiamato «Contratto per il governo» era proprio quello di riconoscere il diritto agli elettori di chiedere agli eletti il rendiconto del loro operato¹⁸, con consequenziale responsabilità di questi ultimi nel caso in cui avessero operato diversamente da quanto «pattuito», realizzandosi così una sorta di «rappresentanza psicologica», consistente in una sostanziale consonanza tra *demos* e rappresentanza stessa, atto a risolversi nell'*idem sentire de re pubblica*¹⁹.

Al fine di fornire una qualche legittimazione ai candidati usciti dalle segreterie o dalle «piattaforme» *online*, sempre più frequente è divenuto il ricorso al meccanismo assai controverso della c.d. democrazia della rete o, più diffusamente, delle primarie²⁰: sistema, quest'ultimo, di cui si è anche chiesta l'istituzionalizzazione, in grado di assumere un significato «normativo» se inserita all'interno di una disciplina giuridica dei partiti.

Non pare dubbio che, *rebus sic stantibus*, permanendo le liste bloccate e permanendo, dunque, la scelta operata a monte dalle segreterie politiche o dalle piattaforme *online*, qualora fosse possibile – tramite una (ulteriore) modifica dei regolamenti parlamentari²¹ o agendo direttamente sull'art. 67 Cost. – sostituire *ad nutum* il parlamentare (magari, col primo dei non eletti), si avrebbero delle ricadute anche su altre norme costituzionali con cui la detta norma «fa sistema». Occorre, ad es., verificare se le «liste bloccate» siano compatibili o meno non solo con l'art. 67 Cost. ma, per così dire, «a monte» con l'art. 49 Cost. che è norma indirizzata ai partiti – e, prima ancora ai cittadini – al fine di concorrere con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale e, «a valle», col primo co. dell'art. 68 Cost., in quanto un restringimento dell'operatività dell'insindacabilità del parlamentare si ritiene possa portare ad una lesione del diritto-dovere di rappresentare la Nazione tutta²².

tuazione» o come «rapporto» cfr. NOCILLA, CIAURRO (1987, 547 ss.). Più in generale, non può prescindersi dall'opera di LEIBHOLZ (1966/1989, in partt. 129-142 e 245-275) e di SCHMITT (1984, in part. 318 ss.).

¹⁸ Ciò apparendo in linea con il contenuto dello Statuto del M5S ma meno col contenuto dello Statuto del movimento politico «Lega per Salvini Premier», in part. con quanto previsto all'art. 6.

¹⁹ Per una impostazione di base sul tema, si rinvia a FISICHELLA (1983, 14).

²⁰ Per una introduzione sulle primarie, anche sotto un profilo ricostruttivo dell'Istituto, si vedano CALVANO (2017; 45 ss.); GAMBINO (1995); MARSOCCI (2011); PEDULLÀ (2011, 119 ss.); VALBRUZZI (2006).

²¹ Ulteriore rispetto a quella operata, da ultimo, nel Regolamento Senato nel dicembre 2017 e che ha introdotto, nell'essenza, nuove regole riguardanti la formazione dei gruppi parlamentari, anche se con non fondamentali ricadute sul tema che stiamo trattando. Su detta riforma, cfr. CITRIGNO, MOSCHELLA, (2018, 10) e CONTIERI (2018). Più specificamente sul rapporto tra l'art. 67 Cost. e la disciplina dei gruppi, cfr. RINALDI (2017, 132 ss.).

²² Si sofferma di recente sulla distinzione tra rappresentanza della Nazione e rappresentanza del popolo, DE FIORES (2018, 239 ss.).

La rappresentazione politica in chiave plurale della società, alla ricerca dei più capaci a far politica, spinge il cittadino a riappropriarsi della propria forza contrattuale che ha con il partito²³ (o il movimento) che intende appoggiare, ambendo con le primarie ad imporre al partito il candidato ritenuto migliore²⁴.

2. LIBERO MANDATO, LISTE BLOCCATE E DEMOCRAZIA INTERNA AI PARTITI

É ben noto come il venire in essere dei partiti abbia segnato, gradualmente, la fine della bilateralità del rapporto di rappresentanza tra eletto ed elettore a favore di un rapporto trilaterale fra eletto, elettore e partito politico, affermandosi l'autorevole insegnamento di Kelsen che riteneva il partito politico strumento essenziale per la formazione della volontà pubblica.

Orbene, siffatto rapporto di rispondenza tra eletto ed elettore è tutto sommato piuttosto lineare se considerato all'interno di un collegio uninominale²⁵ o plurinominale con un esiguo numero di seggi, poiché non difficilissima è l'identificazione del rappresentante da parte del rappresentato; ben più difficile (per non dire impossibile, anche a causa del costante rigonfiamento dei collegi circoscrizionali) diventa siffatta identificazione quando si tratta di un rappresentante eletto all'interno di un complesso sistema di collegi plurinominali basato su un sistema proporzionale con liste concorrenti e rappresentanza delle minoranze: in tal caso, gli elettori non avvertono un collegamento diretto con l'eletto bensì, più naturalmente, con i partiti che hanno presentato le liste²⁶.

La vigente legge elettorale n. 165 del 2017, nota come *Rosatellum bis*²⁷, che com'è noto prevede un sistema «misto» dove un terzo circa dei parlamentari è eletto in collegi uninominali e i restanti due terzi con un sistema propor-

²³ Avvertendo sin da adesso che considero il M5S un partito politico a tutti gli effetti e, dunque, non farò in questa sede alcuna distinzione sostanziale tra partito e movimento.

²⁴ Trattasi, in ogni caso, di strumento perfettibile e che, come talora è accaduto, può essere svilito di significato nel caso in cui il candidato vincitore alla fine decida di non candidarsi più o di candidarsi (*rectius*: venire candidato) in altra circoscrizione o Regione.

²⁵ In Italia l'esperienza della formula elettorale a maggioranza semplice all'interno dei collegi uninominali non ha avuto nemmeno il tempo di radicarsi, vista la brevità della sua adozione: dalle leggi nn. 276 e 277 del 1993 alla legge n. 270 del 2005. Complice della brevità di vita del sistema maggioritario, la configurazione (e mentalità) dei nostri partiti ancora legati alla proporzionale in uso per oltre quarant'anni, partendo dall'avvento della nostra Costituzione.

²⁶ Non si è lontani dal vero quando si sostiene che il collegio elettorale uninominale ha favorito il legame tra eletto ed elettore, un po' come verificatosi costantemente in Gran Bretagna, almeno, fino al 2015, dove la competizione era essenzialmente limitata al classico bipartitismo tra conservatori e laburisti.

²⁷ Che, com'è noto, ha sostituito l'*Italicum* alla Camera e il c.d. *Consultellum* al Senato.

zionale di lista, vede i collegi plurinominali formati dall'accorpamento di più collegi uninominali e con le liste bloccate, con i candidati già preventivamente «prescelti» dalle burocrazie partitiche²⁸.

L'irrigidimento della disciplina di partito sembra svuotare di significato il divieto di mandato imperativo²⁹, portando a quella che è stata definita la «banalizzazione» dell'art. 67 Cost.³⁰. Le elezioni non vengono più avvertite come scelta degli individui più meritevoli e capaci bensì, nell'ambito della scelta di partito, come adesione fedele e indiscutibile al programma politico. Va da sé che se il rappresentante lo si vuole vincolato agli «ordini di scuderia», significa che questi non è libero di prendere le decisioni che vuole e, dunque, significa accettare l'idea dell'irresponsabilità politica dell'eletto verso il partito e, per riflesso, verso gli elettori. Eletti, peraltro, che a causa sia del loro ingente numero, sia del loro mancato radicamento col territorio – trovandosi spesso inseriti in liste che si trovano a migliaia di chilometri dal loro luogo di residenza – non sono nemmeno conosciuti dagli elettori³¹. In una tale prospettiva, il partito torna ad essere al centro del rapporto elettori/eletti, da ciò asserendosi la recessività dell'eletto rispetto al partito.

Nell'attesa di una (improbabile) riforma del sistema elettorale che elimini radicalmente le liste bloccate – non giunta finora a buon fine, in virtù di quanto stabilito sia dalla L. n. 52 del 2015 (c.d. «*Italicum*», che ha mantenuto i capilista bloccati³²), sia, a più riprese, dalla Consulta con la sent. n. 1 del 2014³³ e con la n. 35 del 2017 dove la Corte ha assunto un atteggiamento molto deciso sul piano processuale mentre sul piano sostanziale si è mostrata

²⁸ Eccezione fatta per il diritto di voto degli italiani residenti all'estero, in virtù di quanto dispone l'art. 11 della L. n. 459 del 2001 (e relativo regolamento di attuazione, D. P. R. n. 104/2003): «Ciascun elettore può esprimere due voti di preferenza nelle ripartizioni alle quali sono assegnate due o più deputati o senatori e un voto di preferenza nelle altre».

²⁹ In senso conforme si veda MERLINI (2009, in part. 86 ss.).

³⁰ La definizione è di LANCHESTER (2006, 186).

³¹ Per non parlare del c.d. «paracadute» assicurato dalle burocrazie partitiche ai propri esponenti più forti, candidati in collegi circoscrizionali ritenuti maggiormente sicuri.

³² Sul tema dei capilista bloccati ma, in realtà, più in generale sul tema delle riforme costituzionali si veda l'opera di DOGLIANI (2016).

³³ Dove la Corte aveva ritenuto che le liste bloccate (o rigide) previste già dalla L. 270 del 2005 non fossero incostituzionali in sé e per sé, ma diventassero manifestamente irragionevoli se connotate da due elementi, per così dire, quantitativi, ossia l'elevata percentuale di seggi assegnati attraverso di esse e la notevole lunghezza delle stesse, essendo ammissibili solo quelle recanti un numero di candidati talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto. In altre parole, la Corte costituzionale non ha definito il voto di preferenza come scelta costituzionalmente obbligata qualora si preveda il voto di lista, ma ha ritenuto irragionevoli le liste bloccate se composte da un numero ingente di candidati, poiché ciò impedisce agli elettori di conoscerli e valutarli e, quindi, sceglierli in modo realmente consapevole. Su siffatta sentenza, si vedano, almeno: MORRONE (2014); SCACCIA (2015, 21 ss.); SERGES (2014); STAIANO (2014); TRUCCO (2014).

piuttosto rispettosa delle scelte legislative³⁴ – si è fatto maggiormente ricorso, «a monte», all'utilizzo dello strumento delle primarie quale intervento diretto del popolo (*rectius*: delle persone interessate) nella scelta dei soggetti che il partito potrà poi candidare alle elezioni all'interno della propria lista. Ciò induce a ripensare al contesto costituzionale e istituzionale dei partiti, divenuti talora inadeguati rispetto alla nuova fase di transizione che il Paese conosce e che richiede (anche) nei confronti di questi ultimi l'imposizione di regole volte a riequilibrare un rapporto che viene avvertito dai più come assolutamente squilibrato.

Ciò che nella vulgata comune si contesta è la presunzione di democraticità dei partiti, non comprovata dalla prassi e messa a dura prova dall'introduzione delle liste bloccate. L'art. 49 Cost., d'altronde e com'è noto, fa riferimento al concetto di democrazia «esterna» che i partiti devono osservare – nella competizione del gioco elettorale, nel rispetto dell'uguaglianza delle opportunità e dei fini perseguiti – senza riferimento alcuno alle forme democratiche di vita interna degli stessi, ciò generando la domanda se sia mai possibile avere una democrazia dei partiti qualora non vi sia democrazia nei partiti³⁵. Interpretazione, tanto estrema quanto singolare, del metodo democratico che ha portato al paradosso di emarginare i cittadini dal concorrere a determinare la politica nazionale, dimenticandosi che il soggetto della proposizione dell'art. 49 era proprio: «Tutti i cittadini».

La *scelta tragica* che si pone è o intervenire con legge per rimediare all'avvertita carenza di democrazia interna ai partiti oppure attendere che i partiti decidano di auto-riformarsi, introducendo delle modifiche «democratiche» nei loro Statuti: scelta certo di non poco momento, soprattutto sotto il profilo degli effetti che ne conseguirebbero, posto che solo le regole giuridiche potrebbero essere giustiziabili³⁶.

³⁴ Su di essa si vedano, almeno: MORRONE (2017, 4), che tra le rilevanti annotazioni osserva come, *in casu*, la Corte abbia adottato un «rigoroso *self restraint*» con riferimento «alle previsioni circa i candidati capolista bloccati e il diritto di opzione in caso di plurielezione»; RUGGERI (2017); TROILO (2017); TRUCCO (2017).

³⁵ Interessante, anche sotto siffatto profilo, sono i lavori di Azzariti (2009, 1788 ss.); Barbera (2008), in particolare laddove sostiene che «una corretta vita interna dei partiti non la richiedono solo il diritto costituzionale e quello parlamentare, ma anche lo stesso diritto privato: non riguarda solo il buon funzionamento dei circuiti della democrazia ma anche i diritti degli iscritti»; Lanchester (2005, 481 ss.); Moschella (1995, 30 ss.); Pinelli (1984); Ruggeri (2010); Valbruzzi (2006, 173 ss.). Più di recente, e più in generale, si vedano i saggi di De Fiores, C. (2018, 239 ss.) e Bonfiglio (2019).

³⁶ Come osservato dalla dottrina più sensibile, siffatte soluzioni presentano «un comune, non rimosso vizio di origine, dal momento che, essendo la legge un atto politico, anzi la fonte politica per antonomasia, non può che venire alla luce col consenso e il decisivo apporto degli stessi partiti, espresso attraverso i loro «rappresentanti» in seno all'istituzione parlamentare. A conti fatti, la riforma è, dunque, pur sempre, da un certo punto di vista una...autoriforma», Ruggeri, A. (2010). Invero, com'è noto, non man-

Al fondo, resta il (non ingiustificato e diffuso) convincimento che una riforma del sistema elettorale che elimini le tanto vituperate liste bloccate nessuno la voglia; né intervenire continuamente sui sistemi elettorali pare rappresentare la panacea di tutti i mali³⁷. Occorre, piuttosto, prendere atto che, forse, il male maggiore risiede nel progressivo declino del rispetto democratico delle regole, come dimostrato ancor di recente in occasione dell'iter di approvazione del Disegno di legge di bilancio per il 2019, la cui procedura parlamentare a seguito del maxi emendamento governativo ha subito una forte contrazione, costringendo i parlamentari a votare «inconsapevolmente» un testo che era nella sostanza sconosciuto ai medesimi, poiché modificato fino a poche ore

carono già in sede di Assemblea Costituente le proposte di riferimento ad una democratica vita interna dei partiti. Ritengo non superfluo ricordare come Mortati nella seduta del 22.5.1947, unitamente all'On. Ruggiero, propose un emendamento all'art. 49 Cost., poi respinto, che prevedeva: «Tutti i cittadini hanno diritto di riunirsi liberamente in partiti che si uniformino al metodo democratico nell'organizzazione interna e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale». E nella stessa seduta l'On. Moro sostenne la proposta di costituzionalizzare il vincolo democratico interno, teorizzando che «se non vi è una base di democrazia interna, i partiti non potrebbero trasfondere l'indirizzo democratico nell'ambito della vita politica del Paese». Alla fine, i Padri costituenti furono d'accordo nel riconoscere l'importanza del ruolo dei partiti ma non sul fatto di sottoporli a vincoli e verifiche in ordine alla loro vita interna. Su quest'ultimo punto, appare esemplare la posizione dell'On. Merlin: «Per la prima volta in una carta statutaria entrano i partiti con una propria fisionomia, e quindi con la possibilità domani che a questi partiti si affidino dei compiti costituzionali... la Commissione, di fronte alla realtà dei partiti ha creduto che convenga riconoscerla, possibilmente disciplinarla e domani anche fissare i compiti costituzionali che a questi partiti saranno concessi. Però la Commissione non ha voluto eccedere in questo suo riconoscimento, non ha voluto andare al di là di quelle che possono essere per il momento le concessioni da fare, non ha voluto cioè entrare a controllare la vita interna dei partiti... Bisognerebbe chiederne gli statuti, conoscere l'organizzazione, chiedere anche i bilanci dei partiti e conoscere i mezzi finanziari di cui essi dispongono. Ora, è possibile tutto questo? Quale pericolo presentano tali possibilità, e poi chi eserciterebbe questo controllo? La questione è molto delicata, io esorto l'Assemblea, per il desiderio del meglio, a non provocare il peggio, sollevando ostilità che indubbiamente una proposta di questo genere susciterebbe». Complice di ciò l'eco antidemocratico del Partito Nazionale Fascista che suggerì di evitare una possibile ingerenza sulle scelte compiute dai partiti. Segnatamente, la sinistra (PCI e PSI) che, com'è noto, era rimasta esclusa dal CLN, si trovava in una situazione di oggettiva debolezza ed esposta a «pericoli» antidemocratici, e temeva l'uso che avrebbe potuto fare la maggioranza dei partiti riuniti all'interno del CLN, di norme che consentissero un controllo politico sulla loro vita interna. Fu così che, definitiva, si ritenne che la lacuna legis avrebbe tutelato meglio di ogni norma giuridica la democraticità del sistema, privilegiandosi una visione privatistica del partito politico. Fatto salvo il Progetto di legge (invero, mai discusso) del 1958 di don Luigi Sturzo sul riconoscimento della personalità giuridica dei partiti e pochi altri Progetti avanzati prevalentemente dalle forze repubblicane, si sono dovuti attendere negli anni ottanta i lavori della Commissione Bozzi. Essa, com'è noto, propose una modifica sostanziale dell'art. 49 Cost., tramite l'introduzione di norme dirette a garantire la partecipazione degli iscritti a tutte le fasi di formazione della volontà politica dei partiti, compresa la designazione dei candidati alle elezioni, il rispetto delle norme statutarie, la tutela delle minoranze. Anche siffatte norme, però, non si tradussero mai in concreti interventi legislativi, finendo su un binario morto.

³⁷ In tal senso Ferrara (2000, 36) già diverso tempo addietro osservava: «La verità è che sui sistemi elettorali si scarica da tempo la crisi della rappresentanza, quella dei partiti e delle stesse soggettività collettive. Si scaricano sui sistemi elettorali anche questioni più di fondo, quelle che attengono alla tensione tra domande della democrazia e vincoli che derivano alla sua espansione dai rapporti economico-sociali derivanti dal modo di produzione».

prima del voto finale, senza possibilità alcuna di esame e di discussione, né in Commissione Bilancio del Senato, né in Aula. Fatto apparso talmente grave da portare 37 senatori del PD a sollevare dinanzi alla Corte costituzionale conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato per violazione dell'art. 72 Cost. sulla formazione delle leggi, dichiarato poi (sbrigativamente?) inammissibile dalla stessa Consulta con l'ordinanza n. 17 del 2019 dove non è mancato un monitorio *obiter dictum*: «Nondimeno, in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti»³⁸, paradossalmente avendo perso la stessa Corte una occasione – adottando una pronuncia di inammissibilità – per rafforzare quelle garanzie costituzionali che sotto forma di *obiter dictum* riteneva fragili.

3. L'ISTITUZIONALIZZAZIONE DELLE PRIMARIE «PUBBLICHE, APERTE E VINCOLANTI, MA NON OBBLIGATORIE» QUALE POSSIBILE RIMEDIO ALLA RIGIDITÀ DEL SISTEMA ELETTORALE E (POSSIBILE) REGOLA DI DEMOCRAZIA INTERNA AI PARTITI

Nel presente lavoro riprendo una vecchia suggestione³⁹ che si origina sull'asserto che lo Stato non può disinteressarsi delle modalità con cui viene esercitato il potere di selezione delle candidature⁴⁰, atteso che tale esercizio può limitare il diritto degli elettori nella scelta dei propri rappresentanti come nel caso delle liste bloccate. Né si possono confinare (o, peggio ancora, banalizzare) i diritti degli iscritti al partito – che investono tutta una serie di fondamentali garanzie interne che se messe in discussione ne minano la stessa democratica esistenza, come il diritto al dissenso, alla partecipazione delle minoranze agli organi deliberativi, alla disponibilità delle strutture, dei mezzi e degli organi di informazione ufficiali del partito, etc. – a mera questione di diritto privato⁴¹.

³⁸ Esprimendosi la stessa Corte in termini, mi pare, ancor più rigidi nel precedente Comunicato del 10 gennaio 2019: «Resta fermo che per le leggi future simili modalità decisionali dovranno essere abbandonate altrimenti potranno non superare il vaglio di costituzionalità». E ancor prima del detto Comunicato, in occasione del consueto messaggio di fine anno (2018), il Capo dello Stato aveva negativamente evidenziato la compiuta «compressione dell'esame parlamentare». Sulla citata ordinanza n. 17/2019 si vedano, almeno, Bonfiglio (2019); Curreri (2019); Dickmann (2019); Lupo (2019); Morrone, (2019); Onida (2019).

³⁹ Espressa nel mio lavoro monografico, Pedullà (2011).

⁴⁰ In tal senso, assai significativo resta l'insegnamento formulato da Mortati (1991 443 ss.).

⁴¹ Sul punto, cfr. Barbera (2006, 326 ss).

In un tale contesto, si avverte l'esigenza di istituzionalizzare le primarie, come avvenuto tempo addietro con un progetto-pilota, ossia con la L. n. 70 del dicembre 2004 della Regione Toscana, poi modificata dalla L. R. n. 1634/2005⁴². Legge che non pretendeva certo di ridefinire lo *status* giuridico dei partiti ma di andare a incidere sulle regole di partecipazione democratica dei cittadini, facendo sì che questi ultimi potessero partecipare alla formazione della graduatoria dei candidati all'interno delle liste, posto il vantaggio che i candidati collocati nelle prime posizioni hanno rispetto a quelli che seguono. Fu grazie a siffatta legge che si inaugurarono le cc. dd. primarie pubbliche, regolamentate direttamente dall'Amministrazione regionale, utilizzando le strutture e gli strumenti pubblici.

Progetto-pilota che ebbe un largo seguito nell'opinione pubblica, tanto da iniziarsi a ragionare sull'introduzione di primarie pubbliche vincolanti. Ragionamento, invero, abortito quasi sul nascere, ossia nell'ottobre 2005, in occasione della candidatura per il centrosinistra alla Presidenza del Consiglio dell'On. Romano Prodi che riuscì a mobilitare milioni di persone in tutta Italia. Risultato di quelle primarie giuridicamente non vincolante né per il partito né, *a fortiori*, per il Capo dello Stato. Anzi, in ossequio all'art. 92, co. 2, Cost., si osservò come la carica di Presidente del Consiglio non fosse elettiva – essendone rimessa la scelta all'autonomia del Presidente della Repubblica – sembrando, dunque, ardito ragionare su delle primarie pubbliche vincolanti per le cariche non elettive, ferme restando le primarie «private», interne, sempre e comunque esperibili da parte dei partiti o delle coalizioni⁴³.

Solo dopo alcuni anni, riemerse la volontà di istituzionalizzare le primarie mediante la L. n. 25 del 2009 della Regione Calabria⁴⁴ che tentò di rendere le primarie non solo *vincolanti* – per il partito che sarebbe stato tenuto a candidare nelle successive elezioni il vincitore della competizione, pena la comminazione di una sanzione – ma anche *obbligatorie* per tutte le forze politiche, alle quali cioè non sarebbe stata data la facoltà di sottrarsi alle stesse nella selezione delle candidature⁴⁵. Previsione, quest'ultima, parimenti fallita in quanto ritenuta lesiva dell'art. 49 Cost. sull'autonomia organizzativa interna dei partiti politici⁴⁶. Detta legge, com'è noto, fu impugnata dal Presidente del

⁴² Su siffatta legge regionale, tra gli altri, si vedano: Florida (2006, 90 ss.); Fusaro (2005, 441 ss.); Gori (2018; Rubechi (2005); Tarli Barbieri (2005, 193 ss.).

⁴³ In senso conforme, si vedano DE MARTINO (2013, 3); FUSARO (2006, 55 ss.) e ROSSI, GORI (2009, 631).

⁴⁴ Su di essa, cfr. GORI (2009).

⁴⁵ Ipotesi che, a ben vedere, pare riprendere quanto emerso dalla Commissione Bozzi.

⁴⁶ Assai critico, giustamente, in merito alla «oscura» contraddittorietà dell'obbligatorietà delle primarie prevista da siffatta legge regionale fu SPADARO (2009). In senso adesivo a quest'ultimo Autore, cfr. DE MARTINO (2013, 13); in senso contrario, si veda DE LISO (2009).

Consiglio dinanzi alla Corte costituzionale, nell'ottobre 2009, e decisa da quest'ultima il 14 aprile 2010; nelle more, però, la Regione Calabria provvede a modificare le disposizioni impugnate e, pertanto – stante la rinuncia al ricorso da parte dell'attore e la mancata costituzione in giudizio della parte convenuta – la Consulta emise ordinanza di estinzione del processo.

Molte le iniziative poi non andate in porto sull'istituzionalizzazione delle primarie – come avvenuto nel 2007 per la Regione Sardegna – con una decina di proposte di legge che nel 2016 giacevano nelle Aule parlamentari e l'ex Premier Matteo Renzi intenzionato a istituire un fondo pubblico *ad hoc* di 15 milioni l'anno, prevedendo delle sanzioni di carattere economico (perdita della possibilità di accedere ai contributi del 2 x 1000) per chi si fosse sottratto alle dette primarie. Poi l'oblio.

Al fondo permane la domanda se le primarie possano considerarsi o meno quale regola di democrazia interna ai partiti e se a causa della crisi della forma-partito e della vigenza delle liste bloccate abbiano oggi assunto una funzione di rappresentanza della volontà popolare. Di certo le primarie hanno giovato ai partiti stessi, posto che i candidati risultati vittoriosi non solo hanno rafforzato la propria legittimazione all'interno del partito (e per il partito) ma hanno, soprattutto, contribuito a rendere evidente (anche se non sempre) il soggetto più forte da poter candidare così da evitare al partito un risultato elettorale presumibilmente più «povero».

Nella caotica mobilità degli scenari politici recenti sembra tramontare l'idea di istituzionalizzare le primarie. Con l'avvento dell'attuale governo M5S-PD sembra essere stata messa da canto siffatta volontà in quanto non pare esserci intesa se le si vogliano legislativamente «aperte» a tutti i cittadini elettori o «chiuse», ossia, sotto il profilo dell'elettorato attivo, confinate all'interno degli iscritti al partito. In altre parole, pare non esserci intesa sul valore ed il senso dell'art. 49 Cost. Infatti, se si valorizza l'autonomia e la libertà del partito, quale associazione privata rispetto alla funzione pubblica che essa svolge – come sembra avere fatto in tempi non lontani la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sent. n. 10094 del 2015 – potrebbe sostenersi l'impossibilità di legittimamente vietare ai partiti di indire delle selezioni «chiuse», limitate al *parterre* dei propri consociati, escludendo qualsiasi altro soggetto ritenuto estraneo. Né si potrebbe, conseguentemente, imporre di candidare il vincitore della selezione, posto che la libertà del partito potrebbe spingersi a mutare idea in qualunque momento, finanche a rinunciare alla competizione elettorale. Né, ancora, si potrebbe modificare l'inteso senso dell'art. 49 Cost. quale garanzia di libertà dei partiti dal non subire ingerenze circa le proprie scelte associative (come, ad es., fare o non fare le primarie; candidare questo o

quel soggetto; esprimere il voto di preferenza scegliendo l'ordine di presentazione dei candidati, così da poter decidere la candidatura da «blindare», etc...). Utilizzo delle primarie «chiuse» che troverebbe una sua (invero, non invincibile) giustificazione pratica nell'evitare azioni di sabotaggio da parte di soggetti estranei al gruppo che potrebbero avere interesse a far vincere un candidato oggettivamente meno forte di un altro, a scapito del successo del partito nella futura competizione elettorale.

Qualora, invece, si intendesse privilegiare la funzione pubblica dei partiti, le primarie dovrebbero intendersi in senso «aperto», ossia accessibili alla partecipazione di tutti i cittadini, con la conseguenza doverosa della vincolatività del risultato da parte del partito, pena la propria esclusione dalla competizione elettorale. Copertura costituzionale a favore delle primarie vincolanti che potrebbe nei suoi fondamenti individuarsi nelle motivazioni di fondo portate dalla sent. n. 83 del 1992, laddove la Consulta ha trovato modo di stabilire come nel nostro ordinamento sia ormai un principio generalizzato che le elezioni «debbono essere munite di una sorta di dimostrazione di seria consistenza e di un minimo di consenso attestata dalla sottoscrizione di un determinato numero di elettori»⁴⁷. Da ciò ulteriormente discendendo come in ossequio al criterio di ragionevolezza, al legislatore non possa essere aprioristicamente vietato di imporre dei vincoli alla libertà di organizzazione del partito.

Impostazione piuttosto rigorosa che necessita di alcune specificazioni. Com'è noto, la competizione tra candidati, non poche volte, si presenta agli occhi dei votanti come «pre-confezionata» nella scelta degli sfidanti. Le primarie aperte e istituzionalizzate potrebbero, invece, prevedere dei meccanismi che permettano la possibilità a tutti di potersi candidare e, dunque, ai votanti di scegliere su un paniere aperto, non preconfezionato. Il possibile rischio che una tale scelta comporta – l'intuibile aumento della complessità del meccanismo e la presentazione di nominativi potenzialmente senza un vero seguito elettorale – verrebbe comunque superato dalla partecipazione concreta data a tutti i cittadini, anche non iscritti ad alcun partito, di intervenire nella competizione elettorale e far sentire la propria voce, non solo proponendo fattivamente il nominativo di candidati ma anche scegliendo l'ordine di questi ultimi all'interno della lista da approntare. Diversamente opinando, potremmo assistere al paradosso che vuole i segretari di partito legittimati dalle primarie e i «semplici» candidati succubi delle scelte non partecipate provenienti dalle dette segreterie di partito, ciò non contribuendo né alla stabilità delle coalizioni (e all'efficacia del governo) né alla stabilità delle segreterie medesime.

⁴⁷ Su siffatto aspetto, ma più in generale, cfr. STRADELLA (2007).

Seguendo tale strada, e se il contributo democratico dato dai cittadini deve essere realmente aperto e fattivo, si dovrebbe permettere al votante di esprimere il proprio voto non soltanto sul candidato di riferimento della coalizione politica in cui si identifica ma su tutti i candidati presentatisi. Infatti, se il «proprio» partito dovesse candidare soggetti sconosciuti o moralmente compromessi dinanzi l'opinione pubblica, si darebbe in tal modo la possibilità ai votanti di optare per un partito che ha scelto bene i propri candidati, fungendo siffatta scelta anche da sanzione per i partiti meno accorti. Ciò non mi sembra inverosimile se sol si guarda, con riferimento alle elezioni regionali, al c.d. *voto disgiunto*, dove il cittadino può allo stesso tempo votare un candidato alla presidenza della Regione di un preciso schieramento politico e un consigliere regionale di opposto schieramento.

Quanto detto permetterebbe, anche sotto un profilo di *etica politica*, ai partiti di trarne giovamento a motivo dell'assunzione diretta di responsabilità da parte degli elettori in merito alla scelta compiuta: infatti, se l'elettorato di un partito decidesse di candidare (prima) e votare (dopo) soggetti censurabili sotto il profilo morale, la responsabilità di siffatta scelta ricadrebbe direttamente su di loro e non più sulle burocrazie partitiche.

E mi pare ci sia un altro profilo, più squisitamente costituzionalistico, che va considerato poiché coinvolge il rispetto della *segretezza e della libertà di voto* sancito dall'art. 48 Cost. Chi partecipa alle primarie indette da un partito è, per lo più, schierato politicamente in quanto trattasi di un militante o, comunque, di un «simpatizzante». Ciò mette in crisi la segretezza del voto che non pare essere soddisfatta in concreto, *sic et simpliciter*, con il mero riserbo del nominativo espresso, depositato all'interno dell'urna dal votante. La segretezza del voto passa (anche) dalla dovuta «riservatezza» del colore politico di appartenenza del votante, nel senso che va pienamente tutelato anche l'atto civico di chi decide di partecipare al voto delle primarie, senza dover essere per questo etichettato politicamente.

Segretezza e veridicità del risultato elettorale sono legate a filo doppio, essendo la prima strumentale e necessaria per il raggiungimento della seconda, posto che solo la garanzia della segretezza permette ai votanti di esprimersi liberamente, fuori da schemi precostituiti e dalle pressioni dei candidati. Finora, la non tutela avutasi sotto tale profilo è stata tollerata in virtù del confinamento delle primarie a mero fatto politico-privatistico che non coinvolge le istituzioni in alcun modo, risolvendosi il tutto in una sorta di atto meramente interno al partito. Ma se si pensa alle primarie come ad una figura di diritto pubblico allora la tutela alla segretezza che si esige in sede elettorale dovrà essere estesa a quella (preliminare) delle primarie.

L'ipotesi che prospettavo poc'anzi di permettere a tutti i cittadini non solo di esprimere il proprio consenso per una determinata compagine politica ma anche di votare per un esponente di qualsiasi altra coalizione politica, permetterebbe la non identificazione del votante. Sul punto, la modalità da seguire potrebbe essere quella di prevedere la consegna di una scheda unica, comprensiva di tutte le indicazioni di coalizioni e partiti, assumendo così le forme, vere e proprie, del procedimento elettorale⁴⁸. Sembrerebbe più corretto, allora, sostituire il termine «primarie» con quello di *votazioni primarie* che precederebbero quelle elettorali vere e proprie.

In definitiva, lasciare le primarie alla libera scelta e attuazione da parte dei privati-partiti, o movimenti che dir si voglia, significa, da un lato, che le norme da seguire nello svolgimento di esse vadano limitate a quelle poche previste dal codice civile e, dall'altro lato, che esse vadano considerate per quello che sono, ossia una mera riflessione a voce alta delle potenzialità espressive di quel partito o di quel movimento. Ossia, una sorta di forza suggestiva che il partito adopera verso il proprio elettorato e che, però, al contempo impedisce l'instaurarsi di una vera dialettica tra le varie forze politiche, col rischio di una deriva populistica⁴⁹.

L'istituzionalizzazione delle primarie può, insomma, divenire occasione per procedere ad una salutare «ristrutturazione» dei partiti superando ciò in cui oggi si risolvono, ossia in mere ratifiche degli accordi raggiunti dalla segreteria politica (primarie di partito) o dalle segreterie partitiche di una eterogenea area politica (primarie di coalizione). Oppure, come proposto, si legiferi su di esse, facendole divenire applicabili a tutte le candidature, rendendole aperte a tutti, obbligando i partiti che vi hanno partecipato a rispettare i risultati conseguiti, dovendosi parlare così di primarie con fini vincolanti. Vero è che i partiti potrebbero avvalersi della libertà «autonomistica» di non effettuare le dette primarie (al fine di evitare di dover subire la scelta di *leader* scomodi), ma ciò comporterebbe la riprovazione del proprio elettorato (che non è poca cosa), con la conseguenziale probabile perdita in termine di voti. Infatti, le primarie «autentiche» – che coinvolgono nelle decisioni la base dei partiti, senza chiedere a quest'ultima delle mere ratifiche di decisioni già prese – possono costituire un valido antidoto all'astensionismo, al disinteressamento e alla sfiducia dell'elettorato, rappresentando oggi la riaffermazione della volontà di parteci-

⁴⁸ In tal senso cfr. SPADARO (2009, 7). Per quanto concerne le modalità delle primarie, e precisamente le possibili formule elettorali esperibili (come ad es., se sia più funzionale il doppio turno o il turno unico), si rinvia a GRATTEI (2006, 252 ss.); MARRA, (1995, 80 ss.); MONDINI (2000).

⁴⁹ Sul concetto di deriva populistica si rimanda a ZAKARIA (2003, 237).

pazione alla vita politica dei cittadini, al di là del momento elettorale vero e proprio⁵⁰.

Al fine di incentivare i partiti a svolgere le primarie, si potrebbe prevedere normativamente di negare loro (o ridurre drasticamente) l'accesso a ciò che resta dei finanziamenti pubblici⁵¹ nel caso in cui decidano, appunto, di non farle. Mi riferisco, segnatamente, al 2x1000 e agli incentivi fiscali sulle (sempre più esigue) donazioni dei privati ai partiti⁵² che non mi pare possano considerarsi dei diritti da riconoscere costituzionalmente, dovendosi piuttosto osservare come la distribuzione di denaro pubblico debba comportare il rispetto di chi ne beneficia a precise ed ineludibili regole⁵³, non diversamente da quanto avviene per gli enti amministrativi, tenuti a sottostare al principio della evidenza pubblica.

Si dona così a siffatto modo di intendere le primarie la funzione pubblica di cerniera tra il partito stesso, i candidati e i cittadini, restituendo alla componente rappresentativa la posizione essenziale che le appartiene in uno stato democratico e fungendo da contraltare – sia sotto il profilo della rappresentanza, sia sotto quello di valorizzazione della democraticità interna ai partiti⁵⁴ – alla disciplina delle liste bloccate. All'irrigidimento della democraticità del sistema elettorale non può che seguire un irrigidimento del senso delle norme costituzionali: come a voler dire che «la malizia del potere si combatte con la malizia della Costituzione»⁵⁵. Diversamente opinando, l'elettore passerebbe dal «pre-confezionamento» della lista elettorale al «preconfezionamento», anche, delle primarie.

Mettere mano continuamente alla legge elettorale con la speranza di ricavarne qualche «particolare» vantaggio è un errore, tanto nel breve quanto nel lungo periodo⁵⁶, essendo noto come i sistemi elettorali non siano, mai, né di

⁵⁰ Ancora oggi, per molti aspetti, di grande attualità resta l'insegnamento di ELIA (2009, 120 ss.).

⁵¹ Specificamente su siffatto tema si veda BIONDI, TARLI BARBIERI (2016).

⁵² Cosa diversa sarebbe discutere dei (cospicui) contributi che vengono versati, per così dire «a valle», ai gruppi parlamentari di Camera e Senato.

⁵³ Sul punto, cfr. BRUNELLI (2006, 107 ss.) Si veda anche l'interessante saggio di FROSINI, T. E. (2000).

⁵⁴ In tal senso, PASQUINO, G. (1992, 17 s.).

⁵⁵ L'espressione, com'è noto, è di RUGGERI (2010, 19 ss., in part. 28).

⁵⁶ Lo sa bene il centrodestra che, ad es., nel 2006 perse le elezioni (anche) per aver forzato la mano volendo a tutti i costi l'introduzione del premio di maggioranza e, (soprattutto?), per aver difeso strenuamente la legge n. 459 del 2001, riguardante l'attuazione del voto degli italiani all'estero, che ha costituito nel nostro sistema l'introduzione di un modo di rappresentanza autonomo rispetto a quello nazionale. Assai critici su siffatta «attuazione» sono LIPPOLIS, PITRUZZELLA (2007, 85 ss.), i quali osservano come il risultato della prima applicazione del voto degli italiani all'estero sia stato «devastante per il nostro sistema rappresentativo... Far partecipare questi soggetti alle elezioni politiche nazionali rompe il legame tra gli organi della rappresentanza e il loro naturale sostrato sociale. Gli italiani all'estero di cui abbiamo detto hanno inevitabilmente interessi diversi dai cittadini che in Italia vivono, lavorano, pagano le tasse...

destra, né di sinistra⁵⁷. Anche considerando le strutture dei partiti più «leggere» rispetto a un tempo, ciò non può implicare certo un indebolimento dei meccanismi di selezione dei candidati che devono restare aperti e democratici, pena il passaggio dalla partitocrazia all'autocrazia della burocrazia dei vertici di partito. In un tale contesto le *primarie pubbliche, aperte e vincolanti, ma non obbligatorie* potrebbero (ri)avvicinare i cittadini ai partiti e questi ultimi, a loro volta, alla società⁵⁸, anche se esse non sono applicabili indiscriminatamente a tutti i livelli dimensionali di votazioni.

Con più insistenza rispetto a un tempo, ci si chiede oggi se le attuali forze governative arriveranno, davvero, a introdurre in Italia il mandato imperativo. Azzardo la risposta negativa, non solo e non tanto perché ritengo che l'attuale compagine governativa non abbia i voti necessari e una coesione tale per realizzare siffatta riforma, ma soprattutto in virtù di quanto l'art. 3 dello Statuto dei deputati del Parlamento europeo dispone: «I deputati non possono essere vincolati da istruzioni né ricevere mandato imperativo... Qualsiasi accordo sulle modalità di esercizio del mandato è nullo».

Come conciliare, allora, le istanze volte ad introdurre il mandato imperativo con lo sbarramento posto a livello sovranazionale? E, a monte, il meccanismo decisionale «tradotto» dalle piattaforme *online* si palesa come davvero trasparente e democratico e, dunque, idoneo a realizzare il fine che si propone? L'avvertito pericolo evidenziato con riferimento ai meccanismi di espressione del voto scaturenti da siffatte piattaforme⁵⁹, soprattutto nel momento in cui la deliberazione è in grado di mettere in crisi la governabilità del Paese, pare minare alla radice la possibilità di staccare un «assegno in bianco» a favore di un tale *modus operandi*.

Si avverte, all'orizzonte, il rischio di una torsione populista, intesa quale modalità di serio indebolimento interno del sistema democratico, teso a spacciare per interessi generali quelli che, nella realtà, sono particolari⁶⁰.

Che senso ha far dipendere le sorti di un paese da persone che in esso non sono nate, non vivono e nel quale non hanno interessi diretti? Qual è la logica di un circuito rappresentativo di questo genere?». Per una lettura «complessa» del tema, si veda il pregevole lavoro monografico di LANCHESTER (2006, in part. 160 ss.). E sempre sul medesimo argomento, si vedano i saggi di CHIARA (2004, in part. 145); GROSSO (2002, 350); RUBECHI (2008, 366) E SICA (2008, 703 ss.).

⁵⁷ Lo ricorda bene, di recente, CALVANO (2017, 50). Con sfaccettature diverse, ma comunque connesse col tema che stiamo trattando, cfr. OLIVITO (2015, 39 ss.).

⁵⁸ Sul punto, e in senso mi pare sostanzialmente adesivo, si vedano GORLANI (2016, 1 ss.); MASSARI (2006, 121 ss.); MOSCHELLA (1999, 165 ss.); PASQUINO, G. (2006, 55).

⁵⁹ Sul punto, per lo più in chiave critica, cfr. CALVANO (2017, 55); DE MARTINO, (2013); MANZELLA (2017); VOLPI (2017).

⁶⁰ Sul rapporto tra Costituzione, democrazia e deriva populistica, si veda PINELLI (2010, 35 ss.); SPADARO (2009).

4. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMBROSINI, G. (1922), *La trasformazione del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, I, 187 ss.
- AVRIL, P. (1986, trad. it. 1990), *Saggio sui partiti*, Torino: Giappichelli.
- AZZARITI, G. (2018), «Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?», in *Costituzionalismo.it*, n. 3.
- (2009), «La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa», in AA. VV. *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, sez. I. *Della democrazia e delle sue dinamiche*, Napoli: Jovene.
- BARBERA, A. (2008), «La democrazia «dei» e «nei» partiti, tra rappresentanza e governabilità», in *www.forumcostituzionale.it*.
- (2006), «La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere», in *Quaderni costituzionali*, n. 2.
- (1989), «Rappresentanza e istituti di democrazia diretta nell'eredità della Rivoluzione francese», in *Politica del diritto*, n. 4.
- BIONDI, F.; TARLI BARBIERI, G. (2016), *Il finanziamento della politica*, Napoli: Editore scientifico.
- BONFIGLIO, S. (2019), «L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: «rilettura» o «incompiuta» costituzionale?», in <http://www.astrid-online.it/>.
- BRUNELLI, G. (2006), *Donne politica*, Bologna: Il Mulino.
- CALVANO, R. (2017), «Le Primarie e altri falsi antidoti alla crisi dei partiti in Italia», in *Costituzionalismo.it*, n. 2.
- CAPOGRASSI, G. (1945/1959), *Disciplina di partito*, En *Opere*, VI, Milano, Giuffrè, 83 ss.
- CARISTO, F.; OLIVERIO, N. (2017), *Rappresentanza politica e divieto di mandato imperativo: ieri, oggi e domani*, Catanzaro: Il Pensiero Edizioni.
- CARLASSARE, L. (2001), «*Democrazia, rappresentanza, responsabilità*», Padova: Cedam.
- CECCANTI, S.; CURRERI, S. (2015), «I partiti antisistema nell'esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 799 ss.
- CHIARA, G. (2004), *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed uguaglianza*, Milano: Giuffrè.
- CITRIGNO, A. M.; MOSCHELLA, G. (2018). «Quale futuro per il divieto di mandato imperativo», *www.forumcostituzionale.it*.
- CONTIERI, A. (2018), «La nuova disciplina dei Gruppi parlamentari a seguito della riforma del regolamento del Senato», in *www.forumcostituzionale.it*.
- CURRERI, S. (2019), «L'occasione persa», in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2019.
- (2005), *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*, Firenze: Firenze University press.

- (2004), *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze: Firenze University press.
- DAMELE, G. (2017), «Vincoli di mandato dei parlamentari e carattere democratico dei partiti. Spunti a partire dall'art. 160 della Costituzione portoghese», en *www.forumcostituzionale.it*
- DE FIORES, C. (2018), «Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi», en *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- DE LISO, R. (2009), «Primarie in Calabria», en *www.forumcostituzionale.it*.
- DE MARTINO, F. R. (2013), «La selezione delle candidature attraverso il metodo delle primarie, Partecipazione politica e rappresentatività dei partiti», en *Rivista Aic*, n.3.
- DICKMANN, R. (2019), «La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato», en *Federalismi.it.*, 20 febbraio 2019.
- DOGLIANI, M. (2016), *Costituzione e antipolitica. Il Parlamento alla prova delle riforme*, Roma: Ediesse
- ELIA, L. (rist. 2009), *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna: Il Mulino.
- FERRARA, G. (2000), *Gli atti costituzionali*, Torino: Giappichelli.
- FISICHELLA, D. (1983), *La rappresentanza politica*, Milano: Giuffrè.
- FLORIDIA, A. (2006), «Le primarie in Toscana: la nuova legge, la prima sperimentazione». *Quaderni dell'osservatorio elettorale Regione Toscana*, n. 55, 90 ss.
- FROSINI, T. E. (2000), *Finanziamento dei partiti e corruzione: brevi note critiche sul caso italiano*. En LANCHESTER, *Finanziamento della politica e corruzione*, Milano: Giuffrè.
- FUSARO, C. (2006), «Elezioni primarie: prime esperienze e profili costituzionali, en *Quaderni dell'osservatorio elettorale Regione Toscana*, n. 55.
- (2005), «La legge regionale toscana sulle primarie», en *Le Regioni*, n. 3.
- GAMBINO, S. (1995), *Elezioni primarie e rappresentanza politica*, Soveria Mannelli: Rubettino.
- GORI, L. (2018), *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli: Editoriale scientifica.
- (2009), «Tre questioni di costituzionalità sulle elezioni primarie regionali: la legge calabrese n. 25 del 2009 davanti alla Corte costituzionale», en *www.forumcostituzionale.it*.
- GORLANI, M. (2016), «La «tardiva» attuazione dell'art.49 Cost. nell'eclissi della funzione di rappresentanza dei partiti politici», en *Nomos*, n. 1, 1 ss.
- GRASSO, G. (2017), «Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del MoVimento 5 Stelle», en *Osservatorioaic.it*.
- GRATTERI, A. (2006), «Elezioni primarie e segretezza del voto: elementi pubblicitici ed associazionismo privato», en *Quaderni dell'osservatorio elettorale Regione Toscana*, n. 55, 252 ss.;

- GROSSO, E. (2002), «Il voto all'estero: tra difficoltà applicative e dubbi di costituzionalità», in *Quaderni costituzionali*, n. 2.
- KELSEN, H. (rist. it. 1966), *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna: Il Mulino
- (1945. rist. it. 1963), *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano: Edizio di Comunita.
- LANCHESTER, F. (2006), *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano: Giuffrè.
- (2005), «I partiti politici tra comunità politica e istituzioni: la crisi di regime ed il riallineamento incompiuto», in AA. VV. *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino: Giappichelli, 481 ss.
- LEIBHOLZ, G. (1966, trad. it. 1989), *La rappresentazione nella democrazia*, Milano: Giuffrè.
- LIPPOLIS, V.; PITRUZZELLA, G. (2007), *Il bipolarismo conflittuale*, Soveria Mannelli: Rubbettino.
- LUPO, N. (2019), «Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione». *Federalismi.it*. 20 febbraio 2019.
- MANZELLA, A. (2017), «Quale futuro per il sistema parlamentare», in *Federalismi.it.*, n. 23.
- MARRA, E. (1995), «Primarie: come si vota?», in GAMBINO, *Elezioni primarie e rappresentanza politica*, Soveria Mannelli: Rubbettino.
- MARSOCCI, P. (2011), «Le primarie: i partiti italiani alle prese con il metodo democratico», in *Rivista Aic*, n. 2.
- MASSARI, O. (2006), *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari: Laterza.
- MERLINI, S. (2009), *I partiti politici. il metodo democratico e la politica nazionale*, in *Atti del XXIII Convegno dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*. Napoli: Jovene, 86 ss.
- MONDINI, V. (2000), *Primarie bipolari*, Bologna: Il Mulino.
- MORELLI, A. (2018a), «Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica», in *Diritto costituzionale*, n. 1.
- (2018b), *Mandato parlamentare alla portoghese? Il «contratto di governo» non è chiaro*, in www.lacostituzione.info.
- MORRONE, A. (2019), «Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare», in *Federalismi.it.*, n. 4.
- (2017), «Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale», in www.forumcostituzionale.it.
- (2014), «La riforma elettorale dopo la fine del porcellum», in www.confrontocostituzionali.eu.
- MORTATI, C. (rist. 1991), *Istituzioni di diritto pubblico*. I, Padova: Cedam.
- (1946), *La legge elettorale cecoslovacca*, Firenze: Sansoni.

- MOSCHELLA, G. (1999), *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, Rimini: Maggioli.
- (1995), «Elezioni primarie e redistribuzione delle funzioni di rappresentanza politica», en Gambino, *Elezioni primarie e rappresentanza politica*, Soveria Mannelli: Rubettino.
- NOCILLA, D.; CIAURRO, L. (1987), «Rappresentanza politica», en *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 547 ss.
- OLIVITO, E. (2015), «Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità», en *Costituzionalismo.it*, n. 3.
- ONIDA, V. (2019), «La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019», en *Federalismi.it*, n. spec. 3.
- ORRÙ, R. (2015), «Divieto di mandato imperativo e anti-defection laws: spunti di diritto comparato», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 1116 ss.
- PASQUINO, G. (2006), «Democrazia, partiti, primarie», en *Quaderni dell'osservatorio elettorale Regione Toscana*, n. 55.
- (1992), «Articolo 49», en *Commentario della Costituzione*. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro italiano.
- PEDULLÀ, L. (2011), *Contributo allo studio sul divieto di mandato imperativo*, Catania: Libreria editrice torre.
- (2005), «Sull'evoluzione (o involuzione?) dei Gruppi misti nel sistema parlamentare italiano», en *Rassegna parlamentare*, n. 3, 791 ss.
- PESKA, E. (1923), «Le Tribunal électoral de la République Tchèque», en *Revue du droit public*.
- PINELLI, C. (2010), «Populismo e democrazia rappresentativa», en *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 35 ss.
- (1984), *Discipline e controlli sulla «democrazia interna» dei partiti*, Padova: CEDAM.
- PIRETTI, M. S. (1990), *La giustizia dei numeri. Il proporzionalismo in Italia (1870-1923)*, Bologna: Il Mulino.
- PRETI, L. (1957), *Diritto elettorale politico*. Milano: Giuffrè.
- RIDOLA, P. (1985), «Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico», en Aa. Vv., *Studi in onore di Vezio Crisafulli. Le fonti normative e altri temi di vario diritto*, Padova: Cedam.
- RINALDI, E. (2017), «Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari», en *Costituzionalismo.it*, n. 2, 132 ss.
- ROMANO, S. (1947), *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano: Giuffrè.
- ROSSI, E.; GORI L. (2009), *Le «primarie» in Italia: dalla prassi alle regole*, en *Quaderni costituzionali*, 3, 631.
- RUBECHI, M. (2008), «Il voto degli italiani all'estero fra presunti brogli e proposte di modifica», en *Quaderni costituzionali*, n. 2.
- RUBECHI, M. (2005), «Primarie 2005: la struttura e le regole di svolgimento», en www.forumcostituzionale.it.

- RUGGERI, A. (2017), «La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronuncia sull'*Italicum*», en www.forumcostituzionale.it.
- (2010), *In tema di norme intrusive e questioni di fiducia, ovverosia della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi*, en LUPU, N. (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*. Padova: CEDAM.
- (2010), «Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici», en *Rivista Aic*, n. 1.
- SANNONER, V. (2003), *Rappresentanza e transizione. Aspetti di continuità in una trasformazione condivisa*, Bari: Cacucci.
- SCACCIA, G. (2015), «La legge elettorale «*Italicum*» fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali», en *Questione Giustizia*, n. 1, 21 ss.
- SCARCIGLIA, R. (2005), *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Padova: CEDAM.
- SCHMITT, C. (trad. it., 1984), *Dottrina della Costituzione*, Milano: Giuffrè.
- SERGES, G. (2014), «Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale», en *Rivista Aic*, n. 1.
- SICA, G. (2008), «La legge sul voto degli italiani all'estero e la rottura del principio della rappresentanza parlamentare nazionale», en *Politica del diritto*, n. 4, 703 ss.
- SPADARO, A. (2009), «Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)», en www.forumcostituzionale.it.
- (2009), «Elezioni primarie in Calabria: la Regione, re melius perpensa, riconosce l'errore», en www.forumcostituzionale.it.
- (1985), «Riflessioni sul mandato imperativo di partito». *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 1, 21 ss.
- STAIANO, S. (2014), «La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale», en *Rivista Aic*, n. 1.
- STRADELLA, E. (2007), *La «materia elettorale regionale» nel sistema delle fonti. Le fonti del diritto nei nuovi Statuti regionali*, Padova: CEDAM.
- TARLI BARBIERI, G. (2005), «Le riforme elettorali nella regione Toscana», en *Democrazia e diritto*, n. 1, 193 ss.
- TROILO, S. (2017), «Le liste (in tutto o in parte) bloccate e le candidature multiple dopo la sentenza costituzionale n. 35/2017: dall'arbitrio (soltanto) dei politici a quello (anche) della sorte, e poi di nuovo dei politici?», en www.forumcostituzionale.it.
- TRUCCO, L. (2017), «Sentenza *Italicum*»: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere, en www.giurcost.org.
- (2014), «*Il sistema elettorale Italicum alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 (note a prima lettura)*», en www.giurcost.org.

- VALBRUZZI, M. (2006), *Primarie. Partecipazione e leadership*, Bologna: Il Mulino.
- VIGILANTI, C. S. (2014), «Prove tecniche di recall: la revoca del mandato «intramovimento» (il caso, non riuscito, del M5S)», en *www.forumcostituzionale.it*.
- VOLPI, M. (2017), «Dalla politica come militanza alla politica come professione. Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare: da luogo del compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro», en Aa. Vv., *Atti del Seminario annuale del Gruppo di Pisa*, Napoli Editoriale scientifica.
- ZANON, N. (1991), *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano: Giuffrè.
- ZANON, N.; BIONDI, F. (2001), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano: Giuffrè.
- ZAKARIA, F. (2003), *Democrazia senza libertà*, Milano: Rizzoli.

EL DECISIVO PAPEL DE LOS PARTIDOS NACIONALISTAS Y REGIONALISTAS EN EL ESCENARIO POLÍTICO NACIONAL

DAVID PARRA GÓMEZ
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El mito de la sobrerrepresentación de los partidos de ámbito autonómico en el Parlamento español. 3. El porqué de la influencia desproporcionada de las formaciones nacionalistas y regionalistas en la política nacional. Breve crónica del enorme rédito derivado de su apoyo parlamentario en momentos clave. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN

A punto de celebrar el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el sistema electoral español ha dado sobrada respuesta a algunos de los objetivos que el constituyente se propuso, como limitar la presencia de un excesivo número de partidos y coaliciones en las Cortes Generales, favorecer una representación reforzada de las provincias más despobladas, primar a los partidos que reciben los mayores apoyos en las distintas circunscripciones electorales (las provincias) y penalizar a los partidos más pequeños de ámbito nacional, es decir, a aquellos que reciben menores apoyos electorales y no obtienen un voto muy

concentrado en las circunscripciones provinciales. Los efectos de este sistema son bien conocidos:

En primer lugar, la consolidación de dos grandes formaciones políticas con implantación electoral en toda España, PSOE y PP, que han recibido, entre ambos, unos apoyos electorales y un número de escaños en el Congreso de los Diputados que, en cómputo total, se sitúan por encima del 80 % hasta las elecciones de 20 de diciembre de 2015, si bien a partir de ese momento bajan al 60%. En el Senado, la cifra de escaños electivos que suman entre ambos partidos es aún mayor.

En segundo término, los partidos de ámbito nacional que no obtienen fuertes apoyos electorales (terceras y cuartas fuerzas políticas en términos electorales) se ven drásticamente penalizados. Éste fue el caso, por ejemplo, del PSP hasta su integración en el PSOE, del CDS hasta su desaparición, del PCE y sus posteriores fórmulas políticas IU y Unidad Popular-IU hasta 2015, de UPyD en las elecciones generales de 2011 y de PACMA en las de 2015 y 2016.

Y, en tercer lugar, los partidos políticos de ámbito autonómico (regionalistas y nacionalistas), con voto concentrado en sus circunscripciones electorales, también obtienen buenos resultados en términos de escaños (desde la Legislatura constituyente hasta la actual, la media de escaños obtenida por partidos y coaliciones de corte nacionalista y regionalista en la Cámara Baja es de 54,15¹), aun no siendo relevantes en términos de votos a nivel nacional, lo que les permite una posición muy relevante en las Cortes Generales, particularmente en el Congreso de los Diputados, desde el punto de vista de la negociación política.

Al análisis de este tercer efecto dedicamos el presente trabajo.

2. EL MITO DE LA SOBRRERREPRESENTACIÓN DE LOS PARTIDOS DE ÁMBITO AUTONÓMICO EN EL PARLAMENTO ESPAÑOL

Aunque suele apuntarse que uno de los principales inconvenientes del sistema electoral español² es que los partidos nacionalistas y regionalistas están sobrerrepresentados en el Parlamento nacional, lo cierto es que el tamaño de su representación es bastante proporcional con el número de votos obtenido. En efecto, por lo que se refiere al Congreso de los Diputados, si atendemos

¹ Fuente: <http://www.congreso.es>. Elaboración propia.

² Un análisis detallado de algunos de los principales inconvenientes de nuestro sistema electoral se contiene en el Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general de 24 de febrero de 2009 (*vid.*, concretamente, las páginas 145 y ss.).

al cálculo de la diferencia, en puntos porcentuales, entre votos y escaños en las doce elecciones generales celebradas desde 1977 a 2015, la sobrerrepresentación o infrarrepresentación de esta clase de partidos es pequeña³, y depende principalmente de dos factores:

a) Del tamaño de las circunscripciones presentes en la concreta Comunidad Autónoma en la que concentran su voto, es decir, de si está formada fundamentalmente por circunscripciones pequeñas, o si en aquella las circunscripciones medianas y grandes tienen una presencia importante.

b) Y de los efectos de lo que Montero y Riera han llamado el sesgo conservador de nuestro sistema electoral (Montero y Riera, 2009, 234), consecuencia de otorgar sobrerrepresentación a las provincias rurales –por la combinación entre el prorrateo desviado que introduce el mínimo de diputados asignado a cada circunscripción por la Constitución (dos escaños a cada provincia, excepto Ceuta y Melilla que reciben uno) –y el pequeño tamaño de la Cámara, y que viene a infrarrepresentar ligeramente a las circunscripciones medianas y grandes⁴.

En el primer caso, los efectos positivos del sesgo conservador provocarán que el partido de ámbito autonómico se vea ligeramente sobrerrepresentado. Así le sucede al PNV, pues al ser de magnitud media-baja las circunscripciones que forman el País Vasco (Álava elige 4 representantes, Vizcaya 8 y Guipúzcoa 6), su promedio de sobrerrepresentación hasta 2015 es de 0,35 % (Gráfico 1). En el segundo, los efectos negativos del mencionado sesgo –que infrarrepresenta ligeramente a las circunscripciones medianas y grandes– provocarán que el partido se vea ligeramente infrarrepresentado. Es el caso de CIU/DiL (aunque tres de las circunscripciones que componen Cataluña, Gerona, Tarragona y Lérida, eligen 6, 6 y 4 representantes, respectivamente, Barcelona elige 31 escaños), cuya infrarrepresentación en el período analizado es de 0,1 % (Gráfico 1).

³ En el Senado, supuesta Cámara de representación territorial, tampoco se aprecia una sobrerrepresentación significativa. Así, en las elecciones a la Cámara Alta de 2016, con un número y porcentaje de votos casi idénticos a los del Congreso (23.799.958 votos –69,03 %– frente a los 24.161.083 –69,84 %– del Congreso), de los senadores electos (208) los partidos estatales ocupan el 87,01 % de los escaños (181), por el 12,99 % (27 escaños) que ocupan los partidos nacionalistas y regionalistas.

⁴ El sesgo conservador puede ser incluido en lo que García Escudero denomina los «efectos mecánicos» del sistema electoral (García Escudero, 2016, 25-29). Este autor lleva a cabo una interesante distinción de los factores que actúan en lo que él llama «primer paso de las elecciones», es decir, cuando el ciudadano emite un voto a favor de una concreta lista en los términos en los que ha sido presentada: (i) el conjunto de clivajes existente (como el clivaje izquierda-derecha– y el clivaje centro-periferia); (ii) el devenir de la política y los factores externos que influyen en ella (como las encuestas preelectorales y el comportamiento de los diversos partidos); y (iii) el efecto psicológico del sistema electoral (el llamado voto estratégico, insincero o útil).

Precisamente esa misma concentración de voto es la que perjudica a los partidos pequeños de ámbito nacional, que si bien llegan a reunir un porcentaje de voto muy significativo, al repartir ese voto de forma más o menos uniforme por todo el territorio se ven muy infrarrepresentados. Así ha pasado, por ejemplo, con PCE/IU/UP, que a pesar de que a lo largo de las doce elecciones analizadas llegan a reunir un porcentaje de voto significativo (5,70%), han alcanzado un promedio de infrarrepresentación del 3,6% (Gráfico 1).

Gráfico 1. Diferencia entre votos y escaños en elecciones al Congreso 1977-2015

	UCD	AP/PP	PSOE	PCE/IU/ UP	CiU/DiL	PNV
1977	12,7	-3,6	4,4	-3,6	-0,6	0,7
1979	13,2	-3,2	4,2	-4,2	-0,5	0,4
1982	-3,7	4,2	9,6	-2,9	-0,2	0,4
1986		4,0	8,5	-2,6	0,1	0,2
1989		4,8	10,4	-4,2	0,1	0,2
1993		5,5	6,7	-4,5	0,0	0,2
1996		5,8	2,7	-4,5	0,0	0,1
2000		7,8	1,5	-3,2	0,1	0,5
2004		4,6	4,3	-3,6	-0,4	0,4
2008		4,1	4,4	-3,2	-0,1	0,5
2011		8,5	2,6	-3,8	0,3	0,1
2015		6,2	4,0	-3,1	0,0	0,5
Promedio	7,4	4,1	5,3	-3,6	-0,1	0,35

La diferencia (en puntos porcentuales) se calcula, a partir de los resultados electorales proporcionados por el Ministerio del Interior, restando al porcentaje de escaños el porcentaje de voto.

En gris claro se muestran los porcentajes de sobrerrepresentación, y en gris oscuro los de infrarrepresentación.

Fuente: Politikon (<https://politikon.es>).

A la misma conclusión llegamos si comparamos el reparto de escaños en el Congreso como resultado de las elecciones generales celebradas el 26 de junio de 2016 con el reparto de escaños que habría habido en dicha Cámara si éste hubiera sido del todo proporcional (Gráfico 2) o se hubiera calculado con la fórmula D'Hondt sobre una circunscripción única (Gráfico 3)⁵.

⁵ Abreviaturas de partidos/coaliciones mencionados en Introducción y en Gráficos 1, 2 y 3. AP: Alianza Popular. BNG-NÓS: *Bloque Nacionalista Galego*. CC: Coalición Canaria. CDC: *Convergència Democràtica de Catalunya*. CiU: *Convergència i Unió*. C's: Ciudadanos Partido de la Ciudadanía. DiL: *Democràcia i Llibertat*. EH Bildu: *Euskal Herria Bildu*. ERC-CATSI: *Esquerra Republicana de Catalunya-Catalunya Sí*. IU: Izquierda Unida. PACMA: Partido Animalista. PCE: Partido Comunista de España.

En ambos casos, el número de escaños en exceso que han obtenido los partidos nacionalistas y regionalistas con el actual sistema electoral, en contra de lo que habitualmente se afirma, o simplemente no existe (casos de ERC-CATSI y CC-PNC), o no es muy significativo (apenas un escaño en el resto de casos).

Gráfico 2. Diferencia entre resultados 26J y resultados distribución proporcional

Partido	Resultado 26 J	Proporcional	Diferencia
PP	137	117	20
PSOE	85	80	5
UP	71	75	4
C's	32	46	14
ERC-CATSI	9	9	0
CDC	8	7	1
PNV	5	4	1
EH Bildu	2	3	1
CC-PNC	1	1	0
PACMA	0	4	4
REC 0 VERDES	0	1	1
UpyD	0	1	1
VOX	0	1	1
BNG-NÓS	0	1	1

En gris claro se muestra la cantidad de escaños en exceso que ha obtenido el partido con respecto a los que le hubiera correspondido si el reparto hubiera sido totalmente proporcional. Y en gris oscuro se indica el número de escaños que ha dejado de obtener.

Fuentes:

- <http://www.congreso.es>
- Olazábal, 2016

Gráfico 3. Diferencia entre resultados 26J y resultados fórmula D'Hondt /C. única

Partido	Resultado 26 J	D'Hondt / C. única	Diferencia
PP	137	119	18
PSOE	85	81	4
UP	71	76	5
C's	32	47	15

PNC: Partido Nacionalista Canario. PNV: Partido Nacionalista Vasco. PP: Partido Popular. PSOE: Partido Socialista Obrero Español. REC 0 VERDES: Recortes Cero-Grupo Verde. UP: Unidos Podemos. UPyD: Unión, Progreso y Democracia.

Partido	Resultado 26 J	D'Hondt / C. única	Diferencia
ERC-CATSI	9	9	0
CDC	8	7	1
PNV	5	4	1
EH Bildu	2	2	0
CC-PNC	1	1	0
PACMA	0	4	4
REC O VERDES	0	0	0
UPyD	0	0	0
VOX	0	0	0
BNG-NÓS	0	0	0

En gris claro se muestra la cantidad de escaños en exceso que ha obtenido el partido con respecto a los que le hubiera correspondido con un reparto que aplicara la fórmula D'Hondt en una circunscripción única. En gris oscuro se indica el número de escaños que ha dejado de obtener.

Fuentes:

- <http://www.congreso.es>
- Olazábal 2016

3. EL PORQUÉ DE LA INFLUENCIA DESPROPORCIONADA DE LAS FORMACIONES NACIONALISTAS Y REGIONALISTAS EN LA POLÍTICA NACIONAL. BREVE CRÓNICA DEL ENORME RÉDITO DERIVADO DE SU APOYO PARLAMENTARIO EN MOMENTOS CLAVE

A pesar de que el efecto de concentración del voto no influye de forma significativa en la representatividad/proporcionalidad de los partidos nacionalistas y regionalistas –pues, como acabamos de ver, sólo los sobrerrepresenta o infrarrepresenta de forma muy ligera–, la suma de aquel efecto, junto a la inexistencia de terceras o cuartas fuerzas de ámbito nacional con un tamaño similar al de los partidos nacionalistas y regionalistas, ha llevado a que éstos tengan una relevancia política desmesurada para su tamaño en escaños.

La causa de tal relevancia lo explica con claridad Tena Arregui cuando afirma que «Los partidos nacionalistas/regionalistas tienen una influencia desproporcionada en el Congreso. Ojo, no me refiero a que estén sobrerrepresentados desde un punto de vista de voto proporcional (porque en absoluto es así) sino que como consecuencia de la sobrerrepresentación del PP y PSOE a costa de los partidos minoritarios de ámbito nacional, ellos son los que hacen de bisagra cuando uno de los grandes no obtiene mayoría absoluta» (Tena Arregui, 2015).

Así pues, la influencia decisiva que los partidos políticos de ámbito autonómico –especialmente los nacionalistas– vienen teniendo en el Congreso de los Diputados no se debe a una prima electoral que no existe, sino a su necesario apoyo parlamentario a los dos grandes partidos nacionales –PSOE y PP– cuando éstos han necesitado alcanzar la mayoría en la Cámara Baja en algunos momentos políticos clave. De entre éstos, pasamos a destacar someramente, tanto por su importancia política como por la indudable rentabilidad obtenida por las formaciones políticas que nos ocupan, los siguientes:

a) La tercera investidura de Felipe González y quinta de la democracia se celebró los días 4 y 5 de diciembre de 1989 y estuvo precedida de dos acontecimientos importantes: la anulación de las elecciones en Pontevedra, Murcia y Melilla y la ausencia de los diputados de Herri Batasuna (HB). Los 166 votos socialistas no eran suficientes para que el Congreso de los Diputados, integrado el día 5 por 332 parlamentarios, eligiera en primera votación a Felipe González como presidente, una dificultad que soslayó gracias al respaldo del diputado tinerfeño Luis Mardones, por entonces en las filas de las Agrupaciones Independientes de Canarias (AIC)⁶. Las condiciones negociadas por el PSOE para contar con el ‘voto de Mardones’ fueron, entre otras, terminar la red de carreteras de Canarias, incrementar la subvención al transporte de viajeros y mercancías, aumentar las partidas canarias en los Presupuestos Generales del Estado y la mejora del Régimen Económico y Fiscal (REF) isleño.

b) En 1993, aunque el PSOE volvió a ganar las elecciones por cuarta vez consecutiva, perdió la mayoría absoluta de la que disfrutaba hasta entonces, quedándose a 17 escaños de la misma, con 159. Los socialistas negociaron el apoyo de los nacionalistas vascos y catalanes. CiU, con 17 escaños, votó «sí» a la investidura a cambio arañar para Cataluña la llamada «corresponsabilidad fiscal» (la cesión del 15% del IRPF) y el desarrollo pleno del Estatuto de Autonomía con las consiguientes transferencias. También el PNV, que había logrado 5 escaños y a quienes los socialistas llegaron a ofrecer incluso la cartera de Industria, apoyó la investidura de González, aunque rechazó entrar en su Ejecutivo.

c) El PP ganó por primera vez las elecciones el 3 de marzo de 1996, pero se quedó a 20 escaños de la mayoría absoluta. Se convertía en necesaria, de nuevo, la vía del diálogo y del pacto con nacionalistas y regionalistas para asegurar la gobernabilidad. Aznar logró el apoyo de CC, PNV y CiU, convirtiéndose en el cuarto jefe del Ejecutivo. Los compromisos acordados con CC fueron la reforma del Estatuto de Autonomía y la culminación de las transferencias pendientes, tratar de conseguir un Estatuto Permanente para Canarias en la UE, la mejora del REF y

⁶ Uno de los partidos germen de Coalición Canaria.

la puesta en marcha de un Plan Integral de Empleo y de un Plan de Infraestructuras para Canarias. La lista de concesiones de Aznar a CiU fue larga⁷: transferencias en diversas materias (competencias de tráfico a los *Mossos d'Esquadra*, justicia, educación, agricultura, cultura, farmacias, sanidad, empleo, puertos, medio ambiente, mediación de seguros, política lingüística y vivienda), eliminación de la figura del gobernador civil, que fue sustituida por el subdelegado del Gobierno, con menos competencias que el anterior, importantes inversiones en Cataluña (como las ampliaciones del puerto y del aeropuerto de Barcelona) y la cesión del 30 % del IRPF. Y en el caso del PNV, que tenía solo 5 diputados en 1996, el pacto incluyó un nuevo desarrollo del Concierto Económico (recaudación de impuestos de alcohol, tabaco y gasolinas), la transferencia de la formación continua, la devolución de patrimonio incautado en la Guerra Civil y el compromiso de negociar durante la legislatura el pleno desarrollo del Estatuto de Guernica.

d) En 2004, Zapatero llegó a La Moncloa gracias a los votos, entre otros, de ERC, BNG, CCy CHA⁸. Los canarios, gallegos y aragoneses exigieron básicamente por su apoyo nuevas transferencias y aumento de las inversiones estatales en sus respectivas Comunidades Autónomas. Pero fueron los nacionalistas catalanes quienes obtuvieron mayores ventajas de su apoyo al comprometerse el presidente socialista a aprobar un nuevo Estatuto y a respetar el texto salido del Parlamento catalán⁹.

e) En la siguiente legislatura, el leonés se convirtió en el primer presidente de la democracia investido por mayoría simple, gracias a la abstención, entre otros, de PNV, CiU, ICV¹⁰, BNG y CC. Mediada la legislatura, PNV y CC se convirtieron en aliados preferentes al apoyar los presupuestos de 2010 y 2011. A cambio, los regionalistas canarios obtuvieron, entre otras contrapartidas, el reconocimiento de las aguas entre las islas del archipiélago como propias de la comunidad y no internacionales, la transferencia de competencias pendientes (como las políticas activas de empleo y la inspección de trabajo) y el mantenimiento de la rebaja del 50% en los vuelos a los residentes canarios, además del compromiso de desbloquear la actualización del Estatuto de Autonomía canario. Los nacionalistas vascos, por su parte, lograron la transferencia de 20 de las 27

⁷ Las negociaciones se concretaron en el pacto conocido como del Majestic por el hotel en el que se clausuraron. En dicho pacto el PP accedió también a apartar a Aleix Vidal-Quadras de la presidencia del partido en Cataluña por expresa petición de Pujol.

⁸ CHA: *Chunta Aragonesista*.

⁹ El Estatuto catalán de 2006 fue declarado parcialmente inconstitucional por el Tribunal Constitucional (Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010). En concreto, el Alto Tribunal declaró inconstitucionales 14 artículos y sujetos a la interpretación del tribunal otros 27. Además, el TC estimó carentes de eficacia jurídica las referencias que se hacen en el preámbulo a Cataluña como nación.

¹⁰ ICV: *Iniciativa per Catalunya Verds*.

competencias que restaban para completar el Estatuto de Guernica (además de las políticas activas de empleo, el Gobierno traspasó la Inspección de Trabajo, el tráfico marítimo en aguas vascas o las políticas de formación del Instituto Social de la Marina, entre otras) y 112 millones de euros en inversiones adicionales para el País Vasco en el 2011¹¹. Y ese mismo año Zapatero autorizó a la Generalidad de Cataluña aumentar su nivel de endeudamiento para enjugar su déficit.

f) Aunque la radicalización del nacionalismo catalán iniciada en 2014 y, sobre todo, el cambio del formato del sistema de partidos que supuso la irrupción en 2015 de los llamados partidos de la «nueva política», Ciudadanos y Podemos¹², presagiaban el fin del decisivo papel de los partidos autonómicos que venimos relatando, el bloqueo mutuo –a través de los respectivos vetos– entre los nuevos partidos es la causa de que la construcción de una mayoría parlamentaria haya seguido exigiendo el concurso nacionalista/regionalista.

Así, Mariano Rajoy fue investido presidente en segunda votación¹³ gracias a los 170 votos a favor de PP, Cs, CC, FA¹⁴ y UPN¹⁵, y a las abstenciones de 68 diputados socialistas¹⁶. Y pronto se vio obligado a recurrir a los diputados nacionalistas y regionalistas para sacar adelantelos Presupuestos Generales del Estado para 2017 y 2018, avalados en la Cámara Baja por PNV, FA, UPN, CC y NC¹⁷ a cambio, cómo no, de importantes beneficios a sus respectivas comunidades:

– CC negoció con el Gobierno una mejora en las inversiones estatales para Canarias y extraer el REF del sistema de financiación autonómica (para unirlo a los Presupuestos).

– NC, con un solo diputado¹⁸, logró bonificaciones del 75% para el transporte interinsular de pasajeros por mar y aire y del 100% para el de mer-

¹¹ Asimismo, se acordó permitir la presencia de técnicos de la hacienda foral vasca en las reuniones del Ecofin y cumplir con los plazos de la «Y» vasca en la parte que corresponde al Estado.

¹² Tras las elecciones generales de 20 de diciembre de 2015, Podemos y Ciudadanos irrumpieron en el Congreso de los Diputados como tercera y cuarta fuerzas parlamentarias, poniendo fin al anterior bipartidismo imperfecto en el que PP y PSOE se repartían alrededor de 20 millones de votos. En el Senado la fragmentación fue menor, pues el PP logró mantener –sumando los senadores designados por las Asambleas autonómicas– la mayoría absoluta en esta Cámara.

¹³ La investidura se produjo transcurridos cuatro meses de las elecciones generales de junio de 2016, en las que el PP mejoró sus resultados en la Cámara Baja, aunque quedó lejos de la mayoría absoluta, mientras que Podemos y Ciudadanos sufrieron un leve descenso.

¹⁴ FA: Foro Asturias.

¹⁵ UPN: Unión del Pueblo Navarro.

¹⁶ Quince diputados socialistas, quebrantando la disciplina de voto, votaron en contra.

¹⁷ NC: Nueva Canarias.

¹⁸ Pedro Quevedo, el veterano parlamentario de Nueva Canarias, se convirtió en el diputado 176 necesario para que el Gobierno de Mariano Rajoy solventara su primer examen serio de la legislatura: los Presupuestos Generales del Estado de 2017. Y ello a pesar de que concurrió a las elecciones en coalición con el PSOE y de votar no a la investidura de Rajoy. En las Islas Canarias algunos ya le ven como un

cancías entre islas y de las Canarias a la península¹⁹, la eliminación del llamado «impuesto al Sol»²⁰, la tramitación de una reforma del Estatuto de Autonomía canario y un acuerdo de financiación autonómica que iguala las ayudas para servicios sociales que recibe Canarias con la media estatal.

– UPN logró movilizar 50 millones de euros para inversiones en la Comunidad Foral de Navarra, principalmente dirigidas a carreteras, el abaratamiento de peajes e instalaciones deportivas.

– Los regionalistas asturianos de Foro pactaron un incremento de 53 millones de las inversiones previstas en su comunidad (garantía del ancho europeo y los requisitos de alta velocidad entre Madrid y Asturias, aumento en 20 millones de los costes para reducir emisiones de centrales térmicas y de 2,6 millones de la partida destinada a Asturias para la extensión de la banda ancha, así como 5 millones para los fondos mineros).

– Y el PNV pactó con el Gobierno, a modo de principal contrapartida por respaldar los PGE para 2017, la modificación del Concierto Económico y la nueva metodología de señalamiento del Cupo para el quinquenio 2017-2021, en virtud del cual el País Vasco abonará al Estado 225 millones de euros de lo que estaba fijado en función del anterior acuerdo firmado en 2007²¹. Asimismo, el acuerdo por el «sí» de los diputados peneuvistas en abril de 2018 a los Presupuestos de ese año incluyó la alta velocidad y la llegada soterrada del tren a las capitales vascas, la reducción de la tarifa eléctrica a la industria vasca o la renovación generacional de la *Ertzaintza*, entre otras concesiones.

En fin, el 1 de junio de 2018 el Congreso de los Diputados aprobó la moción de censura presentada por el Grupo Parlamentario Socialista contra el Gobierno de Rajoy –la primera de la democracia y la segunda presentada en la legislatura²²–, con el concurso decisivo de los partidos nacionalistas, indepen-

«héroe» capaz de arañar importantes inversiones al Ejecutivo popular para su tierra. *Vid.*, «Pedro Quevedo: botín y venganza del diputado canario» (29/05/2017). Recuperado de: <http://www.elmundo.es>

¹⁹ Que suponen una inyección de 65 millones. Bonificaciones que, además, se mantendrán en los próximos años, ya que fueron incorporadas como derechos adquiridos en la reforma de la Ley del REF que, a iniciativa del Ejecutivo, se aprobó en junio de 2017.

²⁰ Que grava el autoconsumo de la energía que se produce desde los paneles fotovoltaicos y eólicos.

²¹ El Cupo es la aportación que hace el País Vasco cada año a las arcas comunes del Estado por las competencias no transferidas al Gobierno autonómico, como infraestructuras –aeropuertos, puertos, ferrocarriles–, defensa y representación exterior. Con este dinero se contribuye también al mantenimiento de las instituciones comunes, como el Congreso y el Senado.

²² Desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978, en España ha habido cuatro mociones de censura, pero sólo la última de ellas –la mencionada en el texto– ha salido adelante:

1.^a 1980-Moción de censura al Gobierno de Adolfo Suárez. En mayo de 1980, el PSOE, con Felipe González a la cabeza, presentó la primera moción de censura de la historia de la democracia española. Fue contra el Gobierno de Adolfo Suárez, de la ya desaparecida UCD. Suárez tuvo el respaldo de sus diputados, con 166 votos en contra, frente a los 152 a favor de la moción y 21 abstenciones.

dentistas y regionalistas, ya que entre los 180 votos a favor de la moción se encuentran los de ERC (9), PDeCAT²³ (8) PNV (5), *Compromís* (4), EH Bildu (2) y NC (1), mientras que el diputado de CC se abstuvo.

Aunque el nuevo Gobierno de Pedro Sánchez aseguró que no ha pactado ninguna concesión a dichos partidos, sus primeros anuncios, gestos y medidas se empeñaron en desmentirle, máxime cuando el Ejecutivo cuenta con un escaso apoyo parlamentario de 84 diputados para agotar, como parece ser su intención, la legislatura. A modo de muestra, basta con mencionar los siguientes:

- El Gobierno ha mantenido los Presupuestos Generales de 2018 pactados en su día por el PP, condición impuesta por el PNV para respaldar la moción, y ha manifestado su intención de estudiar el acercamiento de presos de ETA a cárceles del País Vasco, mientras que el PNV no oculta su propósito de incluir en la reforma del Estatuto vasco que se tramita en la Cámara vasca nuevas competencias (Seguridad Social, prisiones, capacidad para regular consultas ciudadanas o referendos, etc.).

- En relación con los nacionalistas catalanes, el Ejecutivo ha ordenado el traslado de políticos catalanes en prisión provisional a cárceles de Cataluña y ha activado la comisión bilateral Estado-Generalidad para tratar asuntos como la recuperación de la disposición adicional tercera del Estatuto (anulada en su día por el TC, según la cual la inversión del Estado en infraestructuras de Cataluña, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, será en función del peso que tenga el PIB de esta comunidad en el PIB español) o la retirada de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en su día por el Gobierno contra leyes aprobadas por el Parlamento de Cataluña (sobre pobreza energética, cambio climático, universalidad de la sanidad y protección del derecho a

2.^a 1987-Moción de censura al Gobierno de Felipe González. En marzo de 1987, AP presentó una moción de censura contra el Gobierno socialista de Felipe González. El candidato propuesto por AP, Antonio Hernández Mancha, no tuvo el apoyo de la Cámara: sólo 67 votos a favor de la moción frente a los 195 en contra y 70 abstenciones.

3.^a 2017-Moción de censura al Gobierno de Mariano Rajoy. El 13 de junio de 2017, UP, liderado por Pablo Iglesias, propuso la tercera moción de censura de la España democrática y la primera contra el Gobierno popular de Mariano Rajoy, que fue rechazada el día siguiente con 170 votos en contra, 82 a favor y 97 abstenciones.

4.^a 2018-Moción de censura al Gobierno de Mariano Rajoy. El 25 de mayo de 2018, el Grupo Parlamentario Socialista presentó la segunda moción de censura contra el Gobierno de Rajoy. Según el escrito presentado a la Mesa del Congreso de los Diputados, esta moción ha sido motivada por la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del conocido como «caso Gürtel». Fue aprobada el 1 de junio de 2018 con 180 votos a favor, 169 votos en contra y 1 abstención, dando lugar a la dimisión del Gobierno de Mariano Rajoy y a la investidura como nuevo Presidente del Ejecutivo del candidato propuesto en la moción, el líder socialista Pedro Sánchez.

²³ PDeCAT: *Partit Demòcrata Europeu Català*.

la vivienda). Asimismo, ha reiterado en más de una ocasión el compromiso con el aumento de las inversiones en infraestructuras en Cataluña²⁴.

4. CONCLUSIONES

La formación e institucionalización de las Comunidades Autónomas ha dado lugar a la aparición de nuevos incentivos para la formación de partidos regionalistas o nacionalistas, principalmente por las ventajas que se derivan o pueden derivarse de su posición en el Parlamento español, especialmente en la Cámara Baja, cuando ejercen su función de «bisagra» para formar mayorías de distinto signo si las urnas no dan una mayoría absoluta.

Este mismo fenómeno ha impulsado también, como remarca Paniagua, a algunos de los partidos de ámbito nacional a subrogarse en discursos y propuestas propias del mercado político de los particularismos e, incluso, la adopción de estructuras de poder territorial en las que lo local es componente de casi mayor relevancia programática y discursiva que lo general. Éste es el caso de IU, del PSOE y, hasta ahora con menor énfasis, del PP (Paniagua, 2008, 54-56).

El enorme peso político de los partidos políticos de ámbito autonómico en el escenario político nacional no trae causa, pues, de una sobrerrepresentación electoral que no existe, pues su tamaño en escaños es bastante proporcional con el número de votos por ellos obtenido, sino de la penalización que en nuestro sistema electoral sufren los partidos de ámbito nacional que no obtienen fuertes apoyos electorales y, en consecuencia, de la necesidad que tienen los grandes partidos nacionales (PSOE y PP) de contar con los grupos nacionalistas y regionalistas para completar mayorías parlamentarias en momentos clave: votaciones de investidura, aprobación de los Presupuestos Generales del Estado y una larga lista de leyes y acciones del Gobierno, amén de la reciente aprobación de la primera moción de censura desde la restauración democrática en 1978.

La faceta positiva de ello es que esos partidos han incorporado sus demandas a la política nacional y han contribuido a la estabilidad de sucesivos Gobiernos. Por el contrario, esos mismos partidos (aunque no todos, ni siempre con la misma intensidad) han jugado a cobrar un precio político o económico. Todos, sean o no partidos de Gobierno en sus Comunidades Autónomas y tengan o no grupo parlamentario propio, tienen un apoyo electoral reducido en comparación con los partidos pequeños de ámbito nacional. Y todos ellos

²⁴ *Vid.*, «Ábalos reitera el compromiso del Gobierno con el aumento de las inversiones en infraestructuras en Cataluña» (10/10/2018). Recuperado de: <https://www.fomento.gob.es/>

operan en el espacio parlamentario nacional, cuando hay Gobiernos en minoría, como verdaderos actores con auténtica capacidad de veto.

Esta circunstancia refuerza la imagen –incierto, como hemos tratado de demostrar en esta investigación– de que ocupan un espacio desproporcionado y tienen un sobrepeso político que alarga sus dimensiones y sus capacidades de condicionar la política nacional muy por encima de lo que los votos les confieren en términos comparativos. La crítica, además, se completa con la constatación de que sus condiciones (el precio y el valor de sus apoyos) están, por lo general, orientadas por intereses particularistas y, en algunos casos, por aspiraciones secesionistas.

Por otra parte, la devastadora crisis económica y los diversos escándalos de corrupción arrasaron la confianza de la ciudadanía en las instituciones representativas y de gobierno y dio paso a la irrupción de nuevas fuerzas políticas en los ámbitos estatal y autonómico tras las elecciones de 2015, propiciando principalmente en el seno de varias Asambleas autonómicas fragmentadas un debate de calado sobre la necesidad de reformar aspectos esenciales del respectivo sistema electoral. Debate que respondía, en cierto modo, a la demanda ciudadana –de la que se habían hecho eco los nuevos partidos en sus respectivos programas electorales– de contar con un sistema electoral más justo que diera igual valor al voto de los ciudadanos para elegir a sus representantes.

No es de extrañar que nuevas fuerzas políticas o coaliciones de partidos que con el mismo sistema electoral habían conseguido acceder –ahora sí– a los Parlamentos regionales planteasen la reforma de algunos aspectos del sistema que les pudiera excluir en el futuro de la representación parlamentaria, incluso, obteniendo más votos que otros partidos en idéntica circunscripción, incluyéndose tal demanda en los pactos que las formaciones tradicionales debían realizar con aquellas formaciones emergentes para alcanzar el gobierno autonómico.

El paradigma de esta tendencia lo encontramos en la Región de Murcia, donde, tras las elecciones de mayo de 2015, el pacto entre C's y PP para investir a un presidente popular incluyó una reforma de la ley electoral en dirección opuesta a la que había defendido este último partido en la anterior legislatura autonómica. Dicha reforma, que se materializó en julio de 2015 y ha puesto fin al carácter singular del sistema electoral murciano al rebajar la barrera electoral del 5% al 3% y reducir las cinco circunscripciones a una única circunscripción, ha estimulado, sin duda, la aparición de nuevas fuerzas políticas de carácter regionalista. Sin embargo, a la vista de los resultados obtenidos por esas formaciones en las elecciones autonómicas celebradas el 26 de mayo de 2019, los intentos del regionalismo por tener un espacio en el sistema murciano de partidos han fracasado.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GARCÍA ESCUDERO, J. (2016), «El sistema electoral español, su rendimiento y la actual conveniencia de su reforma», comunicación presentada al XII Congreso Español de Sociología «Grandes transformaciones sociales, nuevos desafíos para la Sociología», Gijón, 30 de junio, 1 y 2 de julio de 2016, pp. 25-29.
- MONTERO, J. R. y RIERA, P. (2009), «El sistema electoral español: cuestiones de desproporcionalidad y de reforma», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 13, p. 234.
- OLAZÁBAL, P. (2016), «¿Se benefician los partidos nacionalistas de la ley electoral?». Recuperado de: <https://limonenelmarmol.wordpress.com>
- PANIAGUA, J. L. (2008), «Representación y peso político de los partidos nacionalistas en las Cortes Generales», *Temas para el debate*, núm. 162, pp. 54-56.
- TENA ARREGUI, R (2015). «El sistema electoral». Serie sobre la reforma constitucional (IV). Recuperado de <https://hayderecho.com>.

LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS FUNCIONES QUE CONSTITUCIONALMENTE TIENEN ATRIBUIDAS LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA

MIGUEL ÁNGEL MORALES HERNÁNDEZ*
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción: la necesidad de tutelar penalmente las funciones que la Constitución Española asigna a los partidos políticos. 2. Controversia en relación al bien jurídico protegido en los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos. 3. Atipicidades presentes en el delito de financiación ilegal de los partidos políticos del art. 304 bis del Código Penal. 4. El limitado alcance del delito de participación en estructuras u organizaciones que tengan como finalidad la de financiar ilegalmente a partidos políticos tipificado en el art. 304 ter del Código Penal. 5. Posible vulneración de los principios de legalidad y *ne bis in idem*. Especial referencia a una eventual declaración de inconstitucionalidad del art. 304 bis del Código Penal. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

* Becario de Investigación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para la Formación del Profesorado Universitario (FPU 16/04310). Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE TUTELAR PENALMENTE LAS FUNCIONES QUE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA ASIGNA A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos políticos en España desempeñan una fundamental labor para garantizar el carácter democrático del Estado (Bautista Plaza, 2006, 267). Con objeto de alcanzar este fin, el art. 6 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) les reconoce expresamente unas esenciales funciones, al disponer que estas entidades «expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política».

En este sentido, se puede llegar a afirmar, en primer lugar respecto del pluralismo político, que para que el voto y participación del ciudadano sea realmente efectiva en el funcionamiento del Estado, el abanico de partidos e ideologías presentes en el juego político tiene que ser lo suficientemente amplio como para reflejar la diversidad natural de la sociedad (Maroto Calatayud, 2015, 135-136). En segundo lugar, respecto a la formación y manifestación de la voluntad popular, los partidos políticos, inicialmente, forman una voluntad programática unitaria que se presenta al cuerpo electoral para que éste seleccione la proporción de fuerzas, con objeto de que, finalmente, se exprese la voluntad popular definitiva de los órganos públicos representativos, por medio de los representantes públicos, seleccionados y presentados por los partidos políticos (Porrás Ramírez, 2005, 429). Por último, en relación a la participación política, estas entidades cumplen también con la primordial función de servir de cauce de expresión de la voluntad popular en los distintos procesos electorales (Porrás Ramírez, 2005, 428).

No obstante, dichas funciones que tienen que llevar a cabo las formaciones políticas por mandato constitucional, no pueden ser consideradas como incondicionales, sino que existen para ellas ciertas limitaciones. Es por ello por lo que, por ejemplo, la función de los partidos políticos de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular requiere reforzar la democracia interna de los partidos, como límite interno a la formación de la voluntad popular o, también, pueden quedar limitados externamente cuando la finalidad de estas entidades sea la de cometer delitos bajo la apariencia formal de partidos políticos (Bautista Plaza, 2006, 20).

Por otro lado, dado que los partidos políticos tienen que desempeñar estas trascendentales tareas, resulta evidente, pues, que la financiación de éstos no constituye un elemento instrumental de su actividad, sino que, por el contrario, es actualmente uno de los parámetros que configuran los rasgos esenciales de la democracia representativa del país. A este respecto, cabe afirmar que,

las «relaciones recíprocas entre partidos y candidatos, y entre partidos y sociedad civil, dependen en gran medida de cómo se articule la financiación de uno y otros» (Ariño Ortiz, 2009, 4). Además, en relación a la financiación de los partidos políticos, todo parece indicar que, en este ámbito, prima la máxima de que a mayor gasto electoral mayor es la rentabilidad electoral que los partidos obtienen (Martínez Cuevas, 2006, 105), cuestión ésta, que no resulta ignorada por ninguna formación política y que provoca que éstas tengan la tentación de financiarse de forma irregular.

La financiación ilegal de estos entes implica, necesariamente, una modificación de las reglas del juego democrático al generar una desigualdad secreta y oculta, obteniendo estas organizaciones unos mayores recursos económicos frente a otras y logrando con ello una mayor visibilidad ante los electores, lo que, a la postre, supone obtener un mayor potencial para vencer en unas elecciones democráticas. Y es que, la captación ilícita de fondos económicos lesiona o pone en peligro valores que tienen un perfil particular y que resultan vitales para el sistema democrático. A este respecto, podemos afirmar que la financiación corrupta de los partidos políticos no es más que la manifestación más emblemática de la corrupción política, que supone que las autoridades partidarias o sus representantes reciban fondos económicos a cambio de comprometerse a tomar alguna decisión o de influir en tal sentido en el gobierno estatal o, en definitiva, a cambio de dejar de cumplir una función (Sandoval Coronado, 2015, 330).

En este sentido, los escándalos de corrupción política acaecidos en España desde comienzos de la transición española vinculados a este fenómeno, ha provocado que las formaciones políticas hayan recurrido a toda clase de artimañas, incluida la financiación ilegal de los partidos políticos (Martínez Cuevas, 2006, 105), conducta, ésta, totalmente intolerable en cualquier estado que se quiera considerar como democrático al atentar este tipo de comportamientos contra sus más esenciales valores.

Hasta el año 2015, ni la legislación administrativa existente sobre esta cuestión –que recoge sólo determinadas infracciones administrativas en este ámbito– (Sandoval Coronado, 2015, 335), ni los mecanismos extrapenales de control que están presentes en nuestra normativa en materia de financiación –realizados fundamentalmente por el Tribunal de Cuentas y las Juntas Electorales– (Cugat Mauri, 2015, 240), ni la utilización de tipos penales no diseñados específicamente para perseguir esta clase de comportamientos (Santana Vega, 2017, 128), daban una respuesta suficiente, adecuada y eficaz para abordar este fenómeno de corrupción política. Y es que, en definitiva, todos los escándalos de corrupción que iban surgiendo evidenciaban la necesidad de que se tipificara un delito de esta naturaleza en nuestro Código Penal (Santana Vega, 2017, 128).

El legislador consciente de esta realidad introdujo, por primera vez en el Código Penal español (en adelante, CP), a través de la reforma efectuada a través de la LO 1/2015, los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos en un nuevo título XIII bis. Esta decisión es completamente acertada puesto que las funciones que constitucionalmente tienen atribuido los partidos políticos en España son, sin ningún género de dudas, merecedores de una tutela penal específica, siendo, en definitiva, más que necesario la incriminación de todas aquellas conductas de financiación ilegal que supongan una vulneración o injerencia hacia las mismas.

2. CONTROVERSIA EN RELACIÓN AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El nuevo título XIII bis, bajo la rúbrica «de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos», ha incorporado dos nuevos preceptos: De un lado, el art. 304 bis CP, que tipifica determinadas conductas de financiación ilegal de las formaciones políticas; y, de otro lado, el art. 304 ter CP, que castiga la participación en estructuras y organizaciones que tengan la finalidad de llevar a cabo este tipo de comportamientos.

Desde la expresa tipificación de estos delitos en 2015, la doctrina se ha ido posicionando acerca de cuál ha de ser el bien jurídico que el legislador pretende tutelar a través de estos artículos. Y, si bien es cierto, que hay un sector doctrinal que sostiene que éste debe vincularse con los valores que se pretenden proteger en los delitos contra la administración pública (Javato Martín, 2015, 719), o que podría entenderse como la interdicción del enriquecimiento ilícito, –caracterizado por su carácter patrimonial– (Muñoz Conde, 2015, 475), un sector mayoritario de la doctrina afirma, con mejor criterio, que el bien jurídico protegido en estos delitos debe ser examinado desde la perspectiva de la conservación del orden constitucional.

Así, por un lado, algunos autores han identificado el bien jurídico protegido con el «correcto funcionamiento constitucional del sistema democrático de partidos» (Nieto Martín, 2016, 123; Maroto Calatayud, 2015-2, 320-321; Núñez Castaño, 2017, 8; Bustos Rubio, 2016, 8), mientras que otros autores afirman, que lo que se pretende tutelar son las «funciones que los partidos ejercen hacia los ciudadanos» y «la libre concurrencia de partidos políticos en condiciones de igualdad de oportunidades» (Olaizola Nogales, 2015, 2; Sáinz-Cantero Caparrós, 2015, 666; Macías Espejo, 2016, 131).

No obstante, hay que tener presente que el art. 6 de la CE, hace referencia tanto a las funciones de los partidos políticos como a su estructura y funcionamiento interno. En este sentido, un bien jurídico protegido en estos preceptos podría ser, por un lado, la no perturbación de las funciones constitucionalmente atribuidas a los partidos políticos –como aspecto de transcendencia externa de los mismos–. Y ello tiene que ser así, porque las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos rompen con la igualdad, objetividad y transparencia del funcionamiento del sistema democrático, generando disfunciones en la manifestación de la voluntad popular, en la participación ciudadana, y en el propio pluralismo político. Por otro lado, un segundo bien jurídico protegido podría corresponderse, igualmente, con el correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos –como aspecto de transcendencia interna de las formaciones políticas–. En este sentido, conviene recordar que existen conductas –como pudiera ser la utilización de fondos del partido de manera extraoficial– que afectan tanto a la transparencia como a la democracia interna del partido, al implicar una posición de superioridad y mayor capacidad de influencia de aquel miembro o sector que dispone de fondos propio (Núñez Castaño, 2017, 8), determinando ello, igualmente, una injerencia de intereses ajenos a la pura voluntad popular, a la participación ciudadana y al pluralismo político.

3. ATIPICIDADES PRESENTES EN EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEL ART. 304 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Este primer artículo contenido en el título XIII BIS, contiene un delito de financiación ilegal de los partidos políticos, que tipifica esencialmente dos comportamientos: Por un lado, en su apartado primero, una financiación ilegal pasiva para quienes reciben las donaciones o aportaciones; y, por otro lado, en su apartado segundo, una financiación activa para quienes realizan estas acciones. En concreto, establece este precepto que:

«1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quintuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones dinerarias destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos¹.

¹ Para comprender mejor el apartado 1 del art.304 bis, transcribimos igualmente el art. 5.1 LOFPP al que este precepto hace referencia:

«Uno. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente:

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses cuatro años y multa del triple al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el art. 5.1 letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007 de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) de aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el art 7.2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos², que superen el importe de 100.000 euros. (...).

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores (...).

Como puede observarse, la técnica empleada es de norma penal en blanco, al no encontrarse la conducta prohibida en su totalidad en el precepto penal, al remitirse a ciertos preceptos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de Partidos Políticos (en adelante, LOFPP) que regula, únicamente, la financiación de las formaciones políticas, cuando ésta viene referida a su actividad ordinaria, pero no así, sin embargo, cuando éstas organizaciones se financian para sus campañas electorales.

La utilización, en este precepto, de esta técnica legislativa, constituye una cuestión muy controvertida para la doctrina puesto que, en primer lugar, se argumenta que la remisión que existe tan expresa a la legislación extrapenal provoca la impunidad de determinados comportamientos (Núñez Castaño, 2017, 5). En segundo lugar, se razona, igualmente, que el legislar de esta manera hace especialmente difícil determinar la lesividad penal expresados por el tipo del injusto de los preceptos (Sáinz-Cantero Caparrós, 2015, 668). En tercer lugar, también se pone de manifiesto, con acierto, que un hipotético cambio en alguno de estos preceptos extrapenales dejaría sin contenido a los a penales, obligando este hecho a tener que reformar el precepto (Nieto Martín, 2015, 474).

Consecuencia de lo anterior es, por tanto, que no todas las fórmulas de financiación resultan incriminadas, sino que, respecto a la conducta típica del

Donaciones anónimas, finalistas o revocables.

Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.

Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e).

² Art 7.2 LOFPP: «Los partidos no podrán aceptar ninguna forma de financiación por parte de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos».

tipo penal, se producen importantes lagunas de impunidad, comportamientos muchos de ellos graves que, en definitiva, no resultan castigados.

Así, por un lado, respecto de la financiación privada ordinaria de los partidos políticos, quedarían excluidas, por ejemplo, en primer lugar, las operaciones asimiladas –consistentes en que los partidos políticos acepten, directa o indirectamente, que terceras personas asuman de forma efectiva el coste de sus adquisiciones de bienes, obras o servicios o de cualesquiera otros gastos que genere su actividad–, al encontrarse esta conducta prevista en el art. 4 LOFPP y no en el art. 5. Uno LOFPP (Maroto Calatayud, 2015-2, 764).

En segundo lugar, quedarían fuera del tipo penal, igualmente, los acuerdos sobre condiciones de deuda puesto que, aunque en realidad pueda parecer una conducta análoga a la de una donación –y posiblemente con los mismos efectos– la condonación de crédito se refiere, en realidad, a dejar sin efecto un acto anterior que era un contrato, cuestión distinta a la donación (Muñoz Cuesta, 2015, 10). A este respecto, se argumenta también, que al no encontrarse expresamente mencionados como objeto material del delito a efectos del art. 304 bis CP, en aplicación de los principios de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica, dicha conducta debe quedar excluida (Núñez Castaño, 2017, 11).

En tercer lugar, no resultan castigadas las donaciones recibidas o entregadas en especie de bienes inmuebles salvo que no se cumplan los requisitos establecidos en el art. 4.2. letra e) LOFPP.

En cuarto lugar, tampoco entran en el ámbito del art. 304 bis CP las donaciones recibidas por las fundaciones y entidades vinculadas a los partidos políticos ni las entregas de donaciones a este tipo de entidades, que constituye una suerte de financiación indirecta. En relación a este extremo, un sector doctrinal afirma esta exclusión al considerar que el art. 304 bis. 4 hace referencia a «donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores», pero no se hace referencia al concepto de fundación, no castigándose en base a ello, esta conducta (Vera Sánchez, 2016, 354). No obstante, otro sector doctrinal sí que considera la inclusión de esta conducta en el tipo penal siempre y cuando estas aportaciones a fundaciones y entidades controladas estén destinadas a la financiación del partido correspondiente, puesto que, de no ser esto así, nos encontraríamos ante un fraude de ley (Muñoz Cuesta, 2015, 11), argumentándose, igualmente, un interés político-criminal en que ello sea así (Gómez Benítez, 2016, 149).

Por otro lado, respecto a la financiación electoral a través de recursos privados, el art. 304 bis tampoco prevé su incriminación, al remitirse exclusivamente el precepto al art. 5.1 LOFPP, el cual viene referido exclusivamente a las donaciones privadas en el ámbito de la financiación para el funcionamiento habitual de los partidos políticos.

Además, respecto de la financiación pública, resultarían atípicas, de un lado, las fórmulas de entrega y recibimiento de financiación pública relativas al funcionamiento ordinario de las formaciones políticas, que se sancionarían, en todo caso, a través de otros tipos penales (Puente Aba, 2015, 952), quedando fuera, por ejemplo, donaciones procedentes de empresas públicas para las que no existiría ni siquiera sanción administrativa alguna (Vera Sánchez, 2016, 354). De otro lado, quedan igualmente fuera del tipo penal, la financiación en periodo electoral a través de recursos públicos. En este sentido, señala la doctrina que el legislador ha desaprovechado la oportunidad de regular conjuntamente la financiación ilegal de los partidos políticos, con independencia de si es relativo al periodo electoral o al funcionamiento habitual de los partidos, dándose la circunstancia de que no quedarían cubiertos por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) muchos de estos comportamientos realizados durante periodo electoral (Puente Aba, 2015, 911), conductas todas ellas plenamente equiparables, en sede de lesividad para el bien jurídico, a los expresamente tipificados (Núñez Castaño, 2017, 10).

Por otra parte, el precepto contempla también modalidades agravadas tanto en los delitos de financiación pasiva como en los delitos de financiación activa. Así, por un lado, el art. 304 bis. 2. a) CP contempla una primera modalidad agravada que tiene como fundamento la especial cuantía de la donación, en la que no se especifica si se pueden acumular varias donaciones realizadas a lo largo de un periodo de tiempo a efectos de configurar una única conducta típica (Núñez Castaño, 2017, 15). Por otro lado, en relación a la conducta que se prevé en el art. 304 bis. 2 b, se sostiene por un sector doctrinal, con acierto, que al referirse este precepto sólo a donaciones, quedarían fuera del alcance penal el resto de fórmulas de financiación a las que se refiere el art. 7.2 LOFPP (Sáinz-Cantero Caparrós, 2015, 673).

4. EL LIMITADO ALCANCE DEL DELITO DE PARTICIPACIÓN EN ESTRUCTURAS U ORGANIZACIONES QUE TENGAN COMO FINALIDAD LA DE FINANCIAR ILEGALMENTE A PARTIDOS POLÍTICOS TIPIFICADO EN EL ART. 304 TER DEL CÓDIGO PENAL

Este segundo artículo contenido en el Título XIII bis, contiene un delito de pertenencia a estructuras u organizaciones cuyo objeto sea la financiación ilegal de partidos políticos. En concreto, dispone el art. 304 ter que:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya

finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones».

Se trata de un delito diferente al que le precede puesto que no se configura como una agravación de la pena para quien cometa el delito de financiación ilegal de partidos en el seno de una estructura, sino que se fija una pena autónoma sin referencia a la penalidad prevista en el anterior delito de financiación ilegal (Puente Aba, 2015-2, 709). Se trata, de un tipo penal, caracterizado por el uso de términos genéricos e imprecisos, cuya interpretación judicial, a juicio de un sector doctrinal, deberá ser necesariamente restrictiva a riesgo de incurrirse en total arbitrariedad en su aplicación (Maroto Calatayud, 2015, 317), circunstancia ésta que conlleva que la conducta castigada tenga un alcance limitado y se produzcan, nuevamente, lagunas de impunidad.

En su modalidad básica, la tipificación de la conducta de este delito se realiza con tal generalidad que se hace necesario precisar su contenido material. En este sentido, la expresión «el que participe» supone no una mera pertenencia a la organización o estructura, sino una participación de forma activa y relevante en la financiación del partido, así como en la posible perturbación de la normalidad en el ejercicio de sus funciones (Sáinz-Cantero Caparrós, 2015, 685-686). Por otro lado, la expresión «cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos», que admitiría la interpretación de considerar como único fin el de financiar ilegalmente a un partido político (Olazola Nogales, 2015, 5), hemos de entenderla, sin embargo, de un modo más amplio. A este respecto, se puede sostener que la financiación ilegal ha de ser el principal objeto, pero no el único, puesto que así se establece en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, apartado XIX del preámbulo. Por último, la expresión «al margen de lo establecido en la ley» también admite interpretaciones diversas. Existe un sector doctrinal que se muestra partidario de considerar que la violación de normas se refiere exclusivamente a la LOFPP, argumentándose, para ello, razones sistemáticas y por las remisiones a esta norma que hace el anterior artículo (Muñoz Cuesta, 2015, 19). Otro sector doctrinal, con mejor criterio, se muestra partidario de extender el tipo a la infracción de otras normas penales como podría ser la LOREG (Bustos Rubio, 2016, 76-77), puesto que el tipo penal en ningún momento lo impide y existen razones político-criminales que avalarían esta interpretación.

En definitiva, la modalidad básica únicamente castigaría aquel que participe de una manera material y relevante en estructuras que tengan como finalidad principal la de financiar a partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, tanto de la forma prohibida en el art. 304 bis CP, como rea-

lizando hechos que supongan infracciones de otras normas legales –como son la LOFPP y la LOREG–. En este sentido, se pueden observar la impunidad del resto de comportamientos, como pudiera ser, por ejemplo, la de aquel sujeto que realiza esta conducta teniendo un tipo de participación de menor entidad al que acabamos de describir, o, también, el contar con esta estructura para financiar ilegalmente de forma indirecta a partidos políticos y sus figuras afines a través de fundaciones y entidades vinculadas a los partidos políticos.

Por otra parte, la modalidad agravada del apartado 2 del art. 304 ter, también está redactado de una manera imprecisa. La doctrina se muestra partidaria de entender a estos sujetos como un grupo cualificado de personas que realizan una aportación específica a la actividad delictiva de financiar ilegalmente a los partidos (Sáinz-Cantero Caparrós, 2015, 686). No obstante, el precepto no llegaría a castigar a los «creadores» de estas estructuras o grupos al no aparecer esto previsto en el tipo penal, sujetos que, sin embargo sí que resultan castigados en otras conductas delictivas (como es el caso de los delitos de asociaciones ilícitas del art. 517 CP –en donde sí que se castiga a «fundadores, directores o presidentes»– o en los delitos relativos a las organizaciones criminales del art. 570 bis – en donde se sanciona a «quienes promovieran, constituyeren, organizaren»), encontrándonos aquí, de nuevo, con otra atipicidad del precepto.

5. POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y NE BIS IN IDEM. ESPECIAL REFERENCIA A UNA EVENTUAL DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 304 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Como hemos tenido ocasión de observar, la defectuosa técnica empleada al tipificar las conductas sancionadas, esto es, la utilización de la norma penal en blanco ocasiona importantes problemas de solapamiento, concurrencia y colisión normativa de preceptos.

Y es que, por un lado, se podría producir una verdadera conculcación del principio *ne bis in idem*, ocasionándose con ello importantes problemas en el Tribunal de Cuentas a la hora de hacer efectivas sus competencias fiscalizadoras y sancionadoras. Ello estaría motivado, en el caso del art. 304 bis, por el hecho de que no se exige ningún elemento adicional de lesividad del delito respecto de la infracción administrativa. En este sentido el solapamiento existente entre la infracción del art. 5 de la LOFPP y el art. 304 bis 1, puede vaciar el contenido de la norma de la LOFPP, remitiendo de manera casi automática toda infracción a la jurisdicción penal (Maroto Calatayud, 2015, 315), que,

para el caso del art. 304 ter, habría que solucionar planteando concursos de delitos (con el artículo que le precede y con los art 570 bis y ter).

Por otro lado, podría producirse una vulneración al principio de legalidad, puesto que una remisión en bloque a la normativa extrapenal plantea serios problemas de legitimación y compatibilidad con este principio, en su vertiente de reserva de ley (Sáinz-Cantero Caparrós, 2016, 671). En este sentido, la doctrina considera acertadamente que una modificación directa del contenido del injusto mediante la reforma de la legislación administrativa podría vaciar de contenido el tipo penal y excluir comportamientos ofensivos para el objeto de tutela, permitiéndose con ello lagunas injustificables de impunidad (Núñez Castaño, 2017, 5).

Por último, es importante señalar que, como resultado de la vulneración del principio de legalidad, se podría producir una eventual declaración de inconstitucionalidad del art. 304 bis CP, impidiéndose su aplicación, y produciéndose graves lagunas de punibilidad. A este respecto, se denuncia, que, el encontrarse el núcleo de la conducta prohibida remitido a lo establecido en la normativa administrativa resulta contrario al principio de reserva de Ley Orgánica, al no cumplirse los requisitos de legitimidad exigidos por el Tribunal Constitucional para este tipo de normas (Núñez Castaño, 2017, 10). En este sentido, existen serias dudas de que el art. 304 bis CP cumpla los requisitos que el Tribunal Constitucional ha establecido para admitir una remisión a normas extrapenales³. Ello sería así, en primer lugar, porque resulta difícil admitir que la norma penal contenga en este caso el núcleo esencial de la prohibición, puesto que ésta remite íntegra y sin ninguna precisión añadida la determinación de las conductas prohibidas al art. 5 LOFPP, siendo, en definitiva, una norma administrativa la que define el tipo. En segundo lugar, porque, existen serias dudas acerca de que el reenvío normativo se encuentre justificado en relación al bien jurídico protegido. En tercer lugar, parece que el art. 304 bis CP, tampoco satisface la exigencia de certeza al que obliga el principio de legalidad penal del art. 25. 1 CE, ya que cuando se integra en el tipo la norma

³ Recordemos, en este sentido, que las SSTC 127/1990, de 25 de junio; 120/1998, de 14 de junio; y 101/2012, de 8 de mayo, entre otras muchas, han condicionado la admisibilidad de la remisión normativa en materia penal a la constatación de una serie de requisitos:

Que la norma penal contenga el núcleo esencial de la conducta típica, estableciendo los elementos esenciales de la conducta prohibida.

Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido en la norma penal.

Que la norma penal establezca claramente la pena o sanción y se satisfaga la exigencia de certeza, concurriendo a la concreción necesaria para que la conducta delictiva quede suficientemente precisada en la norma penal.

extrapenal (art. 5. Uno LOFPP), no permite identificar con la necesaria y suficiente precisión la conducta que tipifica (Rebollo, 2018, 322-323).

6. CONCLUSIONES

Con la tipificación de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos en el año 2015, a través del título XIII BIS, se ha pretendido tutelar penalmente tanto el correcto desarrollo de las funciones que los partidos políticos tienen atribuidas en virtud del art. 6 de la Constitución Española, como los límites que este precepto establece para aquellas.

Hasta ese momento, los mecanismos de control extrapenales de financiación existente ponían de manifiesto múltiples disfuncionalidades, y no resultaban, en modo alguno útiles para perseguir de forma eficaz el fenómeno de la financiación ilegal de los partidos políticos, cuestión ésta de una esencial transcendencia para garantizar el carácter democrático del estado español. Y es que, en este sentido, la existencia de esta clase de comportamientos supone una inadmisibles injerencia al correcto desempeño de los cometidos que, por expreso mandato constitucional, tienen atribuidas estas entidades.

El legislador, a través de los arts. 304 bis y 304 ter, ha pretendido tutelar dos bienes jurídicos: de un lado, en relación a determinados aspectos de transcendencia exterior de las formaciones políticas, «la no perturbación de las funciones constitucionalmente atribuidas a los partidos políticos»; y de otro lado, con respecto a determinados aspectos de transcendencia interna de las mismas, «el correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos», al referirse el propio art. 6 a su funcionamiento y estructura interna, y al existir determinadas conductas en este ámbito, que suponen, igualmente, una injerencia hacia estas funciones.

No obstante, al realizar la exégesis de los arts. 304 bis y 304 ter, se puede llegar a la conclusión de que con la actual redacción de estos preceptos –incluidos en el Título XIII bis del CP– se desvanece la posibilidad de poder perseguir muchos comportamientos vinculados a la financiación ilegal de las formaciones políticas completamente homologables a las que sí que se encuentran sancionadas, conductas éstas que afectan, igualmente, a los bienes jurídicos que se pretenden tutelar. Y es que, con esta defectuosa tipificación, se producen, en este ámbito, importantes lagunas de impunidad consecuencia directa de las atipicidades que concurren en ambos preceptos. Esta situación ha sido provocada, en gran medida, por la desatinada técnica legislativa empleada por el legislador, por los graves defectos formales existentes en ambos precep-

tos –al haber sido redactados de una manera confusa, genérica e imprecisa–, y por limitar su alcance a ciertas conductas de financiación privada, descartándose –inexplicablemente– otras que tienen un origen público.

Por otra parte, se pone de manifiesto por parte de la doctrina, que los propios defectos de tipificación de los que adolecen ambos artículos, podrían provocar, incluso, que se cuestionase la adecuación a la Constitución Española de los preceptos. Y es que, con la técnica legislativa de «ley penal en blanco», se podría producir una efectiva vulneración del principio *ne bis in idem*, – puesto que esto ocasionaría importantes problemas al Tribunal de Cuentas a la hora de hacer efectivas sus competencias fiscalizadoras y sancionadoras–, e, incluso, del esencial principio de legalidad –en su vertiente de reserva de ley–, debido a la remisión que existe en bloque a normativa extrapenal.

En definitiva, se puede llegar a afirmar, que la incorrecta tipificación de los preceptos sigue dificultando la persecución y sanción de estos comportamientos inherentes a la corrupción política. Por todo lo indicado se puede concluir, que los actuales preceptos no tutelan de una forma adecuada las esenciales funciones que la Constitución Española, en su art. 6, atribuye a las formaciones políticas, cuestión ésta, que debería reflejarse en una futura reforma del Código Penal Español.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUTISTA PLAZA, D. (2006), *La función constitucional de los partidos políticos*. Granada: Comares.
- BUSTOS RUBIO, M. (2016), *El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *Revista penal*, n.º 37, Tirant online.
- CORCOY BIDASOLO, M; MIR PUIG, S. (2015), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CUGAT MAURI, M. (2015), «Financiación ilícita de los partidos políticos y corrupción pública», en Demetrio Crespo, E. (dir.); González-Cuellar Serrano, N. (dir.). *Halcones y palomas. Corrupción económica*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. (2016), «Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción», en Castro Moreno, A. (dir.); Otero González, P. (dir.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson.
- JAVATO MARTÍN, A. M. (2015), «Artículos 234-318 BIS», en Gómez Tomillo (Dir.). *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos*, Navarra: Aranzadi.

- MACIAS ESPEJO, B (2016), «Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código Penal», *Cuadernos de política criminal*, n.º 119, II,.
- MAROTO CALATAYUD, M. (2015), *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Madrid: Marcial Pons.
- (2015-2), Los delitos de financiación ilegal de partidos. En G. Quintero Olive-
raes (dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Navarra: Aranzadi.
- MARTÍNEZ CUEVAS, D. (2006), *Régimen jurídico de los partidos políticos*. Madrid:
Marcial Pons.
- MUÑOZ CONDE, F. (2015), *Derecho penal. Parte especial*, 20.ª ed., Valencia: Tirant lo
Blanch.
- MUÑOZ CUESTA, F. J. (2015), *La financiación ilegal de partidos políticos. Estado
actual de la cuestión: examen del nuevo delito de financiación ilegal de partidos
políticos*. Disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20D.%20Javier%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta.pdf?idFile=d44d14cf-1636-4c02-85b9-b73034c3e233)
[NFIS/descarga/Ponencia%20D.%20Javier%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta.](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20D.%20Javier%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta.pdf?idFile=d44d14cf-1636-4c02-85b9-b73034c3e233)
[pdf?idFile=d44d14cf-1636-4c02-85b9-b73034c3e233](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20D.%20Javier%20Mu%C3%B1oz%20Cuesta.pdf?idFile=d44d14cf-1636-4c02-85b9-b73034c3e233).
- NIETO MARTÍN, A. (2015), *Nociones fundamentales de derecho penal, parte especial,*
vol. II, 2.ª ed. Madrid: Tecnos.
- (2016), en Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A. *Fraude y corrupción en el
Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca:
Universidad de Castilla-La Mancha.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2017), «La cuestionable regulación penal de los delitos de fi-
nanciación ilegal de los partidos políticos», *Revista penal*, n.º 39.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2015), «El delito de financiación ilegal de partidos políticos
en la reforma del CP», *Diario La Ley*, n.º 8516.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. (2005), «Los partidos políticos como instrumentos al servicio
de la formación y manifestación de la voluntad popular», en *Constitución y De-
mocracia. 25 años de Constitución Democrática en España (actas del congreso
celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*. Bilbao: Universi-
dad del País Vasco.
- PUENTE ABA, L. M. (2015), «Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis
CP)», en González Cussac, J. L. *Comentario a la Reforma del Código Penal de
2015*, 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2015-2), «Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de
partidos políticos (art. 304 ter CP)», en González Cussac, J. L. *Comentario a la
Reforma del Código Penal de 2015*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- REBOLLO, R. (2018), El delito de financiación ilegal de partidos políticos (problemas
interpretativos y atipicidades). En García-Arán, M. (dir.); Botella, J (dir.). *Res-
ponsabilidad jurídica y política de los partidos en España*. Valencia: Tirant lo
Blanch.
- SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (2015), «Capítulo vigésimo primero. Los delitos de
financiación ilegal de los partidos políticos», en Morillas Cueva, L. (dir.). *Estu-*

dios sobre el código penal reformado (leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). Madrid: Dykinson.

SANDOVAL CORONADO, J. C. (2015), «La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del «caso Pallerols», en Puente Aba, L. M (dir.). *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*. Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Bosch.

SANTANA VEGA, D. M. (2017), El delito de financiación ilegal de partidos políticos. en: Queralt Jiménez (dir.) y Santana Vega (dir.). *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

VERA SÁNCHEZ, J. S. (2016), «Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 304 bis-304 ter)», en Corcoy Bidasolo, M.; Gómez Martín, V. *Manual de derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 Y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 2. Valencia: Tirant lo Blanch.

UN LOBBISMO REGOLAMENTATO QUALE FATTORE DI TRASPARENZA DEI PROCESSI DECISIONALI AL TEMPO DELLA CRISI DEI PARTITI POLITICI

ANNA CAMILLA VISCONTI*

Università degli Studi «G. d'Annunzio» Chieti-Pescara

SOMMARIO: 1. Rappresentanza di interessi e democrazia. 2. La regolamentazione dei gruppi di interesse in ambito UE. 3. *Lobbying* tra regolamentazione e non-regolamentazione: i casi italiano e spagnolo. 4. Cenni conclusivi. 5. Riferimenti bibliografici.

1. RAPPRESENTANZA DI INTERESSI E DEMOCRAZIA

Uno studio sul ruolo esercitato dalle *lobbies*, variamente (e, spesso, intercambiabilmente¹) definite gruppi di interesse o gruppi di pressione, necessita

* Dottoranda di Ricerca in Diritto costituzionale.

¹ Non si ritiene di condividere la tesi di EHRMAN (1968, 486), secondo cui «una volta determinato che all'universo dei gruppi di interesse appartengono solo quelle organizzazioni che hanno una posta in gioco nel processo politico, l'espressione «gruppi di interesse» può essere usata intercambiabilmente con l'espressione «gruppi di pressione». In tal senso, MATTINA (2010, 13-14), il quale, oltre a suggerire una distinzione tra gruppi di interesse e gruppi di pressione (termine, quest'ultimo, che veniva utilizzato con «una connotazione negativa che restringeva l'azione dei gruppi alla minaccia o all'impiego di sanzioni nei confronti dei *policy makers*»), sottolinea come debba, altresì, distinguersi dal termine gruppo di interesse il termine *lobbying* poiché «mentre il gruppo di interesse è un'organizzazione, il *lobbying* indica (...) le

una preliminare perimetrazione del fenomeno, a partire dallo stesso dato terminologico. Le suddette espressioni non sono, a ben vedere, sovrapponibili, in quanto tese a valorizzare, la prima, l'elemento *statico* dell'organizzazione, consistente nell'essere, appunto, un gruppo portatore di determinate istanze comuni; la seconda, l'elemento *dinamico*, afferente le modalità attraverso cui il gruppo perora la propria causa innanzi al decisore politico (Pasquino, 1972). L'espressione gruppo di pressione sembrerebbe, *prima facie*, più soddisfacente in quanto inclusiva di entrambi gli aspetti caratterizzanti il fenomeno, ovvero l'esistenza di un'organizzazione formale e le modalità di azione utilizzate dalla stessa. Purtroppo, va segnalato come il termine *pressione* non si attagli alla realtà empirica² dell'azione posta in essere da suddetti gruppi, la quale si rivela, sovente, maggiormente orientata alla collaborazione (Key, 1964, 32-33).

Una definizione di gruppo di interesse è fornita da Mattina, il quale ne individua gli elementi distintivi nella «organizzazione formale permanente», nella «adesione individuale e volontaria», nonché nella «attivazione politica», definendoli come quelle «organizzazioni formali solitamente basate sull'adesione volontaria individuale, che cercano di influenzare in loro favore le politiche pubbliche senza assumere responsabilità di governo» (Mattina, 2010, 13-14).

Svolti questi preliminari cenni di ordine definitorio, devesi indagare il ruolo giocato dalle *lobbies* nell'ambito delle democrazie parlamentari contemporanee³, quale strumento di raccordo tra Parlamento e realtà socio-economiche, in particolare a fronte dell'incapacità dei partiti politici di intercettare le istanze provenienti dalla società civile. In tal senso, «con la crisi dei partiti politici, tradizionali mediatori degli interessi della società civile presso le istituzioni pubbliche, tale fenomeno ha assunto una dimensione maggiore, ed è sembrato configurarsi quale «sucedaneo» della rappresentanza politica, se non addirittura alternativa ad essa» (Frosini, 2012, 3). L'alleggerimento della funzione costituzionale dei partiti rende i gruppi di interesse una componente legittima e, in alcuni casi, necessaria della forma di governo parlamentare, alla condizione –si intende– di una adeguata regolamentazione di un fenomeno coesistente alle democrazie pluralistiche.

Evidente come, a fronte dell'ambiguità insita al fenomeno lobbistico, la stessa dottrina si sia divisa tra chi ha inteso porre l'accento sui profili negativi e

tattiche e le strategie con le quali l'organizzazione cerca di influenzare il *policy making* su una questione che gli sta a cuore».

² Si segnala come il termine *pressione*, nel suggerire una posizione esterna al processo decisionale, sia contraddetto da svariati studi empirici, secondo i quali i gruppi sono, sovente, assoluti protagonisti del processo di *policy-making*. In tal senso, si vedano HEINZ, LAUMANN, NELSON, SALISBURY (1993).

³ Sul punto, si veda, tra gli altri, MARTINES (2018).

disfunzionali del fenomeno e chi, viceversa, ne ha valorizzato la connessione con i sistemi di democrazia pluralista, tentando altresì di rinvenire nello stesso tessuto costituzionale una copertura della rappresentanza degli interessi. Nel primo filone si colloca la posizione di chi ha rinvenuto nella mancanza di un riconoscimento costituzionale esplicito ai gruppi di interesse una sorta di «silenzio-condanna», da leggersi nel senso che tali gruppi «non possono costituire una delle ruote del sistema» (Esposito, 1958/1999, 201), in quanto espressione di interessi egoistici e parziali⁴, da non inquadrare nello Stato; nel secondo chi, partendo da una lettura sistematica degli artt. 2, 3, 18 e 49 Cost., anche alla luce della sopravvenuta giurisprudenza costituzionale⁵, ha sostenuto che «l'attività finalizzata ad influenzare il decisore pubblico, specialmente quello politico, ovviamente con mezzi leciti, è l'esercizio di un diritto costituzionale», da considerarsi «elemento caratterizzante non solo ogni ordinamento democratico ma l'essenza stessa della democrazia pluralista» (Petrillo, 2015, 2).

A cavallo tra XIX e XX secolo, la progressiva *pluralizzazione* della società ha prodotto, quale naturale portato di detta evoluzione, l'emersione di interessi organizzati e, soprattutto, *particolari*; meglio detto, il progressivo avvento delle masse popolari sulla scena pubblica, la nascita dei primi partiti politici di massa, la crisi del dominio della borghesia liberale hanno determinato la necessità di una ridefinizione complessiva degli assetti sociali, economici e politici vigenti. In questo quadro, seppur ancora in fase embrionale, nascono le prime forme di associazione per la tutela degli interessi, nonostante dette forme embrionali fossero oscurate dall'avvento dei partiti politici di derivazione popolare. La crisi del tradizionale ruolo del partito politico, rinvenibile a far data (quantomeno nella sua fase primigenia) dalla fine degli anni «Sessanta, ha consentito anche nel Vecchio Continente l'emersione, seppur graduale, della necessità diffusa in ampi settori della società di veder tutelati i propri interessi per mano di associazioni/gruppi che fossero estranei alla diretta gestione della cosa pubblica. L'emersione o, più correttamente, l'espansione del fenomeno della rappresentanza di interessi è evidentemente correlata alla progressiva erosione del sistema partitico, tanto da doversi considerare «un processo di cambiamento strutturale nell'azione della rappresentanza degli interessi come reazione all'evoluzione –per certi versi

⁴ Ad avviso di ESPOSITO (1958/1999), l'art. 49 Cost., nel disporre che «i singoli devono trovare nei partiti lo strumento per concorrere a determinare la politica nazionale» (205), escluderebbe la rispondenza dei gruppi di interesse alla realtà normativa dell'ordinamento, tanto da affermare che «quando il dominio di un gruppo di pressione sul Governo dovesse verificarsi (anche solo per un singolo provvedimento) il Parlamento dei partiti (quale previsto dalla nostra Costituzione) dovrebbe denunciare questa invasione della propria competenza, questo prevalere degli interessi particolari sui generali» (206).

⁵ Il riferimento va, in particolare, alle pronunce nn. 1/1974 e 190/1974, nonché alla sentenza n. 379/2004.

drammatica– del sistema politico» (Capano, Lizzi, Pritoni, 2014, 327). Già agli albori del xx secolo, veniva, del pari, rilevato come «il depotenziamento del circuito politico mediato dal sistema dei partiti proprio del governo parlamentare» avesse favorito «lo sviluppo di circuiti politici alternativi al modello parlamentare tradizionale» (Cheli, 1994, 396).

L'esistenza di una relazione, un rapporto dinamico, tra decisore pubblico e gruppi di interesse costituisce un dato caratterizzante le moderne democrazie liberali. Il canale di trasmissione fra la decisione politica ed i gruppi di *lobbying* è, tradizionalmente, costituito dall'interlocutore partitico, il quale, mediante la propria presenza istituzionale, favoriva l'ascolto delle argomentazioni del lobbista e, qualora ne fosse stato persuaso, le ergeva a decisione collettiva, recependo, in tal modo, le istanze provenienti dalla società civile. La crisi del consueto ruolo sociale del partito politico ha, tuttavia, in parte mutato tale realtà fattuale. In tal senso, infatti, osserva Petrillo come «l'entrata in crisi della capacità del partito di intercettazione delle istanze sociali e di mediazione esclusiva tra lo Stato-Comunità e lo Stato-apparato ha favorito l'affermazione dei gruppi di pressione quali portatori «altri» di interessi più o meno ampi, rendendo ancora più evidente il loro ruolo non solo nell'attuazione ma finanche nella formazione dell'indirizzo politico, tanto da far riflettere sulla loro rilevanza nella declinazione delle forme di governo» (Petrillo, 2016, 283-284). Di tal che, come rilevato da Mania, «la nuova veste che ora una parte degli attori sociali ambisce a indossare –nonostante la dissimulazione di prassi– deriva proprio dalla friabilità del sistema, dalla decadenza dei partiti di massa, dalla scomposizione dei vecchi legami sociali, territoriali, ideologici e culturali» (Mania, 2007, 858). Se nella fase di massima penetrazione sociale dei partiti, questi ultimi svolgevano una duplice funzione, ascendente e discendente, intendendosi in tal senso la capacità di raccogliere le istanze provenienti dalla società civile e convogliarle verso l'alto, rendendole decisione pubblica, l'attuale quadro partitico pare inquinato dalla «ricerca esasperata del consenso anche in relazione a decisioni che alla fine, espletate le procedure di concertazione, spettano alle Istituzioni» (Barbera, 2008, 870).

In un quadro così delineato «le *lobby*, colmando, almeno in parte, il vuoto lasciato dai partiti politici, hanno saputo condizionare le scelte pubbliche non solo attraverso la leva economica (legalmente –secondo le regole del finanziamento elettorale, ad esempio– o illegalmente) ma anche attraverso la trasmissione di informazioni ad alto contenuto tecnico, l'ausilio, l'assistenza tecnica fornita al decisore pubblico, il supporto in precedenza assicurato dal gruppo parlamentare o dal partito stesso» (Petrillo, 2011, 78). La proliferazione dei gruppi di interesse costituisce la logica scaturigine del maggiore grado

di complessità caratterizzante le moderne realtà socio-economiche. Da un lato, il progresso tecnico; dall'altro, la parcellizzazione/frantumazione dell'interesse generale, il quale non si presta più ad essere monoliticamente inteso quale interesse generale preesistente. In un contesto caratterizzato da un alto grado di complessità, sia sotto il profilo della disseminazione degli snodi deliberativi, sia sotto il profilo della specializzazione e settorializzazione della conoscenza tecnica, i gruppi di interesse «hanno mutato ruolo, comportamento, spazio d'azione, trasformandosi in interlocutori stabili (più o meno formalizzati) delle istituzioni» (Petrillo, 2011, 80), anche in considerazione del fatto che «la crisi della politica induce i partiti a cercare rifugio entro la società, seguendone le pulsioni e gli egoismi, non riuscendo più a indirizzarli, trasformarli e fornendo ad essi forma politica» (Azzariti, 2009, 225). In tal senso, il ruolo dei gruppi di interesse si espicherebbe sotto un duplice versante poiché «da un lato, i gruppi di interesse fungerebbero da contropotere all'azione dei governanti, impedendo così che la loro azione politica risulti del tutto irresponsabile rispetto a parti importanti della società civile; dall'altro, allorquando tale potere diventasse eccessivo, inserirebbero un elemento di distorsione all'interno del circuito democratico-rappresentativo» (Pritoni, 2015, 7). Nell'ambito di un simile contesto socio-economico, da calarsi, altresì, nel quadro della *governance* multilivello europea, «il *lobbying* opererebbe, dunque, quale infrastruttura sociale ed economica in grado di unire, fermo restando le proprie rispettive responsabilità, soggetti privati e decisori pubblici» (Frosini, 2012, 3).

Approcciando all'analisi empirica del fenomeno lobbistico, non può sottrarsi una generale considerazione di ordine metodologico. L'assunto fondamentale da cui dipana ogni riflessione sul punto involge il piano della corretta collocazione del fenomeno rispetto ad una sana dinamica di rappresentanza democratica degli interessi organizzati (e non) della società civile. Sul punto, infatti, osserva Checcoli come, in sostanza, occorra investigare, con riferimento al tema del lobbismo «se si tratti di un elemento positivo di avvicinamento e dialogo democratico fra rappresentanti e rappresentati, o piuttosto un segnale di inefficienza del sistema parlamentare e che rischia di divenire «ostaggio» degli interessi particolari perorati dalle *lobby* più influenti, con gravi conseguenze sull'effettività dei principi di democrazia ed uguaglianza» (Checcoli, 2006, 721). Lo studio di detto fenomeno, inoltre, deve essere svolto sotto una duplice ottica: ovvero, come ha sottolineato Della Luna Maggio, «il tema della rappresentanza degli interessi racchiuderebbe in sé due dimensioni: una «giuridica», vale a dire la necessità di regolamentare l'attività della rappresentanza degli interessi, in termini, soprattutto, di criteri e modalità di accesso dei

gruppi di pressione alle istituzioni pubbliche; l'altra «sociale», ovvero evitare che il *lobbying* (inteso, in termini generali, come sistema della rappresentanza degli interessi) sia *tendenzialmente* percepito come sinonimo di malaffare e corruzione» (Della Luna Maggio, 2015, 2). Già in prima battuta, si comprende ove origini la diffidenza nei confronti dei gruppi di interesse, tanto da farne un vero e proprio «tabù giuridico» (Petrillo, 2012, 183).

L'attività dei gruppi di pressione viene sovente interpretata in senso *distorsivo* rispetto alla *corretta* dinamica decisionale del Pubblico. In tal senso, è stato rilevato da autorevole dottrina che «un parlamento in cui siano rappresentati (...) interessi settoriali, può produrre solo una somma di compromessi particolari, non può produrre alcuna decisione generale unitaria», così determinandosi la disgregazione della «autorità unitaria del parlamento», che verrebbe ad essere «erosa dallo scambio di utilità particolari» e «divorata dall'attacco concentrico che gli interessi le muovono» (Zagrebel'sky, 1994, 89). Purtuttavia, a fronte della registrata «scontentezza nei confronti del sistema dei partiti», nel cui agire è dato rinvenire «un *deficit* nella rappresentanza democratica» (Nicoletti, Brino, 2006, 515), ci si deve interrogare sull'opportunità di una adeguata regolamentazione del fenomeno in parola al fine di arginare, quanto più possibile, i rischi di storture e/o disfunzioni.

L'attività di *lobbying*, correttamente inserita nel quadro di una moderna democrazia rappresentativa, può essere intesa quale tecnica di negoziazione che, se adeguatamente regolamentata, consentirebbe una corretta ed efficace rappresentanza di rilevanti interessi e gruppi sociali. In tal senso, dal punto di vista del politico, «la *lobby* rappresenta, per il politico di professione, un canale di comunicazione formale tecnicamente strutturato per entrare in contatto con gli interessi reali e fare, ordinatamente, scambio politico» (Trupia, 1989, 124).

2. LA REGOLAMENTAZIONE DEI GRUPPI DI INTERESSE IN AMBITO UE

L'Unione europea ha storicamente rappresentato il luogo d'elezione per un'ampia diffusione dei gruppi di interesse, quali portatori di informazioni ed interessi su settori cardine per l'integrazione europea⁶. Sin dall'istituzione delle Comunità europee (e correlativamente all'ampliamento delle competenze comu-

⁶ Cfr., sul punto, GRAZIANO (2002, spec. 48 ss.); RODRÍGUEZ (2010, spec. 129); PETRILLO (2011, spec. 245 ss.).

nitarie⁷) i gruppi di interesse hanno progressivamente trovato maggiori opportunità di partecipazione a titolo consultivo alla formazione delle politiche pubbliche, divenendo parte integrante del complesso e articolato processo decisionale dell'Unione: ai gruppi espressione dei settori economico-produttivi si sono affiancati gruppi di interesse nei settori sociali e, finanche, dei diritti umani⁸.

L'Unione europea ha, pertanto, avviato un processo di riconoscimento e progressiva regolamentazione dell'attività di *lobbying*, a far data dalla previsione del Registro dei rappresentanti degli interessi al Parlamento europeo del 1996, seguita, poi, dall'adozione di un analogo registro della Commissione nel 2008 e, da ultimo, culminato con l'adozione del «Registro per la trasparenza per le organizzazioni, le persone giuridiche e i lavoratori autonomi impegnati nell'elaborazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione» previsto dall'Accordo interistituzionale tra Parlamento e Commissione UE del 23 giugno 2011⁹ e successivamente sostituito dall'Accordo interistituzionale sul «Registro per la trasparenza delle organizzazioni e dei liberi professionisti che svolgono attività di concorso all'elaborazione e attuazione delle politiche dell'Unione europea» del 2014¹⁰.

Prima ancora di addivenire ad un Registro dei rappresentanti degli interessi al Parlamento europeo, la Commissione aveva già formalizzato, nel dicembre del 1992, la propria posizione di apertura al confronto con i gruppi di interesse nella Comunicazione «Un dialogo aperto e strutturato tra la Commissione e i gruppi di interesse speciale»¹¹. Detta Comunicazione sintetizza gli obiettivi perseguiti dalla Commissione per il tramite della stabile consultazione delle *lobbies*, quali interfaccia degli interessi organizzati nella società civile¹². Il documento in parola è sintomatico dell'atteggiamento di favore della Commissione nei confronti dell'apporto derivante da una costante interlocuzione con i gruppi di interesse, da apprezzarsi sotto il duplice versante «tecnico della normazione» e «politico della sua legittimazione» (Checcoli, 2006, 730)¹³. In particolare, l'avvicinamento della Commissio-

⁷ Ampliamento da far risalire al momento dell'adozione, nel 1986, dell'Atto unico europeo.

⁸ Per un approfondimento sull'evoluzione della rappresentanza degli interessi a livello europeo, si vedano, in particolare, PANEBIANCO (2001, spec. 276-278); PIRZIO AMMASSARI, MARCHETTI (2018).

⁹ GU L 191/29 del 22 luglio 2011.

¹⁰ GU L 277/11 del 19 settembre 2014.

¹¹ Comunicazione (1992)2272.

¹² Cfr., sul punto, GAETA (2010); SASSI (2012).

¹³ A tal riguardo, rileva l'A. come «sotto il primo profilo, i gruppi esterni consentono alle Commissioni di fruire di studi, pareri e in generale di *expertise*, dei quali essa non sarebbe altrimenti in grado di disporre per ognuna delle molteplici attività di impulso che le sono proprie all'interno del complesso procedimento normativo comunitario» e come, sotto il secondo versante, una proposta frutto di un coinvolgimento attivo di «soggetti esponenziali di interessi economici e sociali rilevanti a livello europeo sarà inevitabilmente più «forte» al momento della sottoposizione a Parlamento e Consiglio nelle fasi successive» (CHECCOLI, 2006, 730).

ne ai gruppi di interesse risulta essere finalizzato al «rafforzamento delle proprie strategie informative», al «miglioramento della valutazione di impatto economico, amministrativo e politico delle proprie proposte» e, correlativamente, alla «ottimizzazione della qualità della legislazione» (Ferioli, 2012, 97). Non desta stupore, infatti, che la Commissione sia stata «una della più forti sostenitrici del *civil society discourse*» (Rodriguez, 2010, 125), facendosi interlocutrice dei gruppi di interesse nell'ambito di un rapporto biunivoco o di uno «speciale rapporto di dipendenza» di reciproco vantaggio. In tal senso, «la Commissione dipende da gruppi d'interesse ed esperti nazionali per informazioni su standard tecnici, legislazione e strutture organizzative nazionali, che rappresentano il materiale su cui elaborare le politiche pubbliche e formulare proposte di legislazione comunitaria; gli interessi organizzati trovano nella Commissione l'istituzione più utile per accogliere le loro domande e tradurle in politiche» (Panbianco, 2001, 279-280). L'atteggiamento positivo della Commissione nei confronti della società civile ha avuto sviluppi e conferme, a partire dal Libro Bianco sulla *governance* europea¹⁴, con cui si intese favorire un dialogo più sistematico con i rappresentanti della società civile, nell'ambito del generale obiettivo di «una maggiore apertura nel processo di elaborazione delle politiche dell'Unione europea, così da garantire una partecipazione più ampia dei cittadini e delle organizzazioni alla definizione e presentazione di tali politiche» (Libro Bianco, 3). Un simile approccio si è tradotto, con specifico riferimento ai gruppi di interesse, in una riforma del sistema dell'attività dei Comitati¹⁵ nell'ottica di una maggiore trasparenza e rappresentatività, al fine di «razionalizzare questo poco maneggevole sistema non per soffocare i dibattiti ma per renderli più efficaci e affidabili non solo per chi è consultato ma anche per chi è destinatario del parere» (Libro Bianco, 17-18). Da qui la Comunicazione «Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione»¹⁶, relativa all'interazione tra Istituzioni europee e società civile.

¹⁴ Commissione delle Comunità europee, Bruxelles, 25 luglio 2001, COM(2001) 428 def.

¹⁵ Nel quadro dei canali formali di dialogo tra portatori di interessi ed Istituzioni, particolare rilievo riveste il sistema dei Comitati, che coadiuva la Commissione nella preparazione delle proposte di legge (Comitati di esperti) e nella implementazione dei provvedimenti varati dal Consiglio e dal Parlamento europeo (c.d. Comitologia), offrendo importanti punti di accesso ai gruppi di interessi, i quali si vedono riconosciuta l'opportunità di divenire consulenti stabili della Commissione. Questi Comitati vanno tenuti ulteriormente distinti dai Comitati del Consiglio, sebbene accada soventemente che i membri dei comitati della comitologia facciano contemporaneamente parte dei comitati di esperti e dei comitati del Consiglio. Di tal che, come rilevato da Mattina (2010, 145), «i gruppi traggono vantaggio dallo stile cameratesco e consensuale che prevale nei comitati della comitologia. Tale stile genera lassismo per quanto riguarda non solo le regole che dovrebbero garantire il corretto funzionamento dei comitati, ma anche i criteri che dovrebbero ispirarne la composizione».

¹⁶ Commissione delle Comunità europee, Bruxelles, 11 dicembre 2002, COM(2002) 704 def.

L'attenzione rivolta alla sempre più penetrante attività lobbistica è riconducibile a una serie di concause tra cui l'ampliamento delle competenze comunitarie, oltretutto la *tradizionale* assenza di partiti politici organizzati in ambito euro-unitario. Tale ultima circostanza, in particolare, ha determinato che, in ambito UE, si sia creato uno spazio vuoto suscettibile di essere occupato da gruppi in grado di farsi portatori di interessi transnazionali. In tal senso, è stato affermato come «in assenza di partiti, antenne del sistema democratico, gli interessi fossero bocca e orecchi della Commissione» (Graziano, 2002, 50), la quale, anche in ragione della sua centralità nel processo decisionale, rappresenta il *target* privilegiato dell'azione dei gruppi. Del pari, a rimarcare i tratti distintivi tra ambito UE e ambito nazionale, Panebianco parla di «rapporto di clientela tra burocrazia europea e interessi organizzati», anziché di «parentela», sottolineando che «nell'Unione europea la funzione di aggregazione degli interessi, che nei sistemi politici nazionali viene svolta dai partiti, è espletata dalla Commissione», la quale «si presta facilmente a rapporti di clientela perché essa considera alcuni gruppi come la naturale espressione degli interessi di un determinato settore sociale» (Panebianco, 2001, 278). Di tal che, la rappresentanza di interessi origina quale elemento consustanziale allo stesso assetto istituzionale dell'Unione, come dimostrato dagli intensi contatti che hanno interessato Istituzioni e gruppi di interesse, il che spiegherebbe l'anticipo con cui il problema di una regolamentazione del fenomeno si sia presentato rispetto alle singole realtà statuali.

Ai fini di un inquadramento del fenomeno lobbistico in ambito UE, la Commissione considera tale fenomeno quale «componente legittima dei sistemi democratici, a prescindere se sia svolta da singoli cittadini o società, da organizzazioni della società civile o da altri gruppi di interesse o ditte che lavorano per conto di terzi»¹⁷ e, del pari, sottolinea l'esigenza di implementare la politica sulla trasparenza dell'attività di rappresentanza degli interessi, la quale costituisce il reale *punctum dolens* del coinvolgimento nel processo decisionale di soggetti non pubblici. Lungo questa direttrice si colloca il già citato «Registro per la trasparenza». L'accordo, visto l'art. 11, §§ 1 e 2 TFUE, a norma del quale le Istituzioni europee mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile, contribuisce alla trasparenza, al rispetto del diritto e dei principi etici, al fine di evi-

¹⁷ Commissione europea, Libro Verde «Iniziativa europea per la trasparenza», Bruxelles, 3.5.2006, COM(2006) 194 def., 4.

tare pressioni eccessive o accessi non autorizzati alle informazioni e ai responsabili politici.

Tuttavia, è stato sottolineato come «la natura meramente volontaria del Registro e la scarsa vigilanza su completezza e veridicità dei dati forniti dai soggetti registrati possano compromettere l'efficacia della politica di trasparenza ufficialmente abbracciata dall'Unione» (Ferioli, 2012, 107). In tal senso si esprime il *Report della Alliance for Lobbying Transparency and Ethics Regulation* (ALTER-EU) pubblicato nel settembre 2018¹⁸.

In un simile quadro, l'adozione di un Registro obbligatorio sembrerebbe costituire un progresso nella direzione di una trasparenza effettiva dell'attività di *lobbying* a Bruxelles. Al riguardo, meritano di essere segnalati i negoziati sulla proposta della Commissione «per un accordo interistituzionale su un registro obbligatorio per la trasparenza»¹⁹, cui si aggiunge, quale ulteriore elemento a favore di una maggiore trasparenza, la prevista inclusione (a partire dal 3 ottobre 2018) nel Registro dell'elenco delle riunioni tenute dagli iscritti con i commissari e i loro consiglieri più stretti²⁰.

3. LOBBYING TRA REGOLAMENTAZIONE E NON-REGOLAMENTAZIONE: I CASI ITALIANO E SPAGNOLO

Venendo al livello nazionale, alcune riflessioni merita il caso italiano, caratterizzato da un vistoso vuoto normativo in materia, dovuto, come affermato da autorevole dottrina, alla «preoccupazione che la disciplina dei gruppi di pressione equivalga alla loro legittimazione» (Frosini, 2000, 228). L'approccio italiano²¹ al fenomeno lobbistico presenta, del pari, talune analogie con l'approccio iberico²², tanto da fare della *regolamentazione/non-regola-*

¹⁸ Il *Report* (2018, 9-10) si esprime in termini alquanto netti, ove afferma che «*in the last decade, there have been some notable improvements around disclosure of lobbying activity, regulating conflicts of interest and opening-up expert groups to more diverse interests, but these measures have still fallen short of what is needed*».

¹⁹ Commissione europea, Bruxelles, 28.09.2016, COM(2016) 627 final.

²⁰ Fonte: Portale del Registro per la trasparenza dell'Unione europea, reperibile in ec.europa.eu.

²¹ Sul punto, ANTONUCCI (2019, 65) rinvia nell'assetto e nel funzionamento delle istituzioni e della politica la ragione ambientale di un «contesto regolamentare del *lobbying* parziale e intermittente», affermando che «la resilienza dei partiti in crisi e una certa impermeabilità formale del sistema istituzionale nei confronti dei gruppi di interesse hanno, nei fatti, rallentato, ove non bloccato, i processi di riconoscimento di questo peculiare assetto del *lobbying* in Italia». Per un approfondimento sulla disciplina italiana del *lobbying*, si veda, altresì, D'ANGELOSANTE (2018).

²² Per un approfondimento sulla regolamentazione del fenomeno lobbistico in Italia e Spagna, si veda NÚÑEZ, SPERDUTI (2018).

mentazione introdotta nei due ordinamenti un «contro-modello di riferimento», ovvero una «*worst practice*» (Petrillo, 2011, 299).

Nel corso del tempo sono stati, come noto, presentati numerosi disegni di legge in materia, nessuno dei quali è stato approvato²³. Non può, dunque, negarsi la necessità di una regolamentazione organica di un fenomeno che, al tempo della crisi dei partiti politici²⁴, sembra farsi sempre più capillare nell'ambito della forma di governo parlamentare. In tal senso, è stato affermato che «l'entrata in crisi del sistema dei partiti tradizionali, dunque, unitamente all'introduzione di meccanismi diretti di scelta dei vertici istituzionali e di un sistema elettorale, a livello nazionale, caratterizzato da liste «bloccate» di candidati, hanno accentuato tale fenomeno, lasciando le lobbies libere di operare in una sorta di *far west* istituzionale, condizionando – quando non determinando – l'indirizzo politico del governo senza assumersi alcuna responsabilità pubblica, senza avere alcuna legittimazione democratica, e potendo accedere al decisore pubblico solo in ragione della propria «forza» economica o dei rapporti di clientela e parentela posti in essere» (Petrillo, 2012, 185-186). In un quadro così delineato, una regolamentazione dell'attività lobbistica risulta, evidentemente, necessitata dall'esigenza di assicurare un esercizio dell'attività lobbistica conforme ai principi costituzionali di trasparenza e imparzialità, nel quadro di una lettura della Costituzione nel senso di una «vera e propria «teoria generale costituzionale della partecipazione» anche al processo legislativo e anche da parte dei gruppi di pressione» (Petrillo, 2011, 320). Al tentativo di emulazione delle *good practices* rinvenibili soprattutto nel contesto americano²⁵ ed europeo, si aggiunge, quale ulteriore *fattore propulsivo* per una disciplina legislativa in materia, «il tentativo di escludere dalla galassia della rappresentanza degli interessi quegli scandali corruttivi che ciclicamente investono il nostro Paese e che coinvolgono i *decision makers* e gli attori economici e sociali» (Della Luna Maggio, 2015, 1-2). Ciò al fine di valorizzare il

²³ Per un quadro ricostruttivo delle proposte di legge in materia di gruppi di interesse, si veda, in particolare PETRILLO (2011, spec. 354-367), nonché PETRILLO (2015, spec. 5 ss.).

²⁴ Cfr., sul punto, DE VERGOTTINI (1999, 339), ad avviso del quale «pur restando i partiti politici tramite determinante tra società e apparato statale, si è manifestata in modo sempre più evidente la loro incapacità a far fronte alle esigenze dei singoli e dei gruppi. Molti interessi, soprattutto settoriali e locali, non trovano sfogo nel tradizionale collegamento operato soprattutto mediante il procedimento elettorale che mette in risalto il raccordo partiti-parlamento e finiscono per connettersi direttamente alla struttura di vertice dello Stato al fine di influenzare o condizionarne le decisioni. Vengono quindi individuati dei «gruppi di interesse» o «gruppi di pressione» nelle entità (enti pubblici, imprese private e pubbliche, soggetti privati, strutture associative) che operano al fine di condizionare l'azione dei pubblici poteri in modo da soddisfare interessi di varia natura (economici, sociali, culturali e religiosi) nel momento in cui si procede alla adozione di scelte di indirizzo».

²⁵ Per un approfondimento sul fenomeno lobbistico negli USA, si vedano TRUPIA (1989, spec. 167 ss.); PETRILLO (2011, spec. 191 ss.); DI MARIA, DORIA (2013); DE CARIA (2017, spec. 39-156).

potenziale ruolo dei gruppi di interesse quali mezzo per la diffusione delle informazioni presso le assemblee elettive, oltreché nell'ottica di un ampliamento della partecipazione rispetto alla decisione pubblica²⁶.

In mancanza di una disciplina legislativa sui gruppi di interesse, è, tuttavia, recentemente intervenuta, l'8 febbraio 2017, una prima regolamentazione volta a disciplinare l'attività di *lobbying*, con cui l'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati ha dato seguito a quanto deliberato, il 26 aprile 2016, dalla Giunta per il Regolamento della Camera²⁷, a sua volta, preceduta dall'adozione di un codice di condotta per l'attività dei Deputati²⁸. L'atto adottato dall'Ufficio di Presidenza, volto alla «disciplina dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei Deputati», all'art. 1, dispone l'istituzione di un «Registro dei soggetti che svolgono professionalmente attività di rappresentanza di interessi nei confronti dei deputati presso le sedi della Camera» finalizzato all'inveramento dei principi di pubblicità e trasparenza. Il perseguimento di suddetti principi emerge, in particolare, dalla pubblicazione del Registro sul sito internet della Camera (art. 1, co. 2); dalle modalità per la richiesta di iscrizione (art. 2), tra cui vanno annoverate la descrizione dell'attività che si intende svolgere e l'indicazione dei soggetti che si intende contattare (lett. a), nonché l'autocertificazione di non aver ricoperto nei dodici mesi precedenti cariche di governo o parlamentari, così prevedendosi una sorta di divieto di *revolving door* (lett. c); oltreché l'obbligo di presentazione periodica di una relazione annuale sull'attività di rappresentanza svolta (art. 5). Alcuni punti di criticità, sintomatici di una certa miopia da parte del legislatore, si possono già, *prima facie*, rinvenire, come segnalato da Petrillo, nella considerazione della sola attività fisicamente svolta all'interno delle sedi della Camera e solo nei confronti dei Deputati, oltreché in una concezione del fenomeno lobbistico non del tutto aderente alla realtà, in quanto dall'art. 2, lett. a) si ricava che gli autori delle nuove norme avevano in mente «solo il lobbying c.d. *one-shot* ovvero quella azione di pressione che è specificamente finalizzata a far approvare o non far approvare una singola puntuale norma», dimenticando che l'attività lobbistica «consiste anche in una attività permanente di monitoraggio a trecentosessanta gradi» (Petrillo, 2017, 395). Si aggiunga, altresì, l'assenza di tracciabilità sotto il profilo economico-finanziario, particolarmente

²⁶ Cfr., in tal senso, AINIS (2012).

²⁷ Per un approfondimento sulla regolamentazione approvata dalla Giunta per il Regolamento, si veda SASSI (2016).

²⁸ Cfr., sul punto, SILEONI (2016).

te rischiosa, specie in relazione all'abolizione del finanziamento pubblico ai partiti²⁹.

Come premesso, gli ordinamenti italiano e spagnolo sono suscettibili di trattazione unitaria, in quanto accomunati dall'assenza di un quadro legislativo organico ed omogeneo. Analogamente al caso italiano, infatti, anche nell'ordinamento spagnolo la rappresentanza di interessi ha trovato una scarsa e frammentaria attenzione da parte del legislatore. La prima proposta organica di disciplina del fenomeno lobbistico nell'ordinamento giuridico spagnolo risale al 1990³⁰; il testo innovatore contenente norme per la «regolamentazione delle imprese che gestiscono interessi convergenti con gli interessi pubblici» non venne, tuttavia, approvato. Analoghe iniziative, con analogo esito, vennero intentate dalla CDS nel 1992 e dal gruppo parlamentare *Iniciativa por Cataluña Verdes* (2008, 2012). La Ley n. 5 del 2006, «*de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado*», ha previsto alcune limitazioni all'esercizio dell'attività privata (inclusa, ovviamente, l'attività di *lobbying*), nel periodo successivo alla fine del mandato³¹. In tempi più recenti, si sono registrati timidi tentativi nella direzione dell'implementazione della trasparenza e pubblicità dell'attività lobbistica, come dimostrato dal tentativo del Governo popolare, a fine 2017, di istituire un Registro delle *lobbies* presso il Congresso; l'iniziativa non ha, tuttavia, avuto, ad oggi, ulteriori sviluppi. Stante la prevalente concezione negativa del fenomeno, l'approccio seguito dal legislatore spagnolo punta, evidentemente, a limitare le attività di *lobbying* in forma indiretta, per il tramite di una stringente normativa in tema di anticorruzione³² e trasparenza decisionale, senza voler, tuttavia, disciplinare puntualmente l'attività di *lobbying*³³.

Del pari, non è estranea all'ordinamento iberico una qualche forma di riconoscimento del ruolo svolto dalle *lobbies*. Si ricordi, in particolare, l'isti-

²⁹ Cfr. D. L. 28 dicembre 2013, n. 149, recante «Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore», convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 13.

³⁰ Su proposta del Partito Popolare spagnolo (PPE).

³¹ Si veda, da ultimo, la Ley n. 3/2015.

³² Interessante notare un certo parallelismo con l'ordinamento italiano, nell'ambito del quale analogamente emerge la correlazione tra lobbismo e corruzione. Nel corso del dibattito parlamentare che precedette l'approvazione della legge c.d. anticorruzione (legge 6 novembre 2012 n. 190), fu sottolineata l'esigenza di una regolazione dell'attività lecita di *lobbying* al fine di differenziarla dalla neo-introdotta fattispecie di «traffico di influenze illecite».

³³ Per una puntuale ricostruzione dello stallo in tema di regolazione dell'attività di *lobbying* si veda, per tutti, RUBIO NÚÑEZ (2017).

tuzione, presso la *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)*³⁴, del Registro volontario dei gruppi di interesse, al fine di garantire i principi di trasparenza ed interesse generale nelle relazioni tra *CNMC* e gruppi di interesse. Detto Registro³⁵, al momento l'unico previsto in ambito nazionale³⁶, si caratterizza per la natura volontaristica (analogamente a quanto è dato registrare nell'ordinamento italiano) che pare sottendere la logica della premialità propria di quello che è stato definito il «modello per incentivi» (Sgueo, 2014, 30)³⁷. Il meccanismo alla base del modello in parola si fonda sulla previsione di un registro dei rappresentanti di interessi, dall'iscrizione (normalmente facoltativa), al quale conseguono una serie di oneri e vantaggi. Tra i primi, rilevano il rispetto di obblighi di trasparenza, la rendicontazione periodica dell'attività svolta e, eventualmente, la sottoscrizione di un codice deontologico; quale *contropartita* dell'accreditamento, il lobbista guadagna un diritto di accesso diretto e prioritario alle sedi istituzionali. Il fondamento e il dato caratterizzante di tale ipotesi regolativa, rispetto al modello più stringente (e che sarebbe, forse, auspicabile) della «gabbia»³⁸, si rinviene in ciò: «il modello degli incentivi scoraggia, ma non impedisce, l'esercizio della professione di lobbista al di fuori del regime di trasparenza e rendicontazione» (Sgueo, 2014, 31).

Si può, dunque, concludere sul punto aderendo all'opinione di Petrillo per la quale la regolamentazione propria di questi ordinamenti sembrerebbe mossa «da una logica casuale, sporadica, strisciante come quel serpente che sulla sabbia prosegue il suo cammino senza farsi vedere» (Petrillo, 2015, 5), tanto da arrivare a sostenere l'esistenza di un vero e proprio modello definibile «regolamentazione-strisciante ad andamento schizofrenico» (Petrillo, 2011, 299).

³⁴ Istituzione avvenuta con risoluzione del Presidente del *CNMC* (26 febbraio 2016).

³⁵ Il Registro adotta una definizione estremamente ampia di gruppi di interesse, intendendosi in tal senso tutti coloro i quali attuino una difesa di interessi propri, di terzi o aventi carattere generale (ampiamente inteso). In tal modo, l'ambito soggettivo del Registro si estende da imprese o gruppi di imprese sino alle Organizzazioni non governative.

³⁶ La città di Madrid, alla fine dell'anno 2017, ha reso operativo un proprio registro delle *lobbies*, sul modello di quello già previsto dal *CNMC*.

³⁷ Per un approfondimento sulle possibili modalità di regolazione delle *lobbies*, si veda SGUEO (2014), il quale le suddivide in tre diversi modelli: *i*) il modello degli incentivi; *ii*) il modello della gabbia; *iii*) il modello dell'inclusione.

³⁸ Sul punto, SGUEO (2014, 31) afferma che il «il regime della gabbia – che, inevitabilmente, postula l'obbligatorietà dell'iscrizione al registro dei lobbisti – non ammette che si possano rappresentare interessi privati presso le istituzioni se non si è preventivamente aderito a quel regime di regole», così mirando ad «impedire l'esercizio della professione di lobbista al di fuori di un regime di trasparenza e rendicontazione particolarmente stringente».

4. CENNI CONCLUSIVI

In un panorama sociale, economico e finanche istituzionale, che guarda alla rappresentanza di interessi come ad un possibile *fattore di partecipazione*, una regolamentazione nel senso della trasparenza e della partecipazione non pare essere più procrastinabile, anche con riferimento al ruolo rivestito dai gruppi di interesse. Nell'ambito dello Stato pluriclasse, il pluralismo sociale «articolato in associazioni mere e in vere e proprie organizzazioni complesse» ha, infatti, posto «il problema, prima politico, poi propriamente giuridico-costituzionale, del grado di rilevanza o, in altre parole, della misura dell'«inclusione-riconoscimento» degli interessi organizzati nei processi di definizione delle scelte pubbliche» (Colavitti, 2005, 292). La parcellizzazione/pluralizzazione delle domande sociali, il ridimensionamento del ruolo tradizionalmente rivestito dai partiti imporrebbero una disciplina legislativa organica³⁹. L'alone di negatività che accompagna il fenomeno lobbistico dovrebbe –si ritiene– coprire il solo lobbismo *sregolato e opaco* e non, viceversa, il lobbismo *tout court*, il quale, ove adeguatamente regolamentato nell'ottica di una maggiore trasparenza, costituirebbe un utile strumento di raccordo tra Istituzioni e società civile, fattore di arricchimento reciproco.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AINIS, M. (2012), *Privilegium. L'Italia divorata dalle lobby*. Milano: Rizzoli.
- ANTONUCCI, M. C. (2019), *Il paradosso del lobbying in Italia: il proliferare dei gruppi di interesse e la regolazione patchwork*. In V. Mascellaro; C. Pappagallo (a cura di), *Politica e potere. L'Italia delle lobby* (61 ss). Bologna: Minerva.
- AZZARITI, G. (2009), *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*. In Aa. Vv., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione – Atti del XXIII Convegno annuale AIC* (177 ss.). Napoli: Jovene.
- BARBERA, A. (2008), «La rappresentanza politica: un mito in declino?», *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 853 ss.
- CAPANO, G.; LIZZI, R.; PRITONI, A. (2014), «Gruppi di interesse e politiche pubbliche nell'Italia della transizione. Oltre il clientelismo e il collateralismo», *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, fasc. 3, 323 ss.
- CHECCOLI, T. (2006), «Il fenomeno del lobbying negli Stati Uniti e nell'Unione Europea», *Quaderni Costituzionali*, fasc. 4, 719 ss.

³⁹ Cfr., sul punto, RONGA (2019).

- CHELI, E. (1994), «Riflessi della transizione nella forma di governo», *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 391 ss.
- COLAVITTI, G. (2005), *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*. Milano: Giuffrè.
- D'ANGELOSANTE, M. (2018), «Il fenomeno del lobbying in Italia: limiti e potenzialità della disciplina esistente e dei percorsi di completamento immaginabili», *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 3-4, 529 ss.
- DE CARIA, R. (2017), «*Le mani sulla legge*»: *il lobbying tra free speech e democrazia*, Milano: Ledizioni.
- DE VERGOTTINI, G. (1999), *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam.
- DELLA LUNA MAGGIO, L. (2015), «Le lobbies nell'ordinamento italiano: quale regolamentazione possibile?», *Forum di Quaderni costituzionali*.
- DI MARIA, R.; DORIA, A. (2013), «Il fenomeno del lobbismo negli Stati Uniti d'America: brevi considerazioni sugli strumenti di influenza delle lobbies e sulla evoluzione della relativa evoluzione legislativa, fino alla sentenza Citizens United v. FEC», *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- EHRMAN, H. W. (1968), *Interest Groups*. In D. L. Sills; R. K. Merton (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*. Vol. 7 (486 ss.). New York: Macmillan-Free Press.
- ESPOSITO, C. (1999), *Interventi al Convegno di studio sul tema «I partiti politici nello Stato democratico» (1958)*. In *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, III (199 ss.). Napoli: Jovene.
- FERIOLI, E. (2012), *L'attività dei gruppi di pressione nell'Unione europea*. In Aa. Vv., *Lobby come democrazia* (91 ss.). Padova: Cedam.
- FROSINI, T. E. (2000), *Gruppi di pressione*. In M. Ainis (a cura di), *Dizionario costituzionale* (228 ss.). Roma-Bari: Laterza.
- (2012), *La democrazia e le sue lobbies*. In Aa. Vv., *Lobby come democrazia* (1 ss.). Padova: Cedam.
- GAETA, G. L. (2010), «L'attività di lobbying nell'Unione Europea: come funziona la regolamentazione tra scelte pubbliche ed interessi particolari», *Queste istituzioni*, (fasc. 156-157), 173 ss.
- GRAZIANO, G. (2002), *Le lobbies*. Roma – Bari: Laterza.
- HEINZ, J. P.; LAUMANN, E. O.; NELSON, R. L.; SALISBURY, R. H. (1993), *The Hollow Core: Private Interests in National Policymaking*. Cambridge: Harvard University Press.
- KEY, V. O. (1964), *Politics, Parties, and Pressure Groups*. New York: Crowell.
- MANIA, R. (2007), «Partiti leggeri e lobby pesanti», *Il Mulino*, fasc. 5, 858 ss.
- MARTINES, F. (2018), «Il lobbismo come possibile rimedio alla crisi del principio di rappresentanza democratica», *Istituzioni del Federalismo*, fasc. 3-4, 583 ss.
- MATTINA, L. (2010), *I gruppi di interesse*. Bologna: il Mulino.
- NICOLETTI, M.; BRINO, O. (2006), *Ernst-Wolfgang Böckenförde, Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè.

- NÚÑEZ, R. R.; SPERDUTI, M. (2018), «The regulation of lobbying at sub-national level in Spain and in Italy», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, fasc. 3, 631 ss.
- PANEBIANCO, S. (2001), «Burocrazia europea e interessi organizzati: il «lobbying» sulla Commissione», *Amministrare*, fasc. 2, 275 ss.
- PASQUINO, G. (1972), «Gruppi di pressione», *Italian Political Science Review*, 2(1), 161 ss.
- PETRILLO, P. L. (2011), *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*. Milano: Giuffrè.
- (2012), *Le lobbies nell'ordinamento giuridico italiano*. In Aa. Vv., *Lobby come democrazia* (179 ss.). Padova: Cedam.
- (2015), «Democrazia e lobbies: è tempo di regolare la pressione», *Forum di Quaderni costituzionali*.
- (2016), «Il dialogo in Parlamento tra politica e interessi organizzati», *Il Filangieri-Quaderno 2015-2016*, 283 ss.
- (2017), «Gruppi di pressione e decisori politici: la Camera dei Deputati approva prime norme sulle lobby», *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 393 ss.
- PIRZIO AMMASSARI, G.; MARCHETTI, M. C. (2018), *Lobbying e rappresentanza di interessi nell'Unione Europea*. Milano: Franco Angeli.
- PRITONI, A. (2015), *Poteri forti? Banche e assicurazioni nel sistema politico italiano*. Bologna: il Mulino.
- RODRÍGUEZ, S. (2010), «Law-making e policy formulation: il ruolo della società civile nell'Unione europea», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 1, 125 ss.
- RONGA, U. (2019), «La rappresentanza degli interessi nel procedimento legislativo: la disciplina della Camera dei Deputati», *Nomos – Le attualità nel diritto*, fasc. 1.
- RUBIO NÚÑEZ, R. (2017), «La actividad de los grupos de presión ante el poder ejecutivo: una respuesta jurídica más allá del registro», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, 399 ss.
- SASSI, S. (2012), *I rappresentanti di interessi nel contesto europeo. Ruolo e sinergie con le istituzioni*. Milano: Giuffrè.
- (2016), «Primi passi verso una normazione italiana del lobbying», *AIC – Osservatorio costituzionale*, fasc. 1.
- SGUEO, G. (2014), *Gli «incentivi», la «gabbia», l'«inclusione»: tre ipotesi per regolare le lobby*. In Aa. Vv., *Lobby. La rappresentanza di interessi*. Paper 13 (29 ss.). Milano: Bocconi.
- SILEONI, S. (2016), Il codice di condotta della Camera dei deputati: (mancate) novità di contenuto e di forma, *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2.
- TRUPIA, P. (1989), *La democrazia degli interessi. Lobby e decisione collettiva*. Milano: Il Sole 24 Ore Libri.
- ZAGREBELSKY, G. (1994), *La sovranità e la rappresentanza politica*. In Aa. Vv., *Lo Stato delle Istituzioni italiane* (83 ss.). Milano: Giuffrè.

Europa, en realidad el mundo entero, vive un momento complejo. En particular los ritmos de la globalización económica, los avances tecnológicos, los profundos cambios sociales y las convulsiones político-institucionales por las que están pasando las democracias occidentales hacen más que necesario que nos preguntemos por las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo. Por ello, aprovechando las efemérides del 70º aniversario de la Constitución italiana y del 40º de la Constitución española, esta obra publicada en cinco volúmenes recoge los trabajos de constitucionalistas europeos de distintas generaciones que abordan los desafíos que se presentan para nuestras sociedades democráticas.

El volumen I se dedica al balance y perspectivas en la Europa constitucional, con trabajos sobre la reforma de los ordenamientos constitucionales y sobre Europa en su dimensión constitucional. El volumen II se ocupa de estudiar cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y su tutela. El volumen III revisa el estado de las instituciones políticas democráticas, en particular de los sistemas parlamentarios europeos, la participación y representación políticas, y los sistemas electorales y de partidos. El volumen IV afronta el tema de las fuentes del Derecho, los cambios en la Justicia constitucional y los desafíos para la organización territorial. Por último, el volumen V, dedicado a los retos del constitucionalismo en el siglo XXI, desarrolla cuestiones de frontera para el Derecho constitucional de gran actualidad como son las relaciones con la economía y el Estado social, la revolución tecnológica y el cambio climático, la seguridad y la legalidad sancionadora, y el fenómeno religioso. Una visión completa de los grandes temas que antes como ahora preocupan y dan sentido a la investigación de los constitucionalistas en un espacio compartido como es Europa.



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

italospagnolo
SEMINARIO

 **FUNDACIÓN CAJAMURCIA**